



LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO A LAS LEGISLACIONES PENALES PERUANAS

EJE TEMÁTICO:

"Enfoques y estudios actuales para el análisis del
ordenamiento jurídico penal peruano"

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla

Allen Martí Flores Zerpa

Frank James Paucarchuco Gonzales

LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO A LAS LEGISLACIONES PENALES PERUANAS

EJE TEMÁTICO:

"Enfoques y estudios actuales para el análisis del
ordenamiento jurídico penal peruano"

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla

Allen Martí Flores Zerpa

Frank James Paucarchuco Gonzales

 **Amachaq**
Escuela Jurídica

LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO
A LAS LEGISLACIONES PENALES PERUANAS

AUTORES:

Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Baldeón López, Nathaly Ximena
Málaga Mujica, Leslie Milena
Ramírez Cosme, Alexis Gustavo
Ramírez Vargas, José Manuel

COLABORADORES:

Almanza Macedo, José Alonso
Anchahua Flores, Valery Rousse
Añanca Susanibar, Marko Raul
Beltrán Contreras, Lizbeth Kathya
Bendezu Orozco, Thalia
Díaz Coronel, Nicole Alexandra
Montoya Saccsara, Marian Lucia
Muñoz Laos, Amaury Sebastian
Narro Collantes, Eduardo Ulises
Navarrete Mendoza, Melanie Ashly
Ramos Andía, Yoselyn
Sánchez Muñoz, Katherine Sofia
Sánchez Rengifo, Louana Nicolle
Torres Flores, Nicole Xiomara
Zúñiga Sigwas, Bianca Alexandra

EDITADO POR:

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – NOVIEMBRE 2021

LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:

<http://editorialamachaq.com/libro-cienciaspenales-2021/>

ISBN: 978-612-48692-1-1

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-13337



*LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO
A LAS LEGISLACIONES PENALES PERUANAS*

Amachaq Escuela Jurídica

Disponible en:

<https://bit.ly/libro-amachaq-cienciaspenales>

Año: 2021

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com

El Libro en Homenaje Jurídico a las legislaciones peruanas de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<https://bit.ly/libro-amachaq-cienciaspenales>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES	11
PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES	14

I. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL

- **Los códigos penales peruanos: Una mirada ex post y comparada**
Fidel Rojas Vargas 21
- **La importancia de una adecuada técnica legislativa para la creación de las normas penales en el Perú**
Ana Lucía Heredia Muñoz..... 37
- **La pena de inhabilitación en el Perú del bicentenario**
Jearsineo Ray Yarleque Montero 49
- **La reforma de las medidas de seguridad en el ordenamiento penal desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos**
César Cárdenas Lizarbe..... 57
- **Las neurociencias y la culpabilidad**
Jorge Pérez López 73

II. DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

- **La evaluación de los delitos preparatorios en el Código Penal de 1991. Una mirada crítica a la legislación penal**
Francisco Álvarez Dávila 97
- **Prohibición de regreso y trata de personas**
Mariella Lekinza Valcarcel Angulo 111
- **Aportes para la delimitación teleológica de los actos de “connotación sexual” o “libidinosos” en el artículo 176° del Código Penal**
Luis Miguel Reyna Alfaro 123
- **¿Es posible condenar por delito de colusión al funcionario público sin procesar al extraneus? Reflexiones a partir de la sentencia condenatoria al ex gobernador regional del callao – Alex Kouri Bumachar**
Jimmy Manuel Sotomayor Herrera 135

III. DERECHO PENAL ECONÓMICO

- **Sucesión de responsabilidad penal entre personas juradas en el marco de operaciones de M&A**
André Sota Sánchez 175
- **La regulación de las investigaciones internas y los canales de denuncia**
Liliana Calderón Jacinto 185
- **Problemas dogmáticos y político-criminales del delito de lavado de activos**
Raúl Pariona Arana 195
- **Treinta años del Código Penal y de la criminalización del lavado de activos en el Perú**
Fidel Mendoza Llamacponcca 213

- **La expansión del delito de lavado de activos en el contexto de la pandemia del Covid-19**
Fernando Vicente Nuñez Pérez.....243

IV. DERECHO PROCESAL PENAL

- **Reforma penal y crimen. Evaluación del impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad**
Giuliana Guanilo Montoya277
- **La justificación racional de las decisiones judiciales en materia penal**
Eduardo Alejos Toribio.....291
- **Criterios de oportunidad y terminación anticipada. Análisis y problemáticas en el Nuevo Código Procesal Penal**
Diana Carolina Ramos Baquedano299
- **Búsqueda de pruebas y restricción de derechos**
Jefferson Gerardo Moreno Nieves.....315
- **La suspensión de la prescripción en la acusación directa y proceso inmediato**
Jose David Burgos Alfaro.....331

V. EJECUCIÓN PENAL

- **Política criminal de tolerancia cero en España y Perú: ¿restricción de los beneficios penitenciarios por delitos de crimen organizado, terrorismo y delitos conexos?**
Diana Gisella Milla Vásquez347

**VI. POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA Y
CRIMINALÍSTICA**

- **El enfoque restaurativo y sus manifestaciones en el sistema de justicia penal juvenil peruano**
Claudia Fiorella Félix Pacheco.....379
- **La lucha contra los delitos de corrupción pública en el Perú**
Ronald Henry Vélchez Chinchayán391
- **Nuevos Paradigmas de investigación criminología frente a la Crimen Organizado**
Lucia Betty Nuñovero Cisneros399
- **Los aportes científicos de los peritajes forenses en la tipificación jurídico penal**
José Luis Pacheco De La Cruz419

PRÓLOGO DE LOS DIRECTORES

En el Bicentenario del Perú, somos conscientes que, a través de los años, las legislaciones peruanas han ido evolucionando conforme a los avances de la sociedad y la modernidad ha obligado a hacerlo, humanizando penas antes contempladas o eliminando y tipificando ciertos delitos o tipos penales, conforme el contexto social y el devenir que lo requiera.

Así, al ser el *ius puniendi* aquella facultad del derecho penal subjetivo por la cual el Estado puede imponer el cumplimiento de penas o medidas de seguridad a las personas que han efectuado comportamientos transgresores de la ley penal, resulta menester resaltar que las Ciencias penales deben trabajar sistemáticamente y en conjunto, toda vez que tienen como finalidad la protección de la sociedad ante este tipo de conductas.

En ese sentido, como desde AMACHAQ Escuela Jurídica siempre hemos sido de la consigna de propugnar un estudio a partir del análisis crítico del Derecho y –sobre todo– desde la rama penal; en esta oportunidad nos es grato presentar el producto de un exacerbado esfuerzo, motivado por el valioso y esmerado hecho de otorgar a la comunidad jurídica la recopilación de una serie de excelentes y prolijos trabajos académicos pertenecientes al II Congreso Nacional de Ciencias Penales, cuyo eje temático fue denominado “Enfoques y estudios

actuales para el análisis del ordenamiento jurídico penal peruano”.

Al respecto, este magno Congreso tuvo como objetivo principal rendir un homenaje a las legislaciones penales peruanas, en el marco de los 30 años de vigencia del Código Penal, 18 años del Código Procesal Penal, 30 años del Código de Ejecución Penal y 18 años de su Reglamento.

De modo tal que, la presente obra aborda una serie de estudios y análisis de las diversas problemáticas que se erigen en torno a la realidad nacional al momento de aplicar las normativas que se contemplan en la legislación penal peruana, sin soslayar las bases dogmáticas de las teorías que se conocen y que han servido de guía para la evolución de las Ciencias penales en el país.

En tal sentido, se recopilan trabajos académicos que tienen que ver con los temas concernientes a la Parte General del Derecho Penal, Parte Especial del Derecho Penal, Derecho Penal económico, Derecho Procesal Penal, Derecho de Ejecución penal o Derecho Penitenciario, Criminología, Política Criminal y Criminalística.

En consecuencia, pese al valeroso y denodado esfuerzo, es gratificante observar cómo el producto final supera las expectativas iniciales, por lo que, esperamos que la lectura de esta obra impulsada y hecha por estudiantes y egresados de la carrera de Derecho genere en la comunidad jurídica ese sentimiento de análisis, reflexión, crítica y, sobre todo, de estar siempre a la vanguardia., crítica y, sobre todo, de estar siempre a la vanguardia.

Finalmente, no podríamos terminar estas líneas de presentación sin antes agradecer a cada uno de los prestigiosos especialistas, académicos, investigadores y catedráticos que aceptaron ser parte del congreso y de quienes ahora se tiene sus trabajos académicos, no cabe duda que nuestro agradecimiento es

inmenso y eterno. De igual forma, tampoco podemos dejar de agradecer a los coordinadores y colaboradores, quienes realmente son el espíritu de AMACHAQ y aquel impulso que hace que la idea que alguna vez compartieron solamente unos cuantos hoy se vea reforzado de nuevos aires, nada sería posible sin su ayuda humanista y de compromiso para con la academia.

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

En el país, perteneciente al sistema del *Civil law*, es de conocimiento que la ley es aquel instrumento primordial mediante el cual las normas jurídicas encuentran su fuente. Asimismo, somos conscientes que se trata del conjunto de procedimientos, escritos, fórmulas a través de las cuales se crean dichas normas jurídicas.

En concordancia con ello, desde el área de Ciencias Penales de AMACHAQ Escuela Jurídica tenemos el agrado de presentarles el producto académico realizado en el marco del II Congreso Nacional de Ciencias Penales, llevado a cabo desde el 11 hasta el 15 de octubre, en conmemoración a las Legislaciones penales peruanas, mediante la cual contiene los siguientes espacios:

En primera instancia, se abordarán temas concernientes a la **Parte General del Derecho Penal**, el presente Boletín contiene diversos trabajos en los cuales se resaltan los códigos penales peruanos desde un enfoque *ex post* comparado. También, se detalla sobre la importancia de una adecuada técnica legislativa para la creación de las normas penales en el Perú. Además, acerca de la pena de inhabilitación en el Perú del bicentenario, y la reforma de las medidas de seguridad en el ordenamiento penal desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos. Asimismo, se explicará acerca del tema de la antijuricidad y sus causas de justificación. Finalmente, como último punto a abordar de la Parte General, se ha optado por el análisis del tema concerniente a las neurociencias y la culpabilidad. De esta manera, se espera que estos temas sean de su interés y ayuden a cultivar la parte académica acerca de este Derecho tan importante.

Por otra parte, se ha tomado abordaje de temas concernientes al **Derecho penal** desde la **Parte Especial**, dentro de los cuales se puede apreciar diferentes contenidos, donde gran parte de ellos otorgan una mirada crítica a la legislación penal peruana, en base a la evaluación de los delitos preparatorios en el Código Penal de 1991, a la vez, en el presente material se cuenta con el abordaje de los delitos de participación necesaria y delitos plurisubjetivos – se da una mirada desde el Código Penal peruano– cuyo análisis es objetivo. Asimismo, se aborda la importancia de la prohibición de regreso y trata de personas, como una cuestión de importancia sustancial de estudio.

También, se ha realizado un análisis legal y doctrinal del delito 183° del Código Penal, el cual está referido a Exhibiciones y publicaciones obscenas, este tema claramente es controversial; por ello, la perspectiva de análisis es crítica y orientada a la legalidad peruana. De la misma manera, se toma a la Prevención de la Corrupción mediante el *Compliance*, como un tema crucial de abordaje a causa de la realidad de esta problemática y las consecuencias que trae consigo. En la misma línea, se lleva a cabo la perspectiva crítica otorgada a la Administración Pública como objeto de Protección en el Derecho Penal, analizando si es que el Código Penal nacional se encuentra actualizado y acorde a las nuevas instituciones y los novedosos comportamientos que se han suscitado en los últimos años.

Además, en torno a la subrama del **Derecho Penal económico**, se abarcan temas relacionados a las –aún vigentes– cuestiones de la responsabilidad penal de la empresa; no obstante, desde la tratativa de lo que sucede cuando se emplean mecanismos para trasladar dicha responsabilidad penal –de la persona jurídica infractora de la norma– hacia aquella que ha resultado imputable por operaciones de *M&A* o de reestructuraciones societarias. Ello, sin obviar que es importante analizar la responsabilidad penal del empresario en el Derecho Penal peruano y cómo esta puede ser determinada en aquellas conductas en las que no interviene directamente pero que son cometidos por sus subordinados, cuestión que se analiza desde la interpretación de preceptos legales e instituciones dogmáticas que se ponen a prueba.

Adicionalmente, se realiza un estudio del delito de lavado de activos, examinando los problemas dogmáticos y político-criminales que este reviste desde su configuración –en relación con el denominado delito

fuelle—; así como los vinculados a los indicadores del tipo subjetivo. Además, resulta imperial otorgar espacio para estudiar la afectación del orden económico que este tipo penal produce, fenómeno que se ha agravado en época de pandemia del Covid-19. De esta, manera, se realiza una comparación entre ambos males, toda vez que presentan características similares; pues se trata de pandemias que se han expandido por todo el mundo, requiriendo su prevención, detección y represión por ser amenazas globales, difíciles de detectar y de fácil contagio.

En el ámbito del **Derecho Procesal Penal**, de entre los varios temas desarrollados, se abordará la reforma penal y un estudio con enfoque sustantivo-procesal del crimen. Se evaluará además el impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad. En esa línea, se busca observar las bondades y problemas de la implementación de este estatuto.

De otro lado, resultará fundamental tocar sobre la justificación racional de las decisiones judiciales en materia penal, la dirección de audiencia y principio de continuidad, las salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal en el nuevo Código Procesal Penal. Además, teniendo en cuenta la cierta desatención doctrinaria que se ha tenido sobre la búsqueda de pruebas y restricción de derechos, se le ha buscado dar un correcto espacio para el debate. También se tratará sobre la suspensión de la prescripción en la acusación directa y proceso inmediato, entre otros temas relevantes hoy por hoy en materia procesal.

Asimismo, la **Ejecución penal** no puede ser desatendida, menos aun encontrándonos en nuestro Bicentenario. De hecho, consideramos que uno de los muchos problemas que tenemos en la actualidad se puede atender de buena manera dándole la atención que amerita el ámbito de la ejecución de las sentencias, el ámbito carcelario. Es por eso que no faltará el espacio para los fines de la pena y realidad carcelaria. Luego, estando a los 30 años del Código de Ejecución Penal, se procederá a realizar un análisis exhaustivo de las reformas y los problemas que aún existen, de los que se desprende el camino a recorrer por nuestros legisladores de hoy en adelante. Por último, no se dejará de lado el tema del arresto domiciliario, los criterios de aplicación y, por supuesto, la jurisprudencia actual en la materia.

Por su parte, en cuanto a la **Criminología**, resulta importante el estudio del ser del delito, con la finalidad de comprender mejor el perfil del delincuente; así como las causas y factores que generan la producción de las conductas delictivas; por ende, hemos considerado de vital relevancia abordarla en relación a la **Política Criminal**, pues lo que se espera es brindar una herramienta académica que permita demostrar la necesidad de que esta se respalde en una óptima investigación criminológica, ya que no puede ser eficaz la segunda si se soslaya la primera. En ese sentido, se abordan temas como el Enfoque restaurativo y sus manifestaciones en el sistema de justicia penal juvenil peruano, los nuevos paradigmas de investigación criminológica; sin dejar de lado aspectos problemáticos de la actualidad, como el fenómeno de las criminalidades organizadas y diferentes cuestiones interesantes acerca de factores como el incremento de la delincuencia y la corrupción pública; siendo, todos estos, males de la sociedad nacional y mundial.

Finalmente, no se puede cerrar este bloque sin mencionar a la **Criminalística**, en donde se ha optado por abordar los aportes científicos de los peritajes forenses en la tipificación jurídico penal, partiendo desde la concepción de lo que se entiende por perito hasta el examen de ciertos casos en los que el conocimiento de este sujeto experto va a resultar de suma importancia para la tipificación correcta del ilícito cometido.

Así también, no podemos dejar de agradecer a todos y cada uno de los investigadores, profesores, teóricos y renombrados académicos nacionales que depositaron su confianza en nuestra institución y en la propuesta que ofrecemos, pues su contribución, predisposición y cooperación fue fundamental para la culminación de este proyecto; toda vez que –sin ello– no habría sido posible. Así, el lector obtiene un excelente análisis de los bloques científico-académicos presentados en párrafos anteriores, de la mano de los mejores ponentes del país, quienes conocen y analizan la realidad nacional en pro de una eficiente aplicación de las leyes y normativas correspondientes a las materias mencionadas.

Por último, el Área de Ciencias Penales de AMACHAQ espera que el presente trabajo resulte de gran provecho para el lector, quien tiene a la mano un producto realizado con gran empeño y minuciosidad al

momento de construcción en aras de poner a disposición de la comunidad el bagaje necesario para fomentar el debate académico y la tratativa de temas que revisten de gran interés para las Ciencias penales; bajo el compromiso de seguir contribuyendo a la producción académica de manera altruista y con la esperanza de haber logrado el interés y la inquietud de seguir aportando a la formación académica de todas y todos los estudiantes y profesionales de esta ciencia.

Coordinadores del Área de Ciencias Penales de AMACHAQ

I. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL

Los códigos penales peruanos: Una mirada ex post y comparada*

Fidel Rojas Vargas**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La codificación penal en Alemania / 3. La dispersión legislativa en España / 4. Las Cortes de Cádiz y la participación peruana / 5. La influencia de la normativa española y el surgimiento del primer Código Penal peruano / 6. El segundo Código Penal peruano del año 1924 / 7. Algunas precisiones acerca del Código Procesal penal / 8. Conclusiones / 9. Literatura mínima.

1. Introducción

La codificación es un fenómeno cultural de trascendencia histórica y de consecuencias positivas para el desarrollo y evolución del derecho, que puede ser entendida como aquel proceso por el cual los Estados reúnen –en un único cuerpo legislativo sistemático y coherente– las normas jurídicas que se encuentran dispersas, tanto por su localización geográfica como por el transcurso del tiempo en el que han sido puestos en vigencia. Constituye así un fenómeno legislativo excepcional que tuvo y tiene el mérito de lograr la unificación de los ordenamientos legales contribuyendo a consolidar y afirmar el principio de legalidad, asegurar seguridad jurídica y, consecuentemente, limitar la arbitrariedad judicial.

En las primeras décadas del siglo XIX, Europa continental hallábase constituida por un conjunto de Estados en vía de consolidación política, donde la burguesía capitalista dio comienzo a ese irreversible proceso de acceso al poder a partir de la Revolución Francesa de 1789. Sin embargo, esta centralización política -y progresivamente económica- contenía “una deu-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios en la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de San Martín de Porres y Doctorado en la UNMSM. Especialista en derecho penal y delitos contra la administración pública. Ex profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y ex profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Reconocido escritor de diferentes libros y artículos en materia penal. Asimismo, fue miembro de la Comisión de Alto Nivel que redactó el Código Procesal Penal y de la Comisión Revisora del Código Penal del Congreso de la República, así como integrante de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia.

da” con respecto a la unidad y armonización legislativa, ya que existían dispersos geográficamente y extendidos en el tiempo numerosos cuerpos legales en materia penal que obedecían históricamente a épocas previas ya superadas de evolución social, que generaron confusión e incertidumbre en materia de aplicación de normas legales. Por lo tanto, era tarea urgente la monopolización de la actividad legislativa. De esta actividad da cuenta el proceso de codificación de la normativa penal, civil, entre otros ámbitos de juridicidad. Por cierto, la idea y firme creencia que de dicha manera se superaban los males derivados de la dispersión legislativa se mantendrá hasta bien avanzado el siglo XX, el cual asistiría en sus postrimerías a un proceso inverso de “decodificación”, por el cual las legislaciones nacionales desprenderían de sus códigos normativas específicas para regularlas en dispositivos especiales que, en una suerte de estatutos, estarían compuestos por materia administrativa, penal y procesal (legislación antidrogas, aduanera/tributaria- terrorismo, entre otras).

Inicios del proceso de codificación que, involucrando paulatinamente la totalidad de los estados europeos, permitió superar el desorden existente en la legislación penal, en tanto una exigencia de política legislativa de la burguesía capitalista triunfante, configurando de dicho modo la primera oleada globalizadora del pensamiento jurídico positivizado, que generaría ulteriores olas globalizadoras de naturaleza doctrinaria y dogmática (italiana primero, y alemana después, en materia penal). La dispersión legislativa precedente, que se correspondía mejor con reinos y estados estratificados de corte feudal o semi feudal aristocráticos, fue así sustituida por un sistema de mayor coherencia y técnicamente más moderno de agrupamiento sistemático y teleológico de las normas y dispositivos legales, en lo que se dio por denominar los procesos de codificación, acontecidos durante todo el siglo XIX europeo y que involucró igualmente a los liberados países americanos de habla castellana y lusitana. Proceso codificador, mérito indiscutible de la burguesía triunfante y sus teóricos del derecho, que se reveló superior y se ajustó a las necesidades del desarrollo del capitalismo al armonizar las legislaciones y hacer hipotéticamente más predecibles –en términos relativos, por cierto– la justicia civil y penal y por lo mismo sentó las bases jurídicas para la viabilidad y desarrollo del sistema.

La codificación legislativa permitió, entonces, entronizar en el mundo europeo continental, por primera vez con fuerza e implicancias, el Principio rector de Legalidad, dando paso al Estado de Derecho y –más adelante– al Estado Constitucional. De modo que uno de los -varios- méritos de este proceso codificador residió en someter y limitar la arbitrariedad judicial, ya que –anteriormente–, con la dispersión de las leyes, quedaba a criterio del juez decidir la norma y la pena aplicables al caso concreto, a veces a

tomar decisiones punitivas en función a su capricho personal, esto es, mediante penas que no estaban legisladas conforme Cesare de Beccaria y los iluministas del siglo XVIII e historiadores del derecho penal pre liberal han dado cuenta y que con palabras de Hans Jescheck¹ se alude a un poder judicial que poseía la más absoluta libertad para la arbitrariedad.

2. La codificación penal en Alemania

A lo largo de su historia, Alemania se ha caracterizado por ser un centro generador de legislación propia. Ejemplos de ello son El Espejo de Sajonia de 1220, el *Codex Criminalis Bambergensis* de 1507 (mérito indiscutible de Johann von Schwarzenberg -1463-1528-, profesor y académico de nota, presidente de la Corte de Bamberg), y sobre todo la *Constitutio Criminalis Carolina* (basada también en los aportes de Schwarzenberg) promulgada en el año 1532, que logró notables avances en la modernización de la materia jurídico-penal, al considerar que la normativa punitiva estaba centrada en la búsqueda del bien común, en una época en la cual Europa aún no vivía su período de ilustración, además de temas referidos al delito consumado, partícipes, tentativa, dolo, negligencia, causas de justificación y culpabilidad, erigiéndose la Lex Carolina (denominación en homenaje al emperador Carlos V) en uno de los primeros cuerpos punitivos que logró centralizar la normativa penal, aunque no exhibiera aún un carácter técnico legislativo que separe y diferencie entre parte general y especial ni mucho menos que supere el grado de dureza en la conducción del proceso, la naturaleza y ejecución de las penas (pena de muerte para numerosos delitos, quemar, descuartizar y pena de mutilaciones, entre otras atrocidades legales). Asimismo, otros cuerpos normativos importantes, estuvieron constituidos por el *Codex Iuris Bavarici Criminalis* del año 1751, la *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768 (para el reino de Austria), el Proyecto de Código penal para el reino de Baviera de 1813 (redactado por Paul Anselm Feuerbach: 1775-1833, de inobjetable y avanzado valor técnico) y varios otros códigos regionales (de Hannover, Sajonia, Turingia, Baden, Braunschweig, Prusia de 1851, bajo la influencia este último del Código penal francés de 1810). Dispersión legislativa que los revelaba, para el siglo XIX, técnicamente por fuera de las exigencias del mercado, y académicamente atrasados -con la excepción del código de Baviera 1813- en función a los avances introducidos por la ilustración en tanto programa del derecho penal liberal, por lo que se necesitó tener un único cuerpo legal de factura penal mejorada y técnicamente superior, lo que se logró con la redacción del Código Penal para el Reino Imperial Alemán, sobre la base del Código penal prusiano de 1851, que entró en vigencia en 1871 y que rige al presente con numerosas reformas y con una nueva parte general (1976).

1 Jescheck, Hans: Tratado de derecho penal, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 101

3. La dispersión legislativa en España

En la antigua Hispania se contaba con el *Liber Judiciorum* o *Lex Visigotorum* (conocida más adelante como Fuero Juzgo) que en sus libros sexto, séptimo y octavo reguló materia penal y procesal penal y que entró en vigor en el año 654 durante el reinado de Recesvinto – a quien se considera su compilador junto a Khindasvinto, rey antecesor- sujeta ulteriormente a nuevas versiones. Creación legal visigoda (pueblo germano que el imperio romano derivó a la península ibérica, a modo de evitar invasiones) que constituye el primer cuerpo jurídico que se formó en la historia del derecho español, que marca la síntesis entre lo germánico, romano y la cultura de los pueblos hispano románicos, que mantendrá su vigencia hasta inicios del siglo XIX y que incluso en algunos de sus apartados civiles se sigue aplicando, supletoriamente, en Navarra y Aragón. Posteriormente, con la formación de los reinos castellanos, en el año 1265 se dictó la Ley de las Siete Partidas (conocido en su tiempo como el Libro de las Leyes), bajo el reinado de Alfonso X “el Sabio”. Estos dos cuerpos legislativos llegaron a estar vigentes simultáneamente, ello sumado a toda una serie de ordenanzas y leyes regionales. Mas adelante y como forma de armonizar la legislación existente se expiden las Leyes del Toro del año 1565, la misma que sin embargo llegó a coexistir con el Fuero Juzgo, así como con la Ley de las Siete Partidas; configurándose un sistema que resultaba complejo y confuso para la aplicación de la norma legal al caso concreto. Sobre ello, cabe destacar que la Ley de las Siete Partidas regulaba contenido en materia penal, principalmente, en la séptima partida, la que se encargó de fijar reglas de jurisdicción, proceso y delitos con penas muy duras, fijando pena de muerte para numerosos ilícitos penales y manteniendo la tortura como procedimiento para buscar la verdad, además de otras sanciones crueles como la pérdida de un miembro o extrañas e igualmente crueles como la exposición del cuerpo desnudo y untado en miel para sufrir las molestias de las moscas y de las abejas. Más adelante, dichas normas se complementaron con la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (1567, estructurada en 9 libros con cerca de 4000 leyes) y la Novísima Recopilación de Leyes de España (1805), compuesta esta última por numerosos textos, cuyos libros 11 y 12 estuvieron destinados a regular el ámbito penal. “Novísima Recopilación” (basado en el proyecto del jurista mexicano hispano Manuel Lardizábal y Uribe: 1739-1820) que recogió los avances de la ilustración y superó en parte los anacronismos de la Nueva Recopilación, mostrándose como la respuesta de la monarquía española frente a los nuevos y difíciles tiempos que le tocará vivir y que se destinará a regular de forma más sistemática en el mundo americano durante los procesos revolucionarios

contra el Imperio español². Novísima Recopilación que, sin embargo, como nos lo recuerda José Antonio Escudero³ mereció una áspera crítica por no estar a la altura de su tiempo al presentar una normativa de compilación de leyes, cuando ya se había promulgado en Francia el Código Civil Frances de 1804, cuya estructura normativa exhibía una mejor técnica de ubicación y sistematización legislativa.

En resumen, el panorama legislativo español, a inicios del siglo XIX, se mostraba disperso, desordenado y urgido de uniformización y normalización legislativa, máxime si tomamos en cuenta el resto de los dispositivos legales de los diferentes reinos hispanos (Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra).

4. Las Cortes de Cádiz y la participación peruana

Resulta de interés recordar que en 1807 y mayo de 1808 se produjo la invasión militar napoleónica a los territorios portugués y español, respectivamente, produciendo una crisis monárquica y grave ausencia de gobierno con el cautiverio de Fernando VII (y el traslado al Brasil del príncipe regente portugués y su numerosa corte de funcionarios), lo que produjo la inmediata respuesta defensiva del pueblo español (campesinos y clase media). Circunstancia político social excepcional para los pueblos hispanoamericanos de los virreinos de Nueva España (México y América Central), Nueva Granada (Colombia, Ecuador y Venezuela), Virreinos del Perú y Río de la Plata y la Capitanía de Chile, que tuvieron la oportunidad de intervenir y ser reconocidos en la gesta democrática de armonización de estrategias para un nuevo gobierno a la par de los preparativos y redacción de la Constitución de 1812.

El 24 de septiembre de 1810, teniendo la casi totalidad del territorio español bajo control francés, con 296 representantes asistentes -ninguno de sexo femenino ni afroamericano- se inició, en la isla de León (situada en la bahía de Cádiz) el trabajo de los Diputados convocados a las Cortes de Cádiz, a los efectos de sentar las bases del nuevo gobierno democrático, así como establecer la primera Constitución del reino español peninsular y americano/filipino, contando con la concurrencia de 80 delegados de

² Conjuntamente a ellos, en años anteriores se estaba aplicando La recopilación de Indias (1680), cuya importancia radica en la aplicación de la justicia penal y civil en los pueblos de América latina. En su redacción participaron profesores de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y magistrados de la Real Audiencia, encontramos ahí al profesor Antonio León Pinelo y al oidor Juan de Solorzano Pereira quienes trabajaron y presentaron proyectos que fueron -pese a las vicisitudes temporales- tomados en cuenta en la redacción de la Recopilación indiana. Fueron destacable igualmente los aportes del jurista Rodrigo de Aviar.

³ Escudero, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, Madrid, Talleres de Solana e Hijos, 2012, p. 690

México, Centroamérica, Sudamérica y Filipinas. De esta manera, se puso en práctica el primer fenómeno de democracia legislativa en el mundo hispano parlante⁴. Además, las Cortes de Cádiz, constituyeron un fenómeno *ad hoc* para la toma de conciencia sobre la posibilidad de los pueblos, bajo dominio español, para consolidar la gesta liberadora de un poder que se manifestó precario. Por lo mismo, a través de este acontecimiento histórico, se extendió y afirmó la idea de la igualdad de las personas, positivizándose en la Constitución que la soberanía reside en la Nación, no obstante, los conflictos entre conservadores y liberales. Sin embargo, cuando fueron expulsados los invasores franceses y retoma el poder Fernando VII, pierden vigencia los acuerdos y se deroga la Constitución aprobada en 1812, provocando el restablecimiento de las posiciones más conservadoras y represivas de las clases dominantes en España.

El articulado de la Constitución de Cádiz, consideró, entre otras cosas, que: (i) la nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, art, 1; (ii) la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales, art, 3; (iii) el objeto del gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen, art, 13; (iv) la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales, art. 242; (v) ningún español podrá ser juzgado en causas civiles o criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley; art, 247; (vi) el soborno, el cohecho y la prevaricación de los magistrados y jueces producen acción popular contra los que los cometen, art. 255; (vii) se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; art. 297; (viii) no se usará nunca del tormento ni de los apremios, art. 303; (ix) tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes; art, 304; (x) No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.

4 Por el Perú, asisten personalidades destacadas y juristas. En el primer ámbito destaca la figura de Dionisio Yupanqui, descendiente de la nobleza inca, que diera significativos discursos en las Cortes (de los que se ha destacado para la historia las frases pronunciadas el 16 de diciembre de 1810 “Un pueblo que oprime a otro no puede ser libre”, “Señor Diputado Suplente por el Virreinato del Perú No he venido a ser uno de los individuos que componen este cuerpo moral de V.M para lisonjearle, para consumir la ruina de la gloriosa España, ni para sancionar la esclavitud de la virtuosa América”). En el segundo ámbito, la presencia de Vicente Morales Duárez de la Cuadra (1755-1812). Profesor sanmarquino, juez de la Real Audiencia y delegado por Lima, precedido de renombre y gran prestigio como abogado quien tuvo el honor de presidir las Cortes de Cádiz en marzo de 1812, participando en la redacción y la firma de la Constitución del mismo año. Integraron la delegación peruana, entre titulares y suplentes, un colectivo de 14 delegados. Vicente Morales Duárez, considerado el más completo jurista de los representantes americanos, falleció súbitamente de apoplejía- o quizás de envenenamiento como sostienen otras voces- en su habitación el 2 de abril de 1812 en Cádiz, siendo enterrado con honores de Infante.

Diez años después España se daría su primer Código Penal en el año 1822, redactado por una comisión conformada, por Martínez Marina, Vadillo y entre otros por el destacado jurista José María Calatrava (1781-1846, Fiscal, diputado en las Cortes de Cádiz, héroe de la guerra de independencia, vocal en la Corte de Extremadura, encarcelado por Fernando VII cuando este retoma la corona; características ad hoc para dar cuenta de sus méritos como abogado de la libertad y dignidad de la persona y su apuntamiento hacia un estado constitucional. Calatrava desempeñaría, después de los abusos del poder cometidos contra él, cargos políticos de importancia). Primer código punitivo de vida accidentada que suscitó críticas y rechazo por sectores conservadores de la sociedad española, en la que destacaron las del mundo académico (algunas universidades y magistrados) que manifestaron su extrañeza por su impronta liberal frente a las pocas menciones a la pena de muerte, la no mención de los delitos de sodomía, herejía, sortilegio e incesto), siendo en cambio elogiado por la Universidad de Salamanca y Sevilla.

Este cuerpo normativo de corte liberal, ideológicamente influido por las concepciones de Jeremy Bentham, Gaetano Filangieri, Cesare de Beccaria, Charles de Montesquieu y otros, sentó un hito importante en el pensamiento jurídico penal español, al centralizar y unificar, por primera vez, en un solo cuerpo la legislación punitiva española, superando la dispersión normativa precedente, y además porque supuso el ingreso en el pensamiento jurídico español de una nueva técnica de redacción de códigos, instituyendo una serie de conceptos jurídicos referidos a la parte general: cómplices, auxiliares, encubridores y otros que ayudaban en el delito. Cuerpo sistemático de leyes que fue utilizado para la elaboración del Código penal de Bolivia en 1834 durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz y luego para el de la Confederación peruano-boliviana (1836-1838).

No obstante, el Código Penal español de 1822 no se mantuvo vigente mucho tiempo, al ser reemplazado por el Código de 1848, de mejor técnica legislativa en su redacción y que concitara mayor consenso social y académicamente.

5. La influencia de la normativa española y el surgimiento del primer Código Penal peruano

El proceso codificador en el Perú, pese a los intentos desplegados en esta orientación, encontró particulares dificultades, que impidieron poder entrenar, junto a la Constitución Política de 1823 y al proceso exitoso de liberación política, nueva legislación en materia civil y penal.

En primer lugar, con la llegada del general José Francisco de San Martín y Matorras (1778-1850) y el inicio de su protectorado se expide un reglamento provisorio, con fecha 8 de octubre de 1821, estableciendo que, mientras no existiese Código Civil, Criminal o uno de Comercio continuaría vigente la legislación española (leyes, ordenanzas y reglamentos) que no se opusiese al espíritu de la nueva tendencia política del país, esto es, con los principios de libertad e independencia proclamados y que no hubiesen sido derogados por autoridad competente. Cabe resaltar que dicha disposición fue igualmente incorporada en la Primera Constitución de 1823 (artículo 121). En segundo término, en diciembre de 1825, Simón José Antonio de la Santísima Trinidad Bolívar Palacios Ponte Blanco (Simón Bolívar: 1783-1830) nombra una comisión, presidida por Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada (1773-1841), con el propósito de que se encargue de redactar los cuerpos normativos civil y penal, pertinentes; sin embargo y lamentablemente no se obtienen resultados positivos, pues la Comisión no logró sesionar de forma continua, invocando el argumento que no existía en la Constitución reglas que fijaran bases para poder elaborar un Código Penal. En tercer lugar, el Proyecto particular de Código penal elaborado por Manuel Lorenzo de Vidaurre en 1828 y presentado al Congreso de la República no recibió la atención debida ni el debate respectivo, si bien es cierto dicho Código provisto de importantes reflexiones y consideraciones previas no se hallaba estructurado con base a la técnica de redacción ya dominante en la época, si tomamos en cuenta el Código penal francés de 1810 o el Código penal para el reino de Baviera de 1813.

En consecuencia, se generó un particular escenario en el que liberados políticamente del dominio español, manteniendo dependencia económica en relación a las clases criollas dominantes (todas vinculadas con el capital peninsular y luego inglés), nos encontrábamos en un cautiverio legal en relación a la legislación civil, criminal y comercial española impuesta y rigiendo desde la colonia y el virreinato, lo que nos colocó en una extraña dependencia cultural jurídica del poder que subyugó y expolió América Latina por cerca de cuatro siglos. Tener una Constitución Política (la de 1823) y otras varias cercanas temporalmente (1826, 1828, 1834, 1839) y no poseer estructuradas sistemáticamente las bases jurídico normativas para regular las relaciones civiles-comerciales de los nacionales y extranjeros en el Perú ni tampoco las normas que brindan seguridad y castigan el delito nos colocó en una suerte de país precario e incipiente para sentar bases jurídicas de desarrollo.

Tal difícil encrucijada colocó al país en un callejón sin salida de modo que se tuvo que seguir usando, argumentando y aplicando la legislación punitiva española, de las que destacaban el Fuero Juzgo, la Ley de las Siete

Partidas, la Novísima Recopilación y las más recientes Leyes de Indias, enmarcada en un esquema alejado de las necesidades y realidad peruana. Así, por cerca de 40 años post liberación no fue posible, en el Perú la elaboración y entrada en vigor de un código penal y procesal propio, pese a contar con el modelo paradigmático francés de Código Penal de 1810, del Código Penal español de 1822⁵-1848 y el ejemplo del Brasil que se dio su código criminal en 1830 (considerado uno de los más modernos de su tiempo), con base a los proyectos del destacado penalista portugués Pascoal Jose de Mello Freire (1738-1798) y de Bernardo Pereira de Vasconcelos, jurista, diputado y ministro de justicia brasileño.

El Proyecto de Código penal presentado desde Boston por Lorenzo de Vidaurre (Oidor de la Audiencia del Cusco, Primer Presidente -1925- de la Corte Suprema, Presidente del Congreso y Ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores, autor además de un Proyecto de Código Civil y Código Eclesiástico) para su discusión en el Congreso de la República, el mismo que se hallaba precedido de numerosas y valiosas reflexiones filosóficas/sociológicas y político criminales sobre el delito (*conducir a los hombres a los cadalsos, encender las hogueras, multiplicar los tormentos, son remedios tan fáciles como ineficaces para evitar los crímenes*), no fue debatido para sustentar la parte general de un ante proyectado de código penal ni se analizaron las normas de la parte especial. En el Gobierno de Agustín Gamarra Messía (1785-1841), por decreto del 22 de octubre de 1831 se nombró una segunda comisión para la elaboración del código penal, sin que igualmente esta presentara proyecto. En 1936 al entrar en vigencia la Confederación Perú Boliviana, el gobierno de Andrés de Santa Cruz y Calahumana (192-1865) dispuso la entrada en vigor, en el territorio nacional, de los códigos civil y penal que regían en Bolivia. El 31 de julio de 1838, con el fracaso de la confederación, se derogaron dichos códigos, disponiéndose la continuación de la vigencia de las leyes españolas, produciendo ello un estado de evidente confusión y desorden. En 1845 el Mariscal Ramón Castilla y Marquesado (1797-1867) designa una comisión para la elaboración del Código civil que dará sus frutos en 1852. Para 1853 el Congreso por ley del 26/9 de 1853 designa una comisión de 8 miembros (3 senadores y 5 diputados) para efectos de redactar los códigos en materia criminal y de procedimientos, cumpliendo con entregar un proyecto solo de código penal, que fijaba pena de muerte para delitos atroces. Sin embargo, la Constitución de 1856 elimina dicha pena (establece entre varias otras medidas legislativas el su-

⁵ En ese entonces, el mérito del mariscal Santa Cruz fue asumir la propuesta del Código Penal español de 1822 y disponer que miembros de una comisión redactasen el código para Bolivia. Esta propuesta aplicada al Perú entró en vigencia en enero de 1837 y se mantuvo hasta el 31 de julio de 1838. En este período se obtuvo un Código Penal receptado de la experiencia española, con el cual tanto Bolivia como Perú pasaron a detentar un cuerpo legislativo penal y procesal centralizado; sin embargo, dicha experiencia en el país duraría corto tiempo.

fragio popular directo y la vacancia de la presidencia). El 6 de septiembre de 1856, se designa una nueva comisión integrada por José Simón Tejeda Mares, José Gálvez Egúsqüiza, Santiago Távara, Ignacio Noboa y Tomas Lara. Posteriormente se designan otras comisiones en 1859 y en 1961, esta última mediante resolución Legislativa del 18 de mayo, integrada entre varios por Evaristo Gómez, el profesor de filosofía de la Universidad de San Marcos José Silva Santisteban, Manuel Macedo, Juan de la Cruz Lizárraga y Isaac Suero. Para el 23 de septiembre de 1862 se hace llegar al Congreso un Proyecto de Código criminal, el mismo que fue aprobado, sin un debido debate, el 1 de enero de 1863.

Teníamos ya tanto Código Civil como Código Penal y de Enjuiciamiento criminal, en un contexto social caracterizado por la súbita bonanza económica y relativa estabilidad política que vivía el país con el producto de la venta del guano de las islas de Chíncha al mercado europeo y norteamericano. Recién en este período el Perú pudo contar con legislación propia y centralizada, dejando relativamente de lado el fenómeno del “colonijaje” en materia legislativa⁶. Relativamente, por cuanto la influencia del Código penal español de 1848 (elaborada por 19 juristas y notables -entre abogados magistrados y políticos- de la época, presidido por Joaquín María López, famoso abogado y político liberal, e integrada por Bravo Murillo, Seijas Lozano -a estos dos últimos se les concede la mayor autoría del Código-, García Goyena, Antón de Luzuriaga, Castro Orozco y que contó con la participación de Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865), importante penalista de la época este último, que llegó a efectuar importantes comentarios a dicho código.

Entre las características del Código penal de 1863 se tiene que exhibe una impronta progresista, como consecuencia de la influencia del Código Penal de 1848, código este último que acusa las influencias del código penal francés de 1810 y del código penal imperial brasileiro de 1830. En lo referente al concepto de delito y faltas, precisa que consiste en “las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley” (art.1). “Toda acción u omisión penada por la ley se reputa voluntaria y maliciosa mientras no se pruebe lo contrario” (art.2), es decir, se enfatiza en el código de 1863 la relevancia del elemento subjetivo en la noción legal del ilícito penal.

6 Este código distingue entre delito frustrado y tentativa; en primer lugar, define a la tentativa cuando “se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal”. Luego, describe los actos preparatorios y la confabulación. En su artículo 1 establecía que eran responsables criminalmente del delito y de la falta los autores, los cómplices y los encubridores. Además, de normas importantes en materia de extensión de responsabilidad, en su artículo 8 indica que “están exentos de responsabilidad criminal: el menor de nueve años”. Esto demuestra el avance desde esos años hasta ahora con respecto a esa internalización de la responsabilidad penal en función a la edad. Por otro lado, estableció que estaban exentos de responsabilidad penal “el que, con ocasión de practicar un acto lícito, en el que puso la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”

6. El segundo código penal peruano del año 1924

De 1863 a 1924 pasó un periodo extenso dada la anómala propensión nacional a las modificaciones constantes de la normativa constitucional (10 cartas magnas en ese transcurso), que contrasta con la presencia de dos códigos penales –si exceptuamos el código Santa Cruz–; sin embargo, ello no supuso la inexistencia de proyectos de reforma de código, ni bien se asentaba el de 1863. En efecto, los cambios de gobierno, el declive temporal del militarismo con el surgimiento del Partido Civil en 1871 (que llevó al gobierno al Alcalde de Lima, Manuel Pardo y Lavalle –hijo del escritor y abogado Felipe Pardo y Aliaga y auspiciador de un ambicioso programa de cambios–, líder de la aristocracia costeña agrícola y bancaria, que de los 4,657 electores obtuvo 2692, esto el 57.8% a nivel nacional) y la necesidad de actualizar el Código dio lugar a tres comisiones revisoras en la década del setenta del siglo XIX, en 1871, 1873 y 1877, las que sin embargo no lograron resultados. La debacle de la guerra del Pacífico, la gran corrupción económica y política y el descalabro económico-financiero suscitado por la crisis del guano a partir de los años 80 condujeron al país a un estado de postración que desalentó los esfuerzos de sustitución del código de 1863. En el año 1900 se designó otra comisión encargada de reformar el código penal. Igual sucedió en el año 1915, fecha en la que el Congreso nombra una comisión de senadores y diputados a los efectos de encargarse de redactar un nuevo código penal y de procedimientos. El segundo entraría en vigor en 1920. El primero, cuyo ante proyecto fue elaborado en 1916 por Víctor Manuel Maúrtua, esperarí un tiempo más de debates y perfeccionamiento. El 30 de diciembre de 1921 el Congreso designa una nueva comisión (Julio Ego Aguirre Pio Max Medina, Plácido Jiménez, Vicente Noriega del Águila, Carlos Calle, Felipe de Osma y Alejandrino Maguiña), que retoma el proyecto de Víctor Maúrtúa, y con el aporte personal de este último se moderniza y mejora para ser aprobado y publicado el 28 de julio de 1924.

En 1924, en pleno auge y hegemonía de una nueva clase económico-política vinculada progresivamente al capitalismo norteamericano, durante el gobierno de Augusto Bernardino Leguía se, discutió y puso así en vigencia un segundo Código Penal para Perú, el cual exhibirá una “factura dogmática ideológica diferente al de 1863, influido por las corrientes en auge en Europa y que incrementaría el carácter técnico de dicho código. En efecto, se nota en el Código penal de 1924 la nítida influencia del positivismo jurídico italiano de Ferri/Lombroso (medidas de seguridad) y del anteproyecto de Código Penal suizo de 1918, lo que traería consigo otras perspectivas de enfoque, que nos alejaron en varios apartados del influjo de la normativa penal española y nos vincularían en parte a la versión alemana

de la estructura del delito (acción, tipicidad, culpabilidad, imputabilidad y culpabilidad), matizada con las propuestas de la escuela sociológica/antropológica del positivismo italiano, que en un acercamiento a la realidad peruana crearían construcciones normativas sobre la semiimputabilidad de las poblaciones indígenas (art. 45. Delitos perpetrados por indígenas semi civilizados o degradados por la servidumbre o alcoholismo), y que llegarían a referirse a los delitos perpetrados por salvajes (art. 44). El código de 1924 estuvo igualmente influido por el Código penal italiano de 1889 (código Zanardelli, en homenaje a su principal menor Giuseppe Zanardelli (1826-1903, ministro de justicia, político de izquierda y jurista de avanzada para su época, quien llegó a considerar que al delincuente no solo había que intimidar y reprimir sino sobre todo corregir y educar, adelantándose en varias décadas a la teoría de la resocialización), en lo que concierne a la sistematización de la Parte Especial del Código.

En efecto, entre las novedades que trajo consigo este Código, se tiene la propuesta de la Escuela sociológica italiana de Ferri y Garófalo referente a los mecanismos sucedáneos de la pena, es decir, a las medidas de seguridad para los inimputables e imputables relativos. Igualmente, la perspectiva alemana del delito, cuando en su artículo 81º, fijó importantes consideraciones con respecto a las condiciones de culpabilidad; al mencionar que *“las penas establecidas por la ley siempre al agente de infracción intencional, salvo disposición expresa y contraria de la misma ley”; “la infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente y voluntaria”*. Esta perspectiva sobre el dolo con preeminencia del aspecto volitivo o intencional refleja la concepción dominante en la dogmática alemana de parte de las corrientes causalistas y su tratamiento a nivel de la culpabilidad como una de sus dos modalidades. El código de 1924, a su vez, supuso avances de carácter técnico en materia de regulación del principio de legalidad en la parte general, que en el Código de 1863 se encontraba contextualizada en un marco estructural muy básico y elemental.

Cerca de siete décadas (de 1924 a 1991) y varios proyectos de reforma, pasarían hasta la entrada en vigencia del Código penal de 1991, ya con otra perspectiva sobre el delito, recogiendo los logros de la Escuela finalista de Hans Welzel y desarrollos doctrinarios de Claus Roxin sobre responsabilidad penal, pese a que por entonces ya la lectura finalista del delito tenía objetores de peso en autores post finalistas y normativistas, en este último caso con las propuestas de Günther Jakobs que postulaban refundar la dogmática penal y la teoría del delito con otras miradas conceptuales que tendrían apreciable recogida en lustros posteriores.

7. Algunas precisiones acerca del Código Procesal Penal

Todo código penal procesal, con más fuerza quizás que el penal de naturaleza sustantiva, responde a las necesidades del mercado y las posibilidades presupuestales de cada país, más allá del optimismo o realismo con que se formulen las pretensiones político criminales o la dura práctica concreta establezca. Y a esta lógica, no está ajena el Código Procesal Penal de 2004, que se dicta en plena era de las globalizaciones a todo nivel (económico, financiero, legislativo). Lógica legislativa del mercado que exige la uniformización de los principios y procedimientos propios de la justicia penal y un escenario de actuaciones fiscales/judiciales precedido, en líneas mayoritariamente generales, por reglas de transparencia y control razonable; lo cual guarda coherencia con el declive y superación de las prácticas inquisitivas y secretistas de los anteriores códigos de procedimientos (incluido el de 1940), desfasadas y anacrónicas con los dictados del mercado y la globalización.

Sin embargo, y en una línea de compensación -frente a la transparencia que disminuye los tradicionales poderes del juez y los principios rectores destinados a controlar la arbitrariedad judicial/fiscal-, el nuevo Código Procesal otorga una amplia discrecionalidad a la labor de los jueces penales, lo que se aprecia -con especial énfasis- en la construcción normativa de la prisión preventiva, donde mientras el anterior código (art. 135 del Código Procesal de 1991, de normativa vigente específica) requería como requisitos la presencia de “suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso”, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, exige únicamente a nivel cognitivo “elementos de convicción” sometidos a valoración del juez, lo que incorpora no solo el uso de términos de dudosa factura dogmática y escasa precisión semántica, produciendo así un coto cautivo de poder que puede generar, con facilidad, decisiones arbitrarias en este apartado de violencia pura de efectos irremediables para la dignidad humana -lo que se aprecia sobre todo en el caso de procesados inocentes- que significa la gestión e imposición de la prisión preventiva, sino que define un modelo de poder fácilmente instrumentalizable en la definición de dicha medida cautelar.

El Código Procesal Penal de 2004 no se ha orientado -pese a la propuesta hecha llegar, a la comisión redactora del Código, por el profesor Mixán Máss- por el sistema de jurados, como mecanismo accesorio y complementario para determinados delitos, que sí fue regulado por el Código de Enjuiciamientos en materia criminal de 1920. (de efímera vida, por cierto, y que levantó todo un conjunto de críticas por parte de diversos sectores sociales y políticos). En suma, rige en el Perú un modelo totalmente profesionalizado de justicia penal, sin mayores alternativas que el esquema de las decisiones tempranas de terminación y conclusión anticipada, pese a

que la justicia penal actual ofrece no solo la vía de los jueces técnicos, sino que nos muestra varias otras opciones, además de los jueces populares y jurados escabinos (combinación de legos y conocedores de la materia jurídica), de las que destacan la justicia de transición, la mediación penal, y sobre todo la justicia restaurativa –aplicada en varios países europeos– y que se fundamenta en la devolución a las partes del conflicto (agresor y agredido) con la posibilidad de componer el daño, entre otros mecanismos a disposición de la justicia penal.

8. Conclusión

Si bien no hemos mostrado capacidad para construir normativa propia, al haber receptado legislaciones y modelos extranjeros que en varios de los casos han sido forzados y en otros adecuados a nuestra realidad con efectos no siempre plausibles, la evolución histórica y política de los códigos penales ofrece, en el Perú, un decurso legislativo orientado a obtener modelos normativos cada vez más perfeccionados técnicamente, con marcadas oscilaciones en las concepciones político criminales y dogmáticas dominantes.

Asimismo, el endurecimiento de las sanciones y la sobre criminalización de los tipos penales especiales, que se aprecia después de la entrada en vigencia del Código penal de 1991, ha definido una clara tendencia que ha apostado por la solución fácil y populista frente a la realidad múltiple/compleja del delito y la delincuencia, colocándonos en un cuello de botella y callejón sin aparente salida donde la única opción pareciera ser el sobre criminalizar y elevar las penas.

9. Literatura básica

Julio Altmann Smythe: *Reseña histórica de la evolución del derecho penal*, Lima, 1943

Silvia Barona Vilar: *Proceso penal desde la historia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Jorge Basadre: *Historia del derecho peruano. Nociones generales-época prehispánica – fuentes de la época colonial y del derecho republicano*, iv edición, Lima, librería Studium, 1988.-

Pedro R. David: *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano Giuffrè editore, 2001.

Francisco García Calderón: *Diccionario de la Legislación peruana*, Tomo I y II, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2007.

José Antonio Escudero: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político Administrativas*, Madrid, Talleres de Solana e Hijos, 2012

Natalino Irti: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

Hans Jescheck: *Tratado de derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2000.

Luis Jiménez de Asúa: *El derecho penal en la república del Perú*, Madrid, Talleres tipográficos Cuesta, 1926.

José Hurtado Pozo: *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima Cedys, 1979.

Laclau, Martín: *La historicidad del derecho*, 2da edición, Buenos Aires, Astrea, 2019.

André, Laingui: *Histoire du droit penal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

Leon, Lesser: *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Lima, Palestra, 2004.

Estuardo Núñez: *La influencia alemana en el derecho peruano*, Lima, Librería e imprenta Gil, 1937.

Carlos Ramos Núñez: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, Tomos I, II, y III, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2002.

Carlos Ramos Núñez: *El proyecto de Código penal (1830) de Manuel Lorenzo de Vidaurre: ¿Lucidez o locura?*, Lima, Ius et praxis, N° 29. 1998.

Paolo Grossi: *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Manuel Lorenzo de Vidaurre. *Proyecto de un Código penal*, Boston, impresa por Hiram Tupper 1928.

José Carlos Vilcapoma (compilador): *Las Cortes de Cádiz y su impacto en el Perú y América*, Fondo editorial de la Academia de la magistratura, 2015.

Vormbaum, Tomas: *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Eugenio Raúl Zaffaroni: *Introducción a la codificación penal latinoamericana, en Los códigos penales iberoamericanos 1*, Universidad de Salamanca, Bogotá,

Forum-Pacis, 1994.

Carlos Zavala Loayza: *Sinopsis histórica de la legislación penal en el Perú*,
Lima, Librería e imprenta Gil, 1941.

La importancia de una adecuada técnica legislativa para la creación de las normas penales en el Perú*

Ana Lucía Heredia Muñoz**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué es la técnica legislativa? / 3. Algunos problemas en cuanto a la creación de las normas penales / 4. Conclusión / 5. Bibliografía.

SUMARIO: A través del presente artículo la autora aborda la problemática en torno a la necesidad de una adecuada técnica legislativa para la creación de normas penales en nuestro país. Para ello, aborda temas vinculados a la dinámica de la legislación, las fases que ésta conlleva; asimismo, destaca los principios rectores en el ámbito del Derecho penal que deben tenerse en cuenta para la creación de normas estables.

PALABRAS CLAVES: Técnica legislativa / normas penales / dinámica de la legislación / principio de legalidad / principio de mínima intervención

1. Introducción

Es común escuchar a diario en los medios de comunicación o en las tertulias que tenemos las personas que nos dedicamos al ámbito jurídico múltiples quejas sobre la forma en la que se encuentran redactadas las normas jurídicas en nuestro país, y más precisamente, haciendo referencia a que adolecen de una mala técnica legislativa. Se usa en exceso el término antes mencionado, pero realmente ¿qué es la técnica legislativa?, intuitivamente se tiene alguna idea sobre lo que implica este arte, pero al no existir mucha literatura peruana al respecto, la población en general y gran parte de los profesionales del ámbito jurídico no saben a ciencia cierta cuál es propiamente su contenido y cuando estamos frente a una norma que cumple o no

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

**Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid y Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima). Docente en Pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Privada del Norte. Docente del Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad Privada de Tacna. Correo electrónico: analuher@ucm.es

con los estándares de calidad apropiados.

Así pues, siendo un tema que viene captando la atención de los ciudadanos en general durante los últimos años, deviene en importante realizar un análisis sobre este tema, más aún en una materia tan sensible como lo es el campo del Derecho Penal.

Y es que es innegable la gran repercusión que existe cuando se crea, modifica o deroga una norma jurídica de este campo, pues casi siempre ello está rodeado de un contexto social donde muchas de las veces es la sociedad la que presiona para que se produzcan estos cambios, pero desafortunadamente, ello se suele complacer, las más de las veces, de manera casi irreflexiva.

Siendo ello así, el objetivo principal de este artículo es ofrecer al lector una visión general sobre el arte de legislar y su vinculación al ámbito del derecho penal y la importancia de tener presente principios fundamentales para la creación de la norma penal, lo que permitirá que ésta se encuentre dotada de las condiciones suficientes para brindar la seguridad, estabilidad y eficacia que la población tanto requiere.

2. ¿Qué es la técnica legislativa?

En palabras de la profesora García-Escudero, la técnica legislativa constituye el arte de legislar clara y eficazmente¹. La definición antes mencionada, si bien es cierto puede ser breve cumple con poner de realce dos variables importantes vinculadas a este arte, el cual es la claridad y la eficacia; la primera de ellas identificada con la necesidad de que la normativa producida debe ser posible de ser comprensible por los ciudadanos y la segunda haciendo referencia a la necesidad de diseñar la norma de tal forma que los fines para los que fueron creadas sean alcanzables.

Usualmente, como lo ha destacado Zapatero Gómez, se ha producido un desinterés por parte de los juristas de estudiar el cómo se hacen las leyes, limitándose únicamente al estudio y análisis de las normas jurídicas ya promulgadas², convirtiéndose en meros operadores y no en crítico de la norma. Hoy en día, probablemente, potenciada esta situación por la gran exposición mediática que existe en cuánto al proceso de creación de las normas, las nuevas generaciones de juristas y los ciudadanos en general, han asumido un rol mucho más vigilante y crítico con respecto a este proceso, no conformándose únicamente con analizar la norma ya promulgada,

¹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de Técnica Legislativa*, (Navarra: Ed. Thomson Reuters, 2011), p. 24.

² ZAPATERO GÓMEZ, V., «De la jurisprudencia a la legislación», en *Daxa*, núm. 15-16, España, 1994, p. 769.

sino a participar cuestionando los aspectos que deben tenerse en cuenta para una creación adecuada y sobre todo para un diseño de normas que promueva la eficacia de éstas.

La técnica legislativa³ es aquella técnica que se ocupa del proceso de producción de normas jurídicas adecuadas, este es su aspecto clave y exclusivo, pues a diferencia de las demás disciplinas, como por ejemplo la dogmática penal, se ocupa de la creación de las normas, mientras que las otras se avocan a estudiar a las normas jurídicas ya dadas y los problemas que pueden existir con ellas tales como, las dificultades para su interpretación, aplicación, etc.⁴ .

Puede interpretarse en dos sentidos, uno estricto y uno amplio. Acorde al primero de ellos, se entendería que con ella se hace referencia a la correcta redacción lingüística y a la ordenada composición textual de las normas, mientras que, al amparo del segundo enfoque, se vincula con la adecuada disposición de las leyes en el ordenamiento jurídico por completo, es decir, se identificaría que con ella se busca alcanzar una armonía y coherencia de todo el conglomerado de normas jurídicas existentes dentro del ordenamiento jurídico⁵ .

Particularmente, nos decantamos por una visión amplia de la técnica legislativa, pues entendemos que ella debe garantizar que la norma jurídica a crear sea respetuosa de la seguridad jurídica y, con igual intensidad, debe encargarse de verificar que se va a producir una adecuada inserción de ésta en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de evitar que se generen conflictos o incoherencias con el resto de las normas vigentes.

En cuanto a su finalidad, un sector doctrinario entiende que mediante ella se busca que se creen normas jurídicas de calidad⁶ , o, en palabras GA-

3 Teóricamente existe una distinción entre técnica legislativa y técnica normativa, la primera de ellas circunscribe su campo de acción sobre las normas con rango de ley, mientras que, la segunda, con un criterio más amplio abarcaría también a los actos administrativos, contratos y documentos jurídicos, entre otros. SARMIENTO MÉNDEZ, X., «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Revista Debate*, año VII, núm. 15, Panamá, diciembre de 2008, p. 92. Sin embargo, a efectos prácticos entenderemos que el término técnica normativa es empleado como sinónimo de la técnica legislativa.

4 ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Contribución a una teoría de la legislación», (Madrid: Ed. Civitas S.A., 1997), p. 17.

5 JIMENA QUESADA, L., «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 7, 2004, p. 76. Igual distinción es realizada por: SARMIENTO MÉNDEZ, X., «Significado y alcance de la técnica normativa», Op. Cit., p.91.

6 Mejorar la calidad de las normas jurídicas implica que se tenga en cuenta que cada norma pertenece al ordenamiento jurídico y que por tanto debe velarse por una coherencia global de ésta, y también, se verifique que la disposición legal tiene que ser viable económica y psicológicamente. Así véase: SAINZ MORENO, F., «Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural», en Corona Ferrero: Pau Vall; Tudela Aranda (coords.), *La técnica legislativa a debate*, (Madrid: Tecnos, 1994), p. 20.

LIANA SAURA, “la optimización de la producción de las leyes”⁷. Otro, en cambio, identifica que mediante el ejercicio de este arte lo que se busca alcanzar es una redacción adecuada de los preceptos jurídicos, realizándolos de forma estructurada y cumpliendo así con respetar al principio de seguridad jurídica a fin de que los destinatarios de la norma puedan prever la reacción del Estado frente a la realización del supuesto de hecho contenido en la norma jurídica⁸.

En nuestra opinión, la finalidad principal a alcanzar mediante el ejercicio de una adecuada técnica legislativa es la creación de normas de calidad, pues sólo garantizando ello se puede garantizar a su vez: la seguridad jurídica, la coherencia del ordenamiento jurídico y demás factores positivos que devendrían de esta situación.

Con un adecuado uso de la técnica legislativa se evitaría que se generasen supuestos de hiperinflación normativa, incoherencia de la norma jurídica propuesta con el resto de las contenidas dentro del ordenamiento jurídico, entre otros. Sin embargo, la realidad nos demuestra que por más precauciones que se intenten tomar, no siempre se podrá crear leyes de buena calidad, claro ésta, esto debería constituir supuestos aislados, pero por desgracia, existen ordenamientos jurídicos como el peruano, en los que a pesar de existir un “Manual de Técnica Legislativa”⁹ el contenido de éste no se suele tener en cuenta y se siguen emitiendo leyes irreflexivas que lo único que hacen es superpoblar al ordenamiento jurídico con normas innecesarias¹⁰.

Por otro lado, se supone que, en principio, la técnica legislativa provee las herramientas necesarias a los legisladores para que puedan ejercer su potestad legislativa de manera adecuada, teniendo siempre en cuenta que su accionar se debe desenvolver en el marco del respeto de la premisa de la economía normativa, es decir, a que sólo se creen las leyes que sean es-

7 GALIANA SAURA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, (Madrid: Dykinson, 2003), p. 12.

8 JIMENA QUESADA, L., «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», Op. Cit., p. 75. En ese sentido también se ha pronunciado Vidal Marín al sostener que la finalidad esencial de la técnica legislativa es garantizar la seguridad jurídica. VIDAL MARÍN, T., «Técnica Legislativa, Inserción de la Norma en el Ordenamiento Jurídico y Tribunal Constitucional», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, p. 324.

9 DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA, *Manual de Técnica Legislativa*, Perú: Congreso de la República, 7 de diciembre de 2010, recuperado de <<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/Manual-TecnicaLegislativa.pdf>>

PARDO FALCÓN, J., «La evaluación de las leyes: Consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado Autonómico Español», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, 2007, p. 88.

10 PARDO FALCÓN, J., «La evaluación de las leyes: Consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado Autonómico Español», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, 2007, p. 88.

trictamente necesarias .

Sin embargo, lo que en realidad sucede es que se tiene la idea errónea de que dichas herramientas no tiene como objetivo formar al legislador, sino más bien, al asesor legislativo¹¹ , esto es algo con lo que se discrepa en este trabajo, dado que los legisladores son las personas en las que la ciudadanía ha depositado la potestad legislativa y lo menos que podría exigirse de ellos es que se formen adecuadamente a fin de desempeñar sus labores de la mejor manera más eficiente.

Además, el hecho de que exista un asesor no exime al legislador de su deber de estar debidamente instruido sobre la forma en la que se debe de plasmar su voluntad política. Es cierto que no podrá esperarse que éste por sí sólo realice todas aquellas labores que conlleva la elaboración de los proyectos de leyes, por ejemplo, el análisis costo-beneficio en donde probablemente tenga que recurrir al apoyo de personal cualificado a fin de que puedan determinar con esmero dichos datos, pero entendemos que lo que sí puede exigirse es que cumplan con una labor de supervisión sobre el trabajo realizado por sus asesores, y evidentemente, se debe tener conocimiento sobre el tema que se vaya a supervisar, en este caso, sobre la técnica legislativa¹² .

Ahora bien, a modo de crítica podría señalarse que, a pesar de la gran importancia de conocer la forma adecuada en la que deben ser creadas las leyes, poco o nada se hace para que las nuevas generaciones de licenciados en Derecho —quienes fungirán de asesores legislativos, jueces, fiscales o abogados— puedan formarse adecuadamente al respecto¹³ . Debido a que los legisladores en Perú se eligen mediante voto cada cinco años, no se puede prever con anticipación quién será elegido como futuro Congresista de la República —con lo que su formación sobre la materia se producirá después de que haya ganado las elecciones—, pero lo que se puede hacer es educar sobre estos temas a las nuevas generaciones de estudiantes de leyes porque se sabe con certeza que al menos un pequeño porcentaje de ellos en el futuro desempeñaran funciones de asesores legislativos.

Prever una adecuada formación académica sobre estos temas garantizaría que en el futuro se tengan mejores leyes y con ellas, un ordenamiento jurídico más competente.

11 En ese sentido véase: GONZÁLEZ GÓMEZ, A., «La importancia de la técnica legislativa», en *Revista Debate*, año VI, núm. 15, 2008, p. 142.

12 Lo antes mencionado en modo alguno pretende desmerecer la labor de los asesores, sino más bien destacar que los legisladores no pueden eludir su responsabilidad so pretexto de escudarse en la labor de sus asesores.

13 PINEDA GARFIAS, R.: «Teoría de la Legislación. Algunos Planteamientos Generales», en *Revista Nomos*, núm. 3, Panamá, 2009, p. 144.

En ese sentido, puede entenderse que la importancia de la técnica legislativa radica en la seguridad jurídica que se permite dotar al ordenamiento jurídico mediante un ejercicio adecuado de aquella¹⁴.

Y es que, sólo un ejercicio adecuado de la técnica legislativa contribuirá a que la ley tenga una vigencia real y efectiva, puesto que, cuando una norma jurídica se encuentra mal elaborada o se encuentra redactada de manera confusa genera un rechazo en la ciudadanía a causa de la ignorancia del contenido de la norma o debido a la dificultad que representa su interpretación, situaciones ambas que generan a su vez una inseguridad jurídica¹⁵.

3. Algunos problemas en cuanto a la creación de las normas penales

Se ha criticado la velocidad e imprudencia con la que se suele legislar en las últimas décadas en Perú pues muchas de las decisiones legislativas en materia penal no suelen responder a una actitud reposada y basada en un correcto análisis político criminal, sino más bien éstas se suelen realizar en función de los impulsos del legislador y de la imagen que quiere proyectar en la sociedad.

Comúnmente, se sostiene que se legisla a golpe de periódico, es decir, como se cree que la sociedad solicita en función de lo expresado en los medios de comunicación. En no pocas ocasiones, a fin de dar por satisfecha esa necesidad de la sociedad, el legislador opta por regular de una forma, para posteriormente, si la sociedad así se lo demandase, volver a modificarla.

Esa dinámica de modificaciones constantes ha generado un escenario de inseguridad jurídica, cuyas consecuencias son peores si nos referimos a las normas penales. Ello no debe llevar al error de pensar que lo que se está sosteniendo es una inmutabilidad de éstas, sino más bien un desprecio hacia su estabilidad. Y es que, estabilidad e inmutabilidad no son conceptos que sean sinónimos, pues una norma jurídica debe tender a ser estable en tanto y en cuanto responda a la necesidad social, debiendo de modificarse su contenido una vez que aquella no se adecúe a la necesidad social¹⁶.

Otro de los grandes problemas existentes es el concerniente a la proliferación legislativa, el cual por cierto es originado por una deficiente técnica legislativa que acarrea, entre otras cosas, una grave inseguridad jurídica.

14 GARCÍA CARRASCO, G., *¿Quid iuris?: sujetos de derecho no personificados: lenguaje jurídico, técnica legislativa, tributación y seguridad jurídica*, (México DF: Corporativo Reyes Mora Advisors, 2010), p. 86.

15 ARIAS DÍAZ, I., «Nomografía, directrices para legislar y otras cuestiones de técnica legislativa», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 26, España, 2002, p. 113.

16 MAGARIÑOS BLANCO, V., *La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en España*, 2ª ed., (Sevilla: Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia, 1993), p. 37.

Esa hiperinflación normativa se produce en todas las ramas del ordenamiento jurídico, en especial y peligrosamente, en el ámbito penal.

Tal como lo ha sostenido el profesor BINDER, el funcionamiento del sistema penal en Latinoamérica muestra unos grandes niveles de ineficacia, pero a pesar de ello, reconoce que existe una llamativa contradicción, pues si bien el sistema tal como está es de por sí ineficaz, se sigue acudiendo curiosamente a lo que él denomina la “solución penal” para responder a los problemas más variados sean estos importantes, populares o simplemente menores. Lo que ha terminado por dar origen al fenómeno conocido como “inflación penal”¹⁷.

El mencionado autor reconocía que uno de los factores que ha contribuido a la creación de dicha inflación normativa en el ámbito penal se vincula al recurso innecesario de la amenaza del uso de la violencia en vez de analizar si realmente dicho problema puede ser solucionado únicamente mediante la vía penal o si mediante otro mecanismo de intervención podría brindar una solución satisfactoria¹⁸. Esto es así, ya que se está optando por recurrir al empleo facilista del *ius puniendi* en vez de realizar un análisis profundo del problema y de las causas que lo han podido generar para adoptar una medida adecuada y solucionarlo¹⁹.

Muchos de los problemas que han sido supuestamente “solucionados” mediante el recurso al *ius puniendi* podían haber sido solucionados eficaz y eficientemente mediante la adopción de adecuadas políticas públicas del Estado en vez de recurrir a una sanción.

Y es que, hay que tener presente que, en muchas ocasiones, más importante es conocer las causas del problema que el problema mismo, así, más allá de recurrir a la imposición de una sanción, probablemente sea más conveniente visualizar medios alternativos eficaces y eficientes que no sean tan lesivos acompañados estos de una adecuada política pública enfocada a atacar las causas que generaron ese problema.

Cabe mencionar que uno de los factores que contribuye a la inflación legislativa es el fenómeno de expansión del Derecho penal, el cual se produce debido a una ampliación del ámbito de intervención penal que, por cierto,

17 BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», en *Jueces para la democracia*, núm. 60, España, 2007, pp. 28-29.

18 BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», Op. Cit., p. 29.

19 Al respecto, Sempé Minvielle ha sostenido que: “se debe analizar si verdaderamente existe la necesidad de expedir una nueva ley o de reformar las existentes. Hay que desterrar la práctica tan común de querer solucionar cualquier problema con la expedición de una ley, so pretexto de que la legislación vigente es la causa del problema. Esa tendencia de reformar leyes, es lo que algunos han llamado ‘nerviosismo legislativo’”. SEMPÉ MINVIELLE, J., *Técnica legislativa y desregulación*, (México DF: Porrúa, 1997), p. 1.

muchas veces socava los principios del Derecho penal al flexibilizar los criterios de imputación penal, debilitando las garantías penales del individuo y dando prioridad a los intereses colectivos antes que a los intereses individuales o prefiriendo estructuras típicas de los delitos de peligro abstracto antes que las de los delitos de resultado²⁰.

Es importante destacar que, si bien es cierto, toda norma jurídica surge debido a la toma de una decisión política, por lo que tiene su origen en ella, no es menos cierto que esa vinculación se limita en función del respeto del principio de legalidad²¹.

Así, a fin de evitar una política criminal inadecuada se ha convertido en necesario recurrir a realizar una evaluación de la justificación racional de la decisión legislativa relativa a la creación de una disposición legal, ello con la finalidad de establecer los criterios admisibles para reconocer como racional la creación de una nueva norma penal o la agravación de la pena de un delito ya existente²².

De esta forma, siguiendo al maestro AROCENA, mediante la racionalidad legislativa penal, se tendrá la capacidad para elaborar, en el marco del control social jurídico sancionador, una decisión que atienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre la que aquella incide²³.

4. Conclusión

La técnica legislativa cumple un rol adecuado en cuanto a la creación de las normas, principalmente si se tratan de normas jurídicas en el ámbito del Derecho penal, pues solo mediante normas de calidad podremos generar las condiciones adecuadas para tener una real seguridad jurídica.

En cuanto al acto de creación de las normas intervienen diversos factores, siendo el político uno de los principales, pues a través de la dación de las normas, los actores intervinientes suelen perseguir intereses que trascienden los meramente objetivos, intentando, de alguna manera, generar un impacto en los ciudadanos de respaldo por la producción normativa realizada, lo que a veces genera un contexto de dación de normas a golpe de telediario, las cuales, las más de las veces son irreflexivas.

²⁰ PARIONA ARANA, R., «El Derecho penal ‘moderno’. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, Colombia, 2006, p. 155.

²¹ ZAFFARONI, E, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (Lima: Ediciones Jurídicas, 2005), p. 117.

²² AROCENA, G., «La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal», en *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, núm. 6, 2008, p. 6, recuperado de <http://www.politicacriminal.cl/n_06/A_1_6.pdf>

²³ AROCENA, G., «La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal», Op. Cit, p. 6.

Siendo el ámbito penal una materia sensible para su regulación, deviene en importante que se realice un adecuado proceso de maduración de la creación de la norma, pues además de evaluar la forma en la que tendrá que encontrarse redactada la norma, tiene que analizarse si la misma puede incorporarse adecuadamente a nuestro ordenamiento jurídico o si se generarán conflictos con las normas existentes.

Nuestra legislación positiva en el ámbito del Derecho penal, al igual que lo que ocurre en otras ramas de nuestro Derecho, se encuentra superpoblada de normas que se solapan entre sí y que obligan muchas veces a los operadores jurídicos a emplear criterios interpretativos para salvar dichas situaciones límite e intentar aplicar el derecho que consideran, es el que corresponde. Esta labor interpretativa encomiable, debe tender a ser cada vez más restringida a efectos de evitar actos de arbitrariedad, la única forma de alcanzar ese objetivo es mediante la creación de normas lo suficientemente claras y de calidad, pues sólo ellas permitirán una aplicación adecuada del Derecho, disminuyendo los espacios para las interpretaciones arbitrarias.

5. Bibliografía

ARIAS DÍAZ, I., «Nomografía, directrices para legislar y otras cuestiones de técnica legislativa», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 26, España, 2002.

AROCENA, G., «La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal», en *Política Criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, núm. 6, 2008, recuperado de <http://www.politicacriminal.cl/n_06/A_1_6.pdf>

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “*Contribución a una teoría de la legislación*”, (Madrid: Ed. Civitas S.A., 1997).

BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», en *Jueces para la democracia*, núm. 60, España, 2007.

DIRECCIÓN GENERAL PARLAMENTARIA, *Manual de Técnica Legislativa*, Perú: Congreso de la República, 7 de diciembre de 2010, recuperado de <<http://www4.congreso.gob.pe/dgp/ManualTecnicaLegislativa.pdf>>

GALIANA SAURA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, (Madrid: Dykinson, 2003).

GARCÍA CARRASCO, G., *¿Quid iuris?: sujetos de derecho no personificados: lenguaje jurídico, técnica legislativa, tributación y seguridad jurídica*, (México

DF: Corporativo Reyes Mora Advisors, 2010).

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de Técnica Legislativa*, (Navarra: Ed. Thomson Reuters, 2011).

GONZÁLEZ GÓMEZ, A., «La importancia de la técnica legislativa», en *Revista Debate*, año VI, núm. 15, 2008.

JIMENA QUESADA, L., «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 7, 2004.

MAGARIÑOS BLANCO, V., *La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en España*, 2ª ed., (Sevilla: Real Academia Sevillana de legislación y jurisprudencia, 1993).

PARDO FALCÓN, J., «La evaluación de las leyes: Consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado Autonomico Español», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 3, 2007.

PARIONA ARANA, R., «El Derecho penal ‘moderno’. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, Colombia, 2006.

PINEDA GARFIAS, R.: «Teoría de la Legislación. Algunos Planteamientos Generales», en *Revista Nomos*, núm. 3, Panamá, 2009.

SAINZ MORENO, F., «Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural», en Corona Ferrero; Pau Vall; Tudela Aranda (coords.), *La técnica legislativa a debate*, (Madrid: Tecnos, 1994).

SARMIENTO MÉNDEZ, X., «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Revista Debate*, año VII, núm. 15, Panamá, diciembre de 2008, pp. 90-102.

SEMPÉ MINVIELLE, J., *Técnica legislativa y desregulación*, (México DF: Porrúa, 1997).

VIDAL MARÍN, T., «Técnica Legislativa, Inserción de la Norma en el Ordenamiento Jurídico y Tribunal Constitucional», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.

ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (Lima: Ediciones Jurídicas, 2005).

ZAPATERO GÓMEZ, V., «De la jurisprudencia a la legislación», en *Doxa*,
núm. 15-16, España, 1994.

La pena de inhabilitación en el Perú del bicentenario*

Jearsineo Ray Yarlequé Montero**
Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Análisis histórico / 3. Definición / 4. Ubicación Sistemática / 5. Aspectos generales de la pena de inhabilitación / 6. Programa Penal de la Constitución / 5. Conclusiones.

1. Introducción

El estudio de la pena de inhabilitación en la academia peruana ha tomado un cierto realce a partir de las recientes modificaciones que ha sufrido esta institución en los delitos contra la administración pública, ello motivado por la lucha frontal que asumió el Estado peruano frente a la corrupción.

Sin embargo, consideramos que todavía la atención está puesta en la pena privativa de libertad, como la institución capaz de solucionar los problemas en la dinámica social, pero sabemos que su uso no resulta eficaz no por la inmediatez de su contención, sino por los efectos a largo plazo que genera en quienes lo padecen.

En ese sentido, el objetivo de este trabajo es buscar una alternativa frente a las nuevas formas de criminalidad, porque entíendase, dejar la problemática social en manos de la sociedad, sería un caos, del mismo modo direccionarlo solo a la pena privativa de libertad generaría un desborde en la contención penal.

Por ello presentamos al lector un breve análisis de la pena de inhabilitación desde su concepción hasta el bicentenario, como alternativa a las nuevas

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales: Homenaje Jurídico a Las Legislaciones Penales Peruanas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de setiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Doctorando en Ciencias Sociales, Criminológicas y del Comportamiento en la Universidad de Cádiz, Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestrando en Política Criminal por la Universidad de Salamanca-España, Profesor de Derecho Penal de la Universidad San Martín de Porres e Integrante de la Fiscalía Suprema en lo Penal - Fiscalía de la Nación.

formas de criminalidad, por eso resulta relevante examinar tres ejes fundamentales. En primer lugar, se partirá de un análisis histórico en el cual se abordarán los antecedentes de la inhabilitación, con el objetivo de emitir un juicio crítico al respecto; asimismo, se estudiará los aspectos principales de esta, y se precisará algunas consideraciones a partir de la norma suprema, conocida como el programa penal de la Constitución.

2. Análisis histórico

La inhabilitación como pena no surgió con el Código Penal de 1991, sino que ya se encontraba presente en los proyectos anteriores al Código Penal de 1863, manteniéndose en dicho código, las clases: absoluta y especial.

Con el Código Penal de 1924, conocido como el Código Maurtua, la pena de inhabilitación contó con cuatro clases: absoluta, relativa, perpetua y temporal.

Es con el Código Penal de 1991, que el carácter perpetuo de la pena de inhabilitación cambia por un límite temporal, de 6 meses a 5 años; asimismo, se distribuye en principal y accesoria. Siendo principal cuando se encuentra en el propio tipo penal o en el título o capítulo del Código Penal, y accesoria cuando no se encuentra en el tipo penal, pero puede ser incorporada por el representante del Ministerio Público cuando corresponda.

En esa línea, cabe precisar que la pena de inhabilitación es una pena histórica, dado que está presente desde los inicios de la codificación penal peruana, y por tal motivo resulta importante su estudio.

3. Definición

La pena de inhabilitación no es una pena que solo pueda utilizarse en caso de delitos funcionariales, sino que a mi parecer es una pena heterogénea, es decir, está presente en los delitos contra la salud pública, contra la seguridad pública, contra la fe pública, contra la violencia de género, incluso contra la violencia de animales.

Por ello, la pena de inhabilitación es una consecuencia jurídica que priva de derechos distintos a la libertad individual (pena privativa de libertad) y al patrimonio (multa), esto es, priva de derechos civiles, políticos y profesionales.

4. Ubicación sistemática

La pena de inhabilitación está presente en el catálogo correspondiente a las penas limitativas de derechos (limitación de días libres y prestación de

servicios a la comunidad), desde el artículo 36 a 40 del Libro Primero del Código Penal.

En el artículo 36, se aprecia 13 opciones contra las que puede proceder según se disponga en la sentencia; asimismo, en el artículo 37, la inhabilitación puede ser principal o accesoria, en el artículo 38 se expresa su duración. En los artículos 39 y 40, se describe el contenido y los alcances de la inhabilitación accesoria.

5. Aspectos generales de la pena inhabilitación

Debe precisarse que la inhabilitación tiene connotaciones distintas en otras ramas del Derecho, como sucede en el Constitucional o en el Derecho Administrativo Disciplinario. En el caso del Derecho Constitucional se tiene a la inhabilitación política, que cuenta con una duración de 10 años, en el campo disciplinario se priva de la función o cargo y es dada por una autoridad administrativa; por el contrario en el Derecho Penal, la inhabilitación tiene una duración de 6 meses a 10 años, en ciertos delitos contra la administración pública se extiende de 5 a 20 años, y cuando producto de ello se forme parte de una organización criminal o la conducta recaiga en programas con fines asistenciales, la pena de inhabilitación será perpetua.

Sin embargo, esta perpetuidad no es tal, dado que, según el artículo 59-B del Código de Ejecución Penal, precisa que luego de transcurridos 20 años, la condena de inhabilitación perpetua puede ser revisada de oficio o a petición de parte.

La estructura de la pena de inhabilitación a partir del Código Penal de 1991, tuvo sus primeros desarrollos jurisprudenciales, con los Acuerdos Plenarios 2-2008/CJ-116 y 10-2009/CJ-116. En el primero se analizó la naturaleza, sus clases y formas de aplicación; en el segundo abarcó la ejecución de la pena de inhabilitación ante un recurso impugnatorio, teniendo en cuenta el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 2004.

Asimismo, si se revisa detenidamente la pena de inhabilitación en el Código Penal, se apreciará que su contenido no es uniforme, debido a que en algunos casos aparece en el propio tipo penal describiendo la restricción o restricciones que se priva, en otros casos solo aparece la duración en el delito o se muestra la restricción o duración al final de cada título o capítulo del Código Penal.

Otro aspecto que merece nuestra atención es en el proceso de determinación judicial de la pena. Y ello lo considero así porque en principio no solo

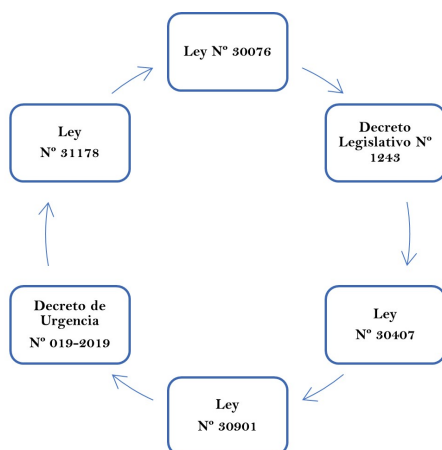
se puede medir la pena privativa de libertad, sino también las otras penas (pena de multa, prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres).

Siendo así, resulta importante para su delimitación que sea requerida por el representante del Ministerio Público, entonces una buena delimitación de penas distintas a la pena privativa de libertad (inhabilitación), harán que la extensión y precisión de la inhabilitación no solo se aplique debidamente, sino que permita conocer a los operadores jurídicos sus bondades.

El privar a un sujeto de derechos distintos a los que prohíbe la pena privativa de libertad o la pena de multa, puede ser más eficaz siempre y cuando se tenga un debido control de su aplicación; sin embargo, vemos que en el Perú esos controles todavía no están sólidos, por lo que aún se observa, que personas que tienen condenas o incapacidad para actividades, asumen cargos, funciones públicas o desarrollan actividades con normalidad.

Por lo tanto, si queremos utilizar esta alternativa punitiva debemos empezar por mejorar los controles internos de nuestra administración y con ello generar un mayor conocimiento en los operadores jurídicos para su aplicación.

6. Principales Cambios Normativos



Inicialmente, a partir del año 2004, en los proyectos de reforma del Código Penal empezaron a instaurarse algunas restricciones como la prohibición temporal de operación de cualquier tipo de máquina; asimismo, del año

2008 al 2009, se planteó un incremento de la pena de inhabilitación de uno a diez años.

En los proyectos de reforma de los años 2013, 2014 y 2015, se añadieron siete restricciones a la pena de inhabilitación, resultando un total de 15 restricciones; además, se propuso implementar la prohibición de contratar con el Estado; debido a los crecientes sucesos de corrupción de funcionarios que se suscitaron en el país. Adicionalmente, en el año 2016, otro proyecto propuso incapacitar a aquellas personas que maltrataban a los animales.

No obstante, los principales cambios normativos se iniciaron el 19 de agosto de 2013, con la Ley N° 30076, conocida como la Ley que combate la Inseguridad Ciudadana. En esta norma, el tiempo de duración de la pena de inhabilitación se amplió de seis meses a diez años; además, se modificaron los incisos 2, 6, 7 y 9 del artículo 36° del Código Penal y se incorporaron las penas de alejamiento en los incisos 10, 11 y 12, previstas –sobre todo– para los casos de violencia de género, siendo su finalidad alejar al agresor de la víctima.

Por su parte, en el 2016, el Decreto legislativo N° 1243 modificó lo relativo a la temporalidad, puesto que la inhabilitación se amplió desde los cinco hasta los veinte años y se creó la denominada inhabilitación perpetua, para quienes pertenezcan a una organización criminal o cuando su conducta recaiga en aspectos con fines asistenciales; por ejemplo, en el caso de quienes se aprovechan de situaciones de catástrofe. Además, se modificó el artículo 426° del Código Penal, en el que se regula parte de la pena de inhabilitación en relación a los delitos contra la Administración pública, pues antes contenía una incongruencia entre lo señalado en su párrafo primero con respecto al segundo. De igual manera, otro aspecto destacable del decreto legislativo mencionado es que se reguló una revisión de la inhabilitación perpetua a partir de los 20 años.

Con la Ley N° 30407 del año 2016, se estableció una incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales, siendo incorporada en el inciso 13 del artículo 36 del Código Penal 1991.

En el año 2018, con la Ley 30901 se modificó el inciso 9 del artículo 36 del Código Penal, en el que se consideró incapacidad definitiva para ingresar o reingresar a la carrera docente o administrativo en instituciones de educación, si bien en este inciso solo contenía a los delitos de terrorismo, apología para el terrorismo, formas de violación sexual y tráfico ilícito de drogas; sin embargo, con la citada ley se incorporó las modalidades de trata de personas, las modalidades de homicidios, lesiones graves y lesiones

graves por violencias contra las mujeres.

Con del Decreto de Urgencia N° 019-2019 del año 2019, se amplió el catálogo de delitos previsto en el inciso 9, esto es, parricidio, feminicidio, sicariato, modalidades de secuestro, delitos contra la humanidad y delitos de violación a la intimidad.

En el año 2021, mediante la Ley 31178 se incorporó a la extensión de la pena inhabilitación (de 5 a 20 años) cuando se trate de delitos comprendidos en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 25475, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y en los artículos 296, 296°, 296B y 297 del Código Penal; además, la inhabilitación será perpetua en estos casos, cuando pertenezcan a una organización criminal o cuando su conducta recaiga en aspectos con fines asistenciales.

7. Programa Penal de la Constitución

La relación de la pena de inhabilitación con la Constitución Política no es contradictoria, por más que se haya usado de forma desmedida el término “inhabilitación perpetua”. Por ello considero que los efectos de la resocialización descritos en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad”, agrupa no solo a la pena privativa de libertad, sino a los demás catálogos punitivos, entre ellos la pena de inhabilitación

En consecuencia, al momento de su individualización judicial se debe tener en cuenta las garantías penales, como el principio de legalidad de las penas, principio de proporcionalidad, principio de humanidad de las penas, entre otros. Permitiendo el respeto de las garantías mínimas de todo ciudadano sometido a un proceso penal y a una correcta administración de la justicia.

8. Conclusiones

La pena de inhabilitación se muestra como una alternativa a las nuevas formas de criminalidad, debido a que priva derechos fundamentales de primer orden, como los civiles, políticos y profesionales.

Si bien los cambios normativos incorporaron la inhabilitación perpetua, sin embargo, esta no es más que una etiqueta que contiene una revisión al cumplirse los 20 años de una condena por inhabilitación perpetua.

Resulta imperioso el conocimiento de esta institución por parte de los operadores jurídicos para su aplicación, ello permitirá un mejor estudio para determinar su alcance y tratamiento.

Para determinar judicialmente la pena de inhabilitación, debe tenerse en cuenta los principios de legalidad de las penas, proporcionalidad, humanidad de las penas, con lo que se garantiza una vinculación directa de la Constitución hacia la pena de inhabilitación.

La reforma de las medidas de seguridad en el ordenamiento penal desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos*

Mg. César Cárdenas Lizarbe**

Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga

SUMARIO: 1. El estado de la cuestión: Las medidas de seguridad en el ordenamiento peruano / 2. El impacto de la aplicación de las medidas de seguridad / 3. La medida de internación en el Código Penal ¿una sanción encubierta? / 4. Planteamientos para discutir una reforma de las medidas de seguridad / 5. Referencias Bibliográficas.

SUMARIO: Desde su promulgación, el Código Penal de 1991 ha sufrido diversas modificaciones en su contenido, varias de las cuales –hay que remarcarlo– no han tenido como correlato una reflexión técnica, jurídica o político-criminal correspondiente.

En todo caso, no es que un cuerpo normativo como el que hacemos referencia deba permanecer inalterable, pues como todo instrumento de control social es necesario su adaptación a la realidad.

No obstante ello, las medidas de seguridad desarrolladas en el Título IV de dicho cuerpo penal sustantivo han permanecido invariables en su redacción

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Es abogado por la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (Ayacucho) y Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica por la Universidad de Alcalá (España). Cuenta con un Postítulo en Derechos Humanos y Juicio Justo por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y un Diploma en Migraciones Internacionales por la Organización Internacional para las Migraciones. Es especialista en Derecho Penal, Constitucional, Ejecución Penal y Gestión Pública. Ha sido docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Director General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Adjunto para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad, y jefe del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo, Ejecutivo de Monitoreo y Evaluación de la Gerencia de Desarrollo de la Gerencia Pública de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), entre otros. Actualmente es el Coordinador Ejecutivo del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI), y asociado del Instituto Debate y Desarrollo (IDD). Correo electrónico: cclcardenas.lizarbe@gmail.com

soportando una resistencia normativa pese a las evidencias que muestran, de un lado, que su actual configuración se muestra contraria al espíritu del texto constitucional, y de otro, impactan de modo desfavorable en los derechos de las personas a las que se aplica la internación, y en los derechos de las víctimas de las conductas que no son sancionadas como consecuencia de la declaración de inimputabilidad.

En el presente artículo abordamos esta problemática y compartimos reflexiones orientadas a la reforma de las medidas de seguridad en la ley penal sustantiva.

PALABRAS CLAVES: *medidas de seguridad, internación, inimputabilidad, Código Penal, derechos humanos.*

1. El estado de la cuestión: Las medidas de seguridad en el ordenamiento peruano

Cuando uno revisa la Exposición de Motivos del Código Penal en lo referido a las medidas de seguridad, empieza a comprender el límite de sus alcances y la importancia de adoptar correctivos para controlar las consecuencias que hoy viene generando la aplicación de una normativa que nació con serias acotaciones y que en la actualidad no se condice con la importancia social que tiene el control de conductas lesivas de derechos respecto de las personas inimputables, tanto para quienes sufren directamente la vulneración de bienes jurídicos como consecuencia de tales comportamientos, como para quienes deben ser sujetos de aplicación de la norma.

En efecto, a pesar de lo escueto de las razones que figuran en dicha Exposición de Motivos, casi como unas disculpas por lo que se ha hacía, sin embargo, esa síntesis encierra varias explicaciones implícitas sobre las medidas de seguridad. El texto en cuestión dice que se incluyeron solo la internación y el tratamiento ambulatorio atendiendo a las posibilidades materiales del Estado para su implementación, pues no se quería volver al escenario del Código de 1924, donde a pesar que se incluyó “un amplio catálogo de medidas de seguridad”, las limitaciones económicas de entonces frenaron la posibilidad de su aplicación.

Quizá los miembros de la Comisión Revisora del Código Penal consideraron, con la mejor de las intenciones que, si había que incluir algo sea lo mínimo indispensable en términos técnicos, confiando seguramente en que el Estado pueda disponer del presupuesto para al menos cumplir con

implementar aquello. Pero es evidente que un tema como éste, donde se mezclan prejuicios y estereotipos, junto con la mínima o nula priorización de su atención, no solo no ha generado recursos para su implementación, sino que se dejó a la inercia de los hechos y del tiempo la posibilidad de que se encamine fortuitamente por donde pueda o quiera el éxito de las medidas de seguridad.

Pero esa esperanza se ha desvanecido por completo ante la contundencia de la realidad. Treinta años después de la vigencia del Código Penal, y de la vigencia de la internación y el tratamiento ambulatorio como medidas de seguridad, el resultado no es alentador y el panorama futuro lo es menos. Además de existir pocos profesionales de psiquiatría en el Perú, los que prestan apoyo en el sistema de justicia para estos casos son realmente escasos: a fines del 2019, el Colegio Médico del Perú daba cuenta que existían 1082 psiquiatras colegiados a nivel nacional, de los cuales alrededor del 80% se encuentran en Lima. Para fines del 2020 (en plena pandemia del covid-19), el Ministerio de Salud refería contar con 264 psiquiatras. El Instituto Nacional Penitenciario, cuenta con 2 psiquiatras para atender a toda la población penitenciaria del país. El Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, contaba con 100 médicos legistas en julio del 2019.

¿Por qué es relevante el dato de los profesionales de la psiquiatría para el tema que nos ocupa? Porque son los especialistas que cuentan con los conocimientos y experiencia para determinar si las personas que, habiendo cometido un hecho ilícito, no tenían capacidad penal frente al delito debido a alguna anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción, que impactan gravemente en su concepto de la realidad, de manera tal que, como lo señala el artículo 20 del Código Penal, la persona no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

De otro lado, aún persiste la confusión sobre la inimputabilidad entre lo jurídico y lo clínico, pues existen operadores que consideran que la persona que tiene una anomalía psíquica, es automáticamente una persona inimputable. Rodríguez Vásquez ejemplifica bien este punto, cuando señala que:

[...] la inimputabilidad se ve como un estado que define a algunas personas con deficiencias psicosociales. Es decir, la inclusión de la anomalía psíquica como circunstancia personal que provoca la inimputabilidad ha ocasionado que la deficiencia psicosocial e inimputabilidad se convierten en conceptos homogéneos para un sector de la jurisprudencia peruana. (las cursivas son atribución propia)

El error de esta equiparación produce que haya defensas técnicas que simplemente busquen demostrar cualquier enfermedad psiquiátrica para generar en el juez la noción de que, diagnosticada la esquizofrenia, el trastorno afectivo bipolar o la demencia, inmediatamente conduce a la inimputabilidad, intentando así lograr la exención de responsabilidad de su patrocinado. El daño que este desenlace produce en el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva hacia las víctimas de delitos donde se presentan estas situaciones, se vuelve irremediable.

Se está dando en varios momentos a la inimputabilidad una aplicación más allá de lo penal, etiquetando a la persona como anormal suponiendo que nunca estará en posibilidad de comprender el carácter delictuoso de su conducta, lo cual además de vulnerar sus derechos genera también un ámbito de no reconocimiento de obligaciones y responsabilidades, lo cual constituye una suerte de blindaje para cualquier hecho ilícito en desmedro de las víctimas. Se ha querido cumplir con la ley al sustraer al inimputable declarado como tal del proceso penal, y al final lo hemos retirado como sujeto de derechos y obligaciones de toda la sociedad.

Un tercer aspecto que llama nuestra atención es que al no haberse configurado ningún marco procedimental de cómo llegar a la determinación de la inimputabilidad, ha generado mecanismos heterogéneos en el sistema de justicia para llegar a determinar cuando una persona se encontraba afectada gravemente en su concepto de la realidad en un hecho concreto, para determinar su inimputabilidad.

Así, se supedita todo al informe pericial que presenta el profesional asignado al caso sin escudriñar si tiene formación forense, si está capacitado para establecer un diagnóstico y si la evaluación realizada a la persona tiene un estándar mínimo que permita acercarse con precisión al momento en que debe determinar o no su vinculación con el proceso penal. No importa si el diagnóstico que contiene el informe pericial fue realizado en una o dos sesiones, pese a que las guías especializadas sugieren que, para diagnosticar una esquizofrenia, por ejemplo, deben monitorearse los síntomas durante un lapso de tiempo mínimo (en el caso concreto de dicha enfermedad, su diagnóstico debe arribarse luego de evaluarse la presencia de síntomas continuos en al menos seis meses).

En esta apretada síntesis de la problemática, no hacemos sino evidenciar que la decisión de incorporar en el Código Penal las medidas de seguridad en la lógica de responder según “las posibilidades materiales del Estado”, han reducido a su mínima expresión —o menos que ello— el procedimiento para que los jueces puedan decidir la declaración de inimputabilidad de

una persona en el proceso penal, con una evaluación superficial e incompleta, casi de una sesión que en sí misma no entraña sino pocas horas de observación y evaluación por parte del psiquiatra o profesional de la salud mental, para emitir su informe pericial.

Dicha situación nos pone en el escenario de mirar con preocupación si las personas que están siendo declaradas como inimputables lo están siendo para efectos del proceso penal o sus efectos se están trasladando a otros ámbitos que le permiten eludir su responsabilidad en todos los actos de la vida en sociedad.

Además, nos preocupa también si la aplicación de las medidas de seguridad, como consecuencia de la declaratoria de inimputabilidad, está siendo utilizada con rigor para que quien realmente necesite tratamiento terapéutico sea el que deba recibirlo, o es que se pueden infiltrar otras personas que ante la laxitud de la norma y el procedimiento correspondiente, pueden eludir su responsabilidad penal y la sanción de sus actos para obtener una suerte de absolución, estar en una clínica o en su domicilio sin responder penalmente como corresponde ante la comisión de un hecho delictivo, y sin responsabilizarse frente al daño generado a la víctima de un delito.

Sobre estos aspectos giran nuestras reflexiones y nuestros planteamientos para discutir una reforma de las medidas de seguridad en el ordenamiento penal peruano, haciendo un abordaje desde el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos.

2. El impacto de la aplicación de las medidas de seguridad

Además de los temas mencionados, otra cuestión que necesitamos relieves sobre las medidas de seguridad, en particular la internación, está referida a los resultados de su aplicación. Es en la fase de ejecución que podemos contrastar el cumplimiento de los propósitos para los cuales se ha concebido esta medida o, cuando menos, identificar los resultados que se obtienen en nuestra realidad.

Dos son los aspectos que, como elementos de contrastación, podemos mencionar para analizar este apartado. El primero es verificar cómo se está aplicando y cómo los resultados de la medida están orientados a contener la peligrosidad de la persona y evitar la comisión de nuevos delitos.

Un primer aspecto que debemos traer a colación está referido a que actualmente, las personas declaradas inimputables a quienes se ha aplicado la internación, como medida de seguridad, solo pueden recibir intervención especializada en los Hospitales Víctor Larco Herrera y Hermilio Valdizán.

Es decir, la medida de internación solo puede realizarse en dichos establecimientos médicos, los cuales tienen un aforo reducido. Para el año 2008, el primero de los centros de salud mencionados contaba con 12 camas, todas ocupadas por personas con medida de internación.

Por esa razón, el grueso de personas declaradas inimputables con medida de internación es ingresada a establecimientos penitenciarios. Según el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), 104 personas estarían en dicha situación hasta mayo de 2021. Lo cierto es que, al no contar este organismo con las condiciones para atender estas personas, que no son reclusos, no puede brindarles las atenciones necesarias para controlar o aminorar las causas que generan el factor de peligrosidad para evitar la comisión de otros hechos ilícitos.

No está demás hacer notar que, en las cárceles, el INPE ha referido que se han detectado 822 personas privadas de libertad con problemas de salud mental, siendo Lima y Chiclayo las que mayor cantidad de pacientes psiquiátricos registra, con 588 y 58 casos, respectivamente. La importancia de la cifra es que, de no realizarse intervenciones a tiempo, la posibilidad de que tales problemas de salud mental puedan generar contextos de peligrosidad en sus comportamientos que luego resulten en casos de inimputabilidad.

En todo caso, las personas que habiendo sido declaradas inimputables en sus respectivos procesos penales y a las que se les ha impuesto la medida de internación, y que se encuentran reclusas en un centro penitenciario no reciben el tratamiento médico orientado a contener, prevenir o aminorar las conductas de riesgo (peligrosidad) que tengan como consecuencia la comisión de hechos delictivos.

Es por ello que, en el Exp. N° 03426-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional declaró como un estado de cosas inconstitucional la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer una enfermedad mental. Dicha decisión cuestiona el hecho que personas con medidas de internación se encuentren reclusas en un establecimiento penitenciario (decisión que parte de un mandato judicial que sin razón legal alguna ordena ello) y señala que la falta de tratamiento médico especializado que es el aspecto central por el que se dicta este tipo de medida de seguridad con el objeto de evitar nuevas conductas ilícitas, supone la agravación de la violación de los derechos a la salud mental y a la integridad personal.

De otra parte, las decisiones judiciales para fijar el horizonte temporal de

duración de las medidas de seguridad siguen teniendo deficiencias en términos de justificación o motivación. Los criterios adoptados por los jueces no están sustentados en razones médicas o psiquiátricas, sino en prognosis jurídicas donde el sustento central, de manera general, es la imposición de una pena y no una medida orientada a tratar la *peligrosidad* de la conducta para evitar futuros delitos, atendiendo las causas que lo producen.

Los aspectos glosados permiten inferir que el impacto generado por la aplicación de la medida de internación no se condice con los presupuestos contenidos en los artículos 73, 74 y 75 del Código Penal. El fin preventivo-especial contenido en el artículo 72 numeral 2 de nuestra ley penal sustantiva, también se encuentra ausente en los casos advertidos.

3. La medida de internación en el Código Penal ¿una sanción encubierta?

La labor de aplicación e interpretación de normas jurídicas exige la suficiente capacidad y responsabilidad de los operadores para concretarla de modo debido, esto es, haciendo uso de los métodos de interpretación más acordes a los propósitos del caso. En materia penal, y considerando las implicancias de una medida de seguridad para la persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho delictivo, pero además, entendiendo la expectativa desde el derecho de acceso a la justicia de la víctima, es claro que los mecanismos de interpretación deben ser precisamente los que permitan tomar las medidas para ello, dentro de los límites que establece la ley y la Constitución.

En ese sentido, es necesario que cuando se aborde un caso de esta índole se realice interpretación sistemática en materia penal y no un ejercicio de aplicación aislado de los dispositivos que regulan las medidas de seguridad. Así, conviene recordar que la importancia que tiene el Título Preliminar (TP) del Código Penal en la optimización aplicativa e interpretativa de las disposiciones contenidas en dicho código sustantivo.

Podemos señalar entonces, que es necesario no perder de vista la finalidad preventiva con la que se debe aplicar una medida de seguridad (artículo I del TP), la vigencia del principio de legalidad para que la aplicación de una medida de seguridad se sujete estrictamente a la forma como está concebida o configurado en la norma (artículo II del TP), la prohibición de aplicar la analogía para definir un estado de peligrosidad o determinar una medida de seguridad (artículo III del TP), la necesidad de que el juez revise un caso y establezca la procedencia o no de una medida de seguridad como garantía jurisdiccional del proceso (artículo V del TP), la vigencia del principio de proporcionalidad en la aplicación de la medida seguridad

sujeto obligatoriamente a intereses públicos predominantes (artículo VIII del TP), y el propósito u objetivo de la aplicación de una medida de seguridad, que es la búsqueda de la curación, tutela y rehabilitación (artículo IX del TP).

Pese a que es de común entendimiento que estos principios generales deben estar presentes en cuanto caso se presente para la dilucidación judicial donde se evalúe la procedencia o no de una medida de seguridad, esto no ha sido siempre así, como mostraremos a continuación.

En el Exp. N° 104-2005 (recurso de nulidad), del 16 de marzo de 2005, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció algunos criterios para la aplicación de la medida de seguridad y señaló como jurisprudencia vinculante que una medida de seguridad era una sanción:

[...] esta Sala Penal Suprema debe establecer las siguientes precisiones:

a) Que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves [...](las cursivas y las negritas son atribución propia)

Como se aprecia, dicha ejecutoria se aleja del marco orientador de los principios del título preliminar del Código Penal, y desnaturaliza evidentemente el carácter de esta medida, dándole a los jueces del país un mensaje confuso para su aplicación.

Quizá sea esta misma consideración de sanción la que conllevó además a que la medida de seguridad, reservada para *sujetos peligrosos*, se imponga de cualquier manera como, por ejemplo, a través de una sanción indeterminada en el tiempo. En la misma ejecutoria, los jueces de instancia hacen notar que a la persona que se le declaró inimputable el 10 de noviembre de 2004 y se dispuso su internamiento en un centro especializado sin fijarse el tiempo de permanencia y sin fijar el monto de la reparación civil por el hecho ilícito a favor del agraviado.

Podría suponerse que esta no fue una situación recurrente, y sin embargo, tal fue el impacto de la problemática para determinar judicialmente una medida de seguridad y la duración de la misma, que cinco años después y ante el requerimiento de la Defensoría del Pueblo, la Presidencia del Poder Judicial debió emitir la Resolución N° 336-2011-P-PJ, del 20 de septiembre de 2011, recordando a los jueces a nivel nacional que la medida

de internación no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, que la misma puede variar si las razones que justificaron su imposición han cambiado, y que hagan esta tarea cada seis meses.

[...] Precisar que la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicar al infractor por el delito cometido. Sin embargo, en el transcurso de la internación, conforme al artículo 75, primer párrafo, del Código Penal, se puede cesar, sustituir o, en su caso, mantener la medida impuesta cuando las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida al inimputable persistan, han desaparecido o, de otro modo, han variado de tal suerte que haga aconsejable el cumplimiento de otra medida si a través de ella se puede mejorar la resocialización del autor. [...]

Estos dos aspectos evidencian que en realidad las medidas de seguridad se han asumido, sin serlo, como sanciones a quien se declara inimputable, pese a que no lo son, pues el mismo Código Penal en su artículo 20, establece que ante una situación de inimputabilidad (porque el agente tiene una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o sufre alteraciones en la percepción) la persona está exenta de responsabilidad penal.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas sentencias, pero en particular en la que declara estado de cosas inconstitucional la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad, que las penas tienen una naturaleza distinta respecto de las medidas de seguridad. Dice el Supremo Intérprete de la Constitución (Exp. N° 03426-2008-PHC-TC, fundamento 10):

*[...] Mientras que la pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al derecho penal y es un mal con el que este amenaza en el caso de que se realice un acto considerado como delito; las medidas de seguridad no suponen la amenaza de un mal en el caso de que se cometa un delito, **sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso nuevamente llegue a cometerlo.** [...]* (el énfasis es propio)

Más allá de cualquier discusión semántica que dirija el debate a considerar a las medidas de seguridad como penas o no —cuestión que dicho sea de paso no enfoca el tema de fondo—, lo cierto que la connotación de sanción viene dejando de lado la real importancia de la utilidad y utilización de una medida de seguridad.

Y es que no se trata de abogar porque la persona declarada inimputable sea simplemente sustraída del proceso penal y declarada exenta de responsa-

bilidad penal. Esa respuesta en un Estado de Derecho frente a las víctimas de los delitos no es coherente en términos de acceso a la justicia ni coincide con el sentido de protección de la dignidad humana que establece nuestro texto constitucional.

Tampoco se trata de utilizar una medida de seguridad para “castigar” a quienes se determina su inimputabilidad en el hecho delictivo, bajo una lógica retributiva para imponer una justicia creyendo que ello salda la afectación de la persona destinataria de la conducta ilícita de la persona inimputable.

Lo que es menester comprender es que las medidas de seguridad tienen una finalidad preventivo-especial que, como lo sugiere el numeral 2 del artículo 72 del Código Penal, apuntan a que se anule, prevenga o neutralice un futuro daño a la víctima o a cualquier persona por la conducta de quien no va a ser sancionada porque está en imposibilidad de comprender su actuar delictuoso.

No basta, por ello, contentarse con aplicar una internación como si fuera una pena privativa de libertad en la creencia que así se le hace justicia a una víctima del delito. Tampoco debe considerarse que la exención de responsabilidad penal, y por tanto, la falta de una pena frente a una persona declarada inimputable, conlleva a que el juez o el Estado permanezcan impávidos frente a esta situación.

Al contrario, lo que se exige del sistema de justicia es que prevenga que la persona que no está en condiciones de entender la prohibición normativa que intenta proteger bienes jurídicos vuelva a cometer un daño frente a su víctima u otras víctimas. Y para ello, como le está prohibido sancionarla, el ordenamiento jurídico le provee de esta herramienta denominada *medida de seguridad*.

Dicho de otro modo, las medidas de seguridad no son un premio para la persona declarada inimputable y no tiene por qué ser una herramienta inocua, vacía o formalista frente al hecho delictivo ocasionado.

Pero para que esto ocurra debe superarse el estereotipo o el prejuicio de creer que esta herramienta jurídica no tiene utilidad práctica y por ello hay que disfrazarla de sanción. El mero paso del tiempo privado de libertad no garantiza que la persona, cuando recobre su libertad ambulatoria, haya superado toda condición de actuar con peligrosidad hacia otras del entorno en el que se desenvuelve. Y tampoco asegura que, estando privado de libertad por la medida de seguridad, no cometa en ese trance otras conductas ilícitas.

Como asevera Rodríguez Vásquez, “desde el punto de vista de la prevención especial positiva, la internación de una persona que comete un delito en una situación de inimputabilidad responde a un fin terapéutico. Eso implica, en los casos de personas con deficiencias psicosociales, *curar* de los males que han ocasionado que cometan los delitos. Dicho de otro modo, curarlas de la peligrosidad supuestamente asociada a las deficiencias psicosociales que generaron *alteración de la realidad*.”

Por consiguiente, podemos advertir que las medidas de seguridad no son sanciones, que hay una finalidad preventiva en la búsqueda de la rehabilitación de la persona declarada inimputable y que los dispositivos que regulan la medida de seguridad deben aplicarse en concordancia con los principios generales del Código Penal.

Por lo mismo, para su aplicación y para establecer el tiempo de su duración existe la necesidad de realizar un ejercicio de interpretación que, cuando menos, considere los principios establecidos en el título preliminar del Código Penal. Además, su aplicación y la interpretación de las normas que la regulan deben estar vinculadas a la Constitución y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ese sería el estándar deseado para corregir los problemas existentes.

4. Planteamientos para discutir una reforma de las medidas de seguridad

Siendo la internación la medida de seguridad por excelencia en nuestro ordenamiento debe dejar de ser asimilada en la práctica como una pena privativa de libertad para personas inimputables. Tal cuestión exige un cambio de enfoque en la aplicación judicial de esta figura jurídica y un cambio normativo para evitar confusiones, de manera que pueda entenderse desde el sistema de justicia cuál es el estándar de su uso y finalidad.

No es la privación de libertad la que va a generar como resultado la desaparición del factor *peligrosidad delictual del agente*. A lo mucho, va a retardar el desenlace, pero no más. Y claro está, la medida de internación, que consiste en el ingreso y tratamiento de la persona en un centro especializado con fines terapéuticos, persigue precisamente neutralizar *esa forma de peligrosidad*.

Claro es que, en un Estado Constitucional de Derecho, los medios y formas que se emplean para enfrentar un problema público como el que nos ocupa no pueden ser arbitrarios, lesivos o inconstitucionales. En la aplicación del Derecho, el fin nunca justifica los medios, lo que sí es propio de sistemas autocráticos, dictatoriales o totalitarios.

Desde una perspectiva constitucional, hacerle frente a alguna circunstancia de peligrosidad que muestre cualquier persona, exige que ésta **comprenda** que su conducta lesiva tiene como consecuencia una sanción. En tales situaciones, la respuesta del Estado frente al quebrantamiento del orden social o la paz social por la acción del delito, está totalmente justificada. Sin embargo, cuando la persona no **comprende** esa norma de prohibición, la respuesta del Estado debe orientarse a generar las condiciones para que la persona llegue a ese entendimiento o, de ser imposible, a adoptar medidas que eviten un mayor daño social ante tal circunstancia.

Así se desprende del artículo 7 de la Constitución Política, en cuanto alude a que “la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. En consonancia con el mandato constitucional, la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce que la persona con discapacidad que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales, tiene los mismos derechos que el resto de la población.

No debe asimilarse que esa responsabilidad de atención y protección a la persona con discapacidad —en cuya categoría puede incluirse a una persona declarada inimputable— genera, en el ámbito penal, una omisión estatal para desentenderse de la intervención respecto de aquellos ámbitos de peligrosidad que deben ser tratados para aminorar o contener situaciones que lo afecten a él o a otras personas.

Lo que se debe entender, además, es que en frente a un hecho delictivo realizado por quien tiene una discapacidad mental, intelectual o sensorial —y por el cual se estableció su inimputabilidad frente al hecho concreto— la respuesta debe buscar atender todos los ámbitos que sugieren esa posibilidad de peligro delictivo en su comportamiento. No estamos sugiriendo que toda persona con tales discapacidades representa un peligro en términos penales o es una persona que debe ser considerada *peligrosa*, sino que aquellas cuya inimputabilidad se origina en alguna discapacidad mental, intelectual o sensorial, y a quien se le aplica una medida de internación debe ser tratada con la finalidad esencial que persigue esta figura, y no a con aplicaciones que desnaturalizan la internación y su propósito.

En esa lógica constitucional se inscribe, en nuestro entender, la Casación N° 1048-2018 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ya que fija reglas para la aplicación de la internación en función a una lectura sistemática y constitucional de la norma penal, orientándose no a la imposición de una pena en sí misma, sino a lo que corresponde y es mejor para

la persona y para las víctimas.

En dicha casación, el razonamiento gira en torno a la determinación de la medida de seguridad que corresponde y el propósito con el que se debe aplicarla. En ese entender, la Sala Penal Permanente pone el énfasis en la labor de los jueces de primera instancia para identificar si, sobre la base probatoria del caso, determinaron si existía o no proclividad del procesado en la comisión de considerablemente graves. En el razonamiento de la Corte Suprema, no se puede ser arbitrario en suponer por suponer, sino que ese juicio de probabilidad debe anclarse en razones admisibles en términos jurídicos. Esto no es otra cosa que, desde lo que exige la Constitución Política, sea el debido proceso y la motivación de las decisiones judiciales, ambas consideradas como garantías del proceso, y además como derechos de la persona.

En el caso que comentamos, luego de declararse la inimputabilidad de una persona y ordenarse su internación por 17 años en un centro que determine la entidad penitenciaria del país, se advirtió que no existía un razonamiento coherente y mínimamente justificado para determinar la imposición de la internación y el tiempo estipulado. La Corte Suprema fue contundente al señalar que:

[...] era imperante que los magistrados llevaran a cabo un juicio apriorístico en el que, sobre la base probatoria, determinasen la proclividad del procesado en la comisión de delitos considerablemente graves; sin embargo, esta exigencia no fue satisfecha. [...] (el énfasis es propio)

Parece ser que, a partir de lo que venimos advirtiendo, el problema del operador jurídico está en confundir la *peligrosidad* de la persona declarada inimputable con la que se asigna a quienes comprendiendo su actuar delictivo son parte de esferas de criminalidad deliberadamente. En una no existe el ánimo delictivo y en otra sí. En una hay motivos que sitúan a la persona en la imposibilidad de comprender la norma de prohibición penal, y en el otro sí. Esa diferencia justifica que los mecanismos para abordar las causas y consecuencias de su actuar delictuoso, en cada caso, sean disímiles.

Por tanto, la *peligrosidad* a la que nos referimos en una persona inimputable, como lo venimos reiterando, está en función a la falta de comprensión de los límites prohibitivos en términos penales, y a la necesidad de recurrir a mecanismos que busquen generar esa comprensión o, en su defecto, a anticiparse a su realización para neutralizarla y evitar daños a otros. El medio para alcanzar ello, cuando se avizore la posibilidad de conductas relativas a delitos graves, es la internación.

La utilización de la internación, en términos constitucionales, estará justificada si se aplica en base a justificaciones admisibles en términos de Derecho, y no sobre la base de presunciones sin sustento, por la mera creencia o prejuicio.

Para hacer un uso *constitucional* de la internación, además de asumirla como una sanción en sí misma, se requiere que su aplicación y temporalidad se sustenten en razones suficientes e idóneas, donde el criterio del profesional de la psiquiatría es determinante. Así se desprende de la Resolución Administrativa N° 210-2018-CE-PJ, del 18 de julio de 2018, la Presidencia del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, cuando señala que:

Artículo Primero.- Exhortar a los jueces penales a considerar en las medidas de seguridad que dispongan, la aplicación de los criterios de internamiento establecidos en el Decreto Supremo N° 033-2015-SA, que contiene el Reglamento de la Ley N° 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental. (las cursivas son atribución propia)

Conviene precisar que ante la derogación de la Ley N° 29889, al entrar en vigencia la Ley N° 30947, Ley de Salud Mental, dicha exhortación de la Presidencia del Poder Judicial debe adecuarse a lo establecido en el artículo 29 de la referida ley, debiendo proveerse a partir de ese procedimiento clínico la información que permita determinar si la persona actuó o no bajo alguna causal que impida la comprensión de su actuar delictivo y por tanto es inimputable para el caso concreto.

Del mismo modo, el tiempo que dure la imposición de una medida de internación debe sujetarse a la evaluación médica especializada, así como el cese o variación de la internación.

De esta manera se podrá reconducir lo que hasta hoy ha acontecido en relación con las medidas de seguridad. Este planteamiento considera además la necesidad de que no se haga un uso indebido de la figura de la inimputabilidad para sustraer indebidamente a una persona del proceso penal y de las consecuencias del mismo. No toda persona con un problema de salud mental o una enfermedad psiquiátrica es necesariamente una persona que deba ser declarada inimputable.

Asimismo, con esta reconducción se retomará el objetivo de prevención que encierra también el uso de una medida de seguridad. No debemos olvidar que, para proteger a las víctimas, un Estado responsable y respetuoso de su Constitución y de sus obligaciones, busca evitar el delito, no que

ocurra para responder recién a todos los casos. Y en el caso de las medidas de seguridad, lo que se tiene que tener en cuenta es que tales mecanismos contribuyan a hacer justicia en términos constitucionales a las víctimas. Y junto con la reparación, el objeto de una medida de seguridad es que la persona declarada inimputable en un proceso judicial no le vuelva a generar daño a la misma víctima, pero tampoco le haga daño a otras personas.

Igualmente, corresponde normar y redefinir de manera inequívoca la figura de la inimputabilidad. Asemejar la deficiencia en salud mental o la enfermedad mental con dicha categoría jurídica, genera estos problemas. Y es importante superar tal problemática en el sistema de justicia. La inimputabilidad no se plantea en abstracto ni de manera general, sino a una persona determinada frente a un hecho concreto.

5. Referencias Bibliográficas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL PERMANENTE, *Casación N° 1048-2018*, Lima: 4 de septiembre de 2019, disponible en <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Casacion-1048-2018-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR1FEJU8fZydFFp-7GQac2Y-HFfLcA3alkrkiD2onYQmvtpMJGPIQY77dORI>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *Recurso de Nulidad N° 104-2005*, Lima: 16 de marzo de 2005, disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e3a47c8049939c289f7affcc4f0b1cf5/R.N.+N%C2%BA+104-2005_AYACUCHO+-+Criterios+para+la+aplicaci%C3%B3n+de+la+medida+de+seguridad+de+internaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e3a47c8049939c289f7affcc4f0b1cf5>

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J., «¿Derecho penal sin culpabilidad? Alternativas a la medida de seguridad de internación», en *Repositorio Institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima: diciembre, 2019, disponible en: <<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169816/Rodr%3%adguez%20V%c3%a1squez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J., «Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: statu quo y crítica», en *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, N° 11, Buenos Aires: diciembre, 2016, disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08774.pdf>>

SINDEEV, A.; GUZMÁN-NEGRÓN, E., «Perfil epidemiológico, clínico-psiquiátrico y legal del sentenciado por delitos sexuales, Estableci-

miento Penitenciario Lurigancho, Lima, 2017», en *Acta Médica Peruana*, Lima: julio de 2018, disponible en <<https://www.app.org.pe/pdf/Art%C3%ADculo%201.pdf>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N° 03426-2008-PHC/TC*, Lima: 26 de agosto de 2010, disponible en <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.pdf>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N° 5854-2005-PA/TC*, Lima: 8 de noviembre de 2005, disponible en <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N° 8815-2005-PHC/TC*, Lima: 17 de enero de 2006, disponible en <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08815-2005-HC.pdf>>

Las Neurociencias y el Derecho Penal*

Jorge Pérez López**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las investigaciones neurocientíficas y sus conclusiones / 3. Libertad, sociedad y Neurociencia / 4. La justificación social de la pena ante las investigaciones de las Neurociencias / 5. El futuro de la dogmática de la culpabilidad y las Neurociencias / 5.1. La perspectiva de primera persona (observación introspectiva) / 5.2. La culpabilidad como construcción social / 6. Referencias Bibliográficas.

1. Introducción

Si el Derecho penal moderno apunta a los fines de la pena, debe admitir previamente que no existe esta sin culpabilidad. En \neg tonces se acepta que “si un sujeto no tiene actividad cerebral consciente mal podría ‘retribuirse’ con una pena su obrar, pues ésta -la pena- es la medida del castigo, la contraprestación, la correspondencia, etc.” (Parma y Parma, 2017, p. 70). Lo que nos dicen los neurocientíficos, de acuerdo con **Feijoo Sánchez** (2012), es que:

[E]n la medida en la que no existe escisión entre mente y cerebro y que nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral, todos estamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables (p. 74).

El aporte de las neurociencias y su posible influencia en el plano dogmático de la culpabilidad penal “ha hecho que las acciones sociopsicológicas, la conciencia, las emociones, las redes neuronales o la simple toma de decisiones dentro de la estructura más compleja del universo: el cerebro,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Master de Derecho Penal Económico Internacional en la Universidad en la Universidad de Granada (España). Máster en Cumplimiento Normativo por la Universidad Castilla La Mancha. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres.

sea ahora centro de atención de los criminólogos” (Parma y Parma, 2017, p. 80). Esta tendencia, tiene algunas coincidencias con el Programa de Marburgo (**Von Liszt**) sobre la inocuización de delincuentes no susceptibles de corrección o la mentada tesis del delincuente nato; sin embargo, en este último caso, aquello que **Cesare Lombroso** estudió desde “afuera”, lo externo, hoy la neurociencia lo estudia “desde adentro”, al practicarse un “escaneo” de la zona orbito frontal del cerebro, especialmente.

Las neurociencias estudian las emociones, la conciencia, la toma de decisiones y las acciones sociopsicológicas a la hora de resolver la responsabilidad en un ilícito penal. **Parma y Parma** (2017) señalan que:

Es el nivel conductual, tal vez, el que más puede darle luz al Derecho penal pues es allí donde están analizadas las funciones superiores de los sistemas neurales, los trastornos, conciencia de sí mismo, el lenguaje, la libertad, el quehacer moral, etc. Este plano ha generado el nacimiento de la neuroética, que intenta explicar y detectar quienes somos, como sentimos, qué pensamos, cómo nos motivamos y reaccionamos. (p. 69).

Los neurocientíficos no discuten en absoluto que adoptemos decisiones, es decir, formulado en términos dogmáticos, que actuemos dolosa o imprudentemente. De acuerdo con **Feijoo Sánchez** (2012):

Lo que pretenden resaltar es que dichas decisiones no son en última instancia libres sino determinadas por multitud de condiciones que no se pueden controlar conscientemente. Por ello lo que se pone en cuestión no es si los seres humanos tenemos capacidad para controlar instrumentalmente nuestras acciones, sino que lo que pretenden evidenciar es que todo proceso mental es reconducible en última instancia a una explicación científica y, por tanto, causal. Formulado en términos clásicos, se trata del viejo tema del “libre albedrío”. No se trata tanto de si las personas hacen lo que han decidido, sino más bien de porqué han decidido en un determinado sentido. (p. 79).

Debido a las enormes posibilidades que ofrecen los nuevos métodos de experimentación y neuroimagen, las neurociencias han sufrido un avance significativo en los últimos años. Sin embargo, se cuestiona si Derecho penal debe arrogarse la tarea de interpretar, los datos duros que lleguen de las neurociencias, y si se debe negar la vinculación de esta rama del Derecho con las ciencias médicas, que examinan la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos.

2. Las investigaciones neurocientíficas y sus conclusiones

En el año 2004, en Alemania, diversos científicos se expresaron en un importante manifiesto sobre la responsabilidad penal y la neurociencia. La cuestión terminó siendo un aporte a las críticas sobre los experimentos que **Libet y Gleason** habían diagramado sobre la libertad humana, endilgando “actividad cerebral no consciente antes que actividad consciente” (Parma y Parma, 2017, p. 68).

Desde las pioneras y conocidas investigaciones en la Universidad de California (San Francisco) del neuropsicólogo **Libet** y su equipo, en los años ochenta, se viene señalando que los procesos inconscientes determinan aquello de los que somos conscientes o que los actos voluntarios son una consecuencia de procesos inconscientes a los que la conciencia tiene un acceso limitado y que son conducidos emocionalmente por nuestro sistema límbico (ganglios basales, amígdala, etc.)¹. De esta manera no haríamos en realidad lo decidido racionalmente, sino que racionalizaríamos lo que nuestro inconsciente nos ha impulsado a hacer.

Lo curioso es que **Libet** quería demostrar, en base a conocimientos científicos y con ayuda de nuevas técnicas de medición, el libre albedrío humano. Pidió a ciertas personas en el marco de sus experimentos que decidieran si querían mover la mano o el dedo de la mano y que recordaran con ayuda de las rayas de un disco de osciloscopio giratorio en cuál de las rayas habían tomado la correspondiente decisión. El resultado de dicho experimento resultó contrario a lo esperado y sorprendente, de acuerdo con **Frisch** (2012):

El potencial de disposición necesario para la ejecución de (uno u otro) movimiento no fue, como se pensaba, susceptible de medición una vez que la persona había tomado la decisión. Siempre se formaba y era medible ya más bien un corto espacio de tiempo antes del momento en que la persona creía haber tomado la decisión con respecto al movimiento de la mano o el dedo. (p. 27).

Por lo mencionado, **Libet** aseguraba que la acción intencional se inicia inconscientemente varios cientos de milisegundos antes. En este caso la libertad sería ilusoria, en los procesos neuronales no existiría el libre albedrío. Esta idea había sido intuita por **Schopenhauer**, para el que un sujeto sólo podría haber actuado de otra manera en un momento determinado si

¹ “Nuestras decisiones conscientes se preparan y, en último término, se lleva a cabo mediante procesos emocionales inconscientes. La primera y la última palabra” [ROTH, G., «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto del libre albedrío», en *El cerebro: Avances recientes en neurociencia*, Francisco José Rubia Vila (Ed.), (Madrid: Complutense, 2009), p. 113].

fuera otra persona: “todo lo que sucede, de lo más grande a lo más pequeño, sucede necesariamente. *Quidquid fit necessario fit*” (Feijoo, 2012, p. 78). “De las tesis de este autor parten los modelos más interesantes de ‘culpabilidad por el carácter o ‘culpabilidad por la personalidad’ como alternativa a la ‘culpabilidad por el hecho’” (Feijoo, 2012, p. 78).

Desde las primeras investigaciones neurocientíficas se ha estudiado la teoría del “potencial de preparación en el cerebro”. Esa idea trata de un cambio eléctrico en determinadas áreas cerebrales que precede a la ejecución de una acción futura. “La supuesta decisión voluntaria de llevar a cabo actos –también punibles– representa, entonces, sólo la ejecución de programas de acción ya definidos de antemano por procesos neuronales” (Parma y Parma, 2017, p. 73). **Arocena, Balvarce y Cesano** (2015) cuestionan esta hipótesis porque pone en tela de juicio el principio de culpabilidad de allí que prefieran guardar cautela y utilizar algunos postulados científicos al momento de redefinir algunas categorías dogmáticas y normativas como sucede con el examen de la inimputabilidad penal (pp. 90, 91, 119).

La culpabilidad constituye el fundamento de la medición de la pena; sería imposible mantener este elemento del delito si tuvieran razón los neurocientíficos con sus planteamientos en torno al carácter determinado de todo comportamiento y con la conclusión –que extraen de ello algunos investigadores– de que “la culpabilidad no existe, debido a la completa determinación de toda conducta” (Jakobs, 2012, p. 98). Los neurocientíficos exploran el mundo de los fenómenos, y de éste, dice **Kant** lo siguiente. “si pudiéramos investigar hasta el fondo todas las manifestaciones de su [del ser humano empírico] albedrío, no habría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con certeza, y reconocer como necesaria con base en sus condiciones” (Jakobs, 2012, p. 98).

A partir de los experimentos en la Universidad de California, **John Eccles, Karl Popper, Patrick Haggard y Martin Eimer**, consideraron, de acuerdo con **Feijoo Sánchez** (2012), que:

[E]n la medida en que no existe escisión entre mente y cerebro y que nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral, todos estamos determinados en nuestros comportamientos por procesos que no podemos controlar y de los que, por tanto, no se nos debería hacer responsables en la medida en la que no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras (bien sea elogiabile o delictivo). (pp. 223-224).

El determinismo, que es un concepto tan ambiguo como el de libertad, significa que todo proceso mental es reconducible a una explicación biológica y, por tanto, causal.

El neuropsicólogo **Wolf Singer**, el neurobiólogo **Gerhard Roth** y psicólogos como **Wolfgang Prinz**, han convertido sus conclusiones científicas, relacionadas a la incompatibilidad con los conocimientos de la investigación neurológica y la neurobiología de aceptación indeterminista, de que el ser humano es más o menos libre cuando toma decisiones y de que dispone de la capacidad de tomar otra decisión distinta a la que se ha adoptado (no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos) en una crítica o deslegitimación de las bases del Derecho penal moderno. **Feijoo Sánchez** (2012) señala al respecto que:

Roth ha asumido la función de prevención general positiva de la pena, entendida como mantenimiento de la vigencia de la norma, y **Singer** aboga, por mantener la imputación de responsabilidad y el castigo de las conductas desviadas como necesidad social y considera que la “autocomprensión de la sociedad” hace que sea conveniente mantener conceptos como “libertad”, “culpabilidad” y “pena y culpabilidad”. (pp. 225-226).

Una posición moderada es adoptada por **Roth** en la que dentro de las funciones de prevención general positiva de la pena (entendida como mantenimiento de la vigencia de la norma), como ya se indicó se deben potenciar las alternativas terapéuticas. “La única novedad es que ahora se habla de prevención general positiva con los delincuentes ocasionales para mantener la vigencia del orden jurídico imprescindible para el correcto funcionamiento de la vida social en lugar de retribución” (Feijoo, 2012, pp. 87-88). Este autor no se enfrenta a las bases teóricas del sistema jurídico, sino a decisiones políticas y presupuestarias del sistema jurídico. Evidentemente, “cuando mayores sean las posibilidades de tratamiento con éxito que se ofrezcan por parte de las neuro(ciencias), mayor será el convencimiento social de que merece la pena invertir más en tratamiento penitenciario” (Feijoo, 2012, p. 88).

Al respecto, **Frisch** (2012) enseña que la decisión, que una persona cree adoptar consciente y libremente, ya ha sido adoptada en realidad previamente y no es más que un producto de su sistema límbico puesto en funcionamiento por determinadas causas y circunstancias. Por consiguiente, no es sostenible “desde una perspectiva neurobiológica partir en los juicios morales o jurídicos de la libertad de una persona para comportarse correctamente o de conformidad con el derecho en lugar de la decisión que ha tomado moralmente falsa o antijurídica” (p. 30).

Los experimentos más recientes confirman en lo esencial lo que **Libet** había constatado: la decisión de una persona de hacer algo determinado ya había sido considerada en el momento en el que el sujeto creía haber tomado la decisión de acuerdo con su propia voluntad (libre). Al respecto, **Gazzaniga** (2006) señala que:

[L]a neurociencia nos dice que, en el momento en que el individuo experimenta algo conscientemente, el cerebro ya ha hecho su trabajo. Cuando somos conscientes de que hemos tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso. Todo eso plantea la cuestión de si las acciones escapan a nuestro control. Una cosa es preocuparse por los atenuantes de la responsabilidad a causa de una demencia senil o enfermedad cerebral, y algo muy distinto es que la conducta de toda persona normal esté también determinada. (pp. 100-101).

Las neurociencias ahora saben y certifican en imágenes que la corteza cerebral y sus conexiones ocupan el ochenta por ciento del volumen del cerebro, alojando allí las funciones más complejas, donde el crecimiento más importante se dio en la porción anterior del lóbulo frontal. Zona que “nos hace humanos” regulando la capacidad de desarrollar un plan y ejecutarlo, para tener un pensamiento abstracto, donde se plasman razonamientos lógicos, inductivos y deductivos y muy especialmente se toman decisiones, se infieren sentimientos, se inhiben impulsos y se elaboran pensamientos entre otras funciones más.

Para el Derecho penal, conocer si el cerebro puede actuar con libertad o estamos determinados es una obsesión. “Estas cuestiones que hoy se debaten con apoyo científico material y técnico en imágenes y constataciones informáticas antes eran respaldadas en labores empíricas, cuantitativas y químicas” (Parma y Parma, 2017, p. 72).

3. Libertad, sociedad y Neurociencia

Las personas son detentadores de deberes, y derechos, se constituyen mediante los roles de obligados y autorizados. En lo que respecta a los deberes relevantes para el Derecho penal, “su contenido es siempre una concreción del deber abstracto de ser suficientemente fiel al derecho, lo que significa querer cumplir el derecho” (Jakobs, 2012, p. 186).

Para no comportarse de forma perturbadora, por ejemplo, no lesionar a otros, una persona tiene que tener en cuenta reglas provenientes de diversos ámbitos; a decir de **Jakobs** (2012):

[T]iene que saber quién es considerado como “otro” (hoy lo es todo el mundo, pero durante milenios no eran considerados como tales los esclavos); cuál es el contenido de las leyes elementales o reglas de la naturaleza, la lógica y las matemáticas; qué conducta configura el verbo “lesionar”; que no debe existir un lesionado (que encuentra contenido en el conocimiento de la propia personalidad y del otro como per-sona), y tiene que querer evitar aquello que no se debe dar. La persona tiene que estar, por tanto, informada tanto de los datos naturales como de los datos sociales e institucionales y, además, querer cumplir la norma concretada en el deber. (p. 186).

El mencionado autor señala que el saldo informativo –existente o al alcance– no necesita énfasis penal alguno para mantenerse en el nivel necesario: De ello se ocupa cada persona por su propio interés; por ejemplo, el que no se preocupa de saber lo que es comestible y lo que es venenoso acabará lesionándose a sí mismo. Un defecto cognitivo –enteramente evitable– exonera siempre que no se derive de la indiferencia; por ello, “un hecho imprudente siempre es castigado con una pena inferior que el hecho doloso, y un error –evitable– sobre el significado jurídico conduce igualmente a la atenuación” (Jakobs, 2012, p. 187).

La libertad de actuación y la responsabilidad por las consecuencias se condicionan recíprocamente: sólo las personas responsables, pero no los individuos determinados causalmente, “precisan esferas de libertad (los determinados causalmente sólo precisan espacios más agradables, tal y como sucede con la protección de animales), y sólo con personas responsables pueden quedar garantizadas institucionalmente las esferas de libertad” (Jakobs, 2012, p. 189). En la medida en la que la responsabilidad en el moderno Derecho penal de la culpabilidad se vincula a la falta de fidelidad jurídica, es decir, a la falta de voluntad de cumplimiento del derecho, se habla habitualmente de culpabilidad por la voluntad, defectos de la voluntad y similares, extendiéndose esta forma de hablar hasta la *libre* formación de la voluntad. Esto último sólo es necesario, de acuerdo con **Jakobs** (2012) “en la medida en la que se debe aclarar que no se trata de ninguna manera de individuos a explorar desde una perspectiva causal-determinista, sino de personas, dicho de forma más precisa, de destinatarios de expectativas *normativas*” (pp. 189-190).

Una persona es competente de prestar una fidelidad jurídica suficiente, para dicha relación hermético-normativa no se necesita el libre albedrío; tampoco se ve alterada por la causalidad psíquica de las corrientes cerebrales ni por la determinación psíquica mediante satisfacción e insatisfacción. El mundo moderno, como mundo que vale como creación, no pue-

de seguir imputando lo que una persona padece, sino sólo lo que origina de forma consciente o evitable.

La persona queda concebida en el derecho moderno como destinataria exclusivamente del deber de querer ser fiel al derecho. El libre albedrío, de acuerdo a la posición mencionada, no debe ser asumido más que como una metáfora de que la *voluntad* sirve de orientación, aunque no como algo natural sino como construcción normativa.

Los individuos humanos (esencias sensitivas) no son libres ni en el plano físico ni en lo que respecta a sus impulsos vinculados a la satisfacción o la insatisfacción; en este sentido la teoría del Derecho penal no añade nada a la moderna investigación neurológica. **Jakobs** (2012) indica que una sociedad estructurada normativamente no vincula seres humanos individuales sino más bien *personas*, que son los destinatarios de derechos y deberes contruidos comunicativamente. “El orden normativo, el derecho, es socialmente real si ofrece una orientación real. Esta cuestión no es tratada por las neurociencias en la medida de que investigan a los individuos, no a la sociedad” (p. 196).

Una conducta conforme a la norma no siempre es preferible desde una perspectiva *individual*; por ello las *personas* son competentes de procurarse una motivación fiel al derecho; como consecuencia de ello. De acuerdo con el mencionado autor, “las personas mantienen una libertad de autoadministración en el sentido de una libertad para organizar los propios derechos sin ser molestadas” (Jakobs, 2012, p. 196).

La suposición de que la comprensión de la propia personalidad se produce en el marco de un proceso de aprendizaje condicionado *socialmente* es compatible con los resultados de la investigación neurológica. En consecuencia, existe una correspondencia entre autonomía y responsabilidad, pero no entre libre albedrío y responsabilidad.

4. La justificación social de la pena ante las investigaciones de las Neurociencias

El tratamiento “para delincuentes”, históricamente, tuvo y tiene aceptación en el marco de la ejecución de la pena; las neurociencias médicas se han orientado a la realización de un “tratamiento neurológico resocializador”.

Es importante señalar que en este tipo de tratamientos se deben respetar las exigencias supra constitucionales que respaldan el trato digno, como es el caso del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, que señala lo siguiente: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esta tesis es avalada por el primer principio básico para el tratamiento de los reclusos, que establece: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”. El principio básico de la dignidad humana es desarrollado también por las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas.

El rubro más aceptado para efectivizar tratamientos dirigidos a la re-socialización del recluso son los relacionados con delitos sexuales. Muchos países han acogido en sus legislaciones, dentro de la pena, a la “castración química”, que consiste “en la administración de químicos anti androgénicos que anulan o inhiben las funciones de las hormonas masculinas” (Parma y Parma, 2017, p. 76). Otros países han legalizado la extracción de la amígdala, parte del hipotálamo, etc.

Conocedora de la temática culpabilidad-neurociencias, **Pérez Manzano** (2016) señala que existen:

[T]emores fundados que despierta entre los penalistas el uso de tratamientos neurológicos, si bien ello no significa su rechazo absoluto siempre que su autorización se someta a específicos controles tanto en cuanto a la existencia de conocimientos científicos suficientemente asentados como en cuanto a su autorización genérica y al tratamiento de los reclusos en particular. La tesis defendida se sitúa en el marco de las teorías mixtas de la pena, que parten de que el objetivo del derecho penal es la prevención de los delitos (...) La neurociencia parece aportar argumentos a favor de esta concepción; de un lado porque no parece posible una prevención general sin culpabilidad (...) de otro porque la neurociencia está aportando conocimientos fundamentales sobre la incidencia de ciertas patologías o factores neuronales en ciertos comportamientos delictivos, de modo que se abre la vía del tratamiento neurológico como instrumento de prevención especial. (pp. 51-52).

La neurociencia da por cierto que el cerebro nos otorga datos ciertos, concretos y relevantes de la conducta humana. Este apotegma está -según esta disciplina- científicamente probado mediante la experimentación, la tomografía axial por emisión de positrones (PET), la tomografía computarizada por emisión de fotones simples, resonancia magnética funcional o nuclear (RM o fMRI), magneto encefalografía, etc. “La indebida o incorrecta relación neuroquímica existente en la conexión de los axones puede

hacer que una persona sea claramente ‘agresiva’, sin empatía y sólo busque una recompensa inmediata carente de sentido de vida” (Parma y Parma, 2017, p. 74).

Sin embargo, los experimentos de los neurocientíficos van referidos -mayoritariamente- a movimientos corporales básicos como mover un dedo o una mano; no existen investigaciones que reproduzcan la complejidad valorativa y moral de las decisiones que es preciso adoptar en la vida social.

Las investigaciones que pretenden modificar las concepciones sociales sobre la imputación de la culpabilidad y la imposición de penas se encuentran todavía en una fase demasiado inicial como para poder revolucionar completamente nuestro sistema social. En efecto, las experimentaciones que se realizan por las neurociencias se encuentran dirigidas a tareas muy simples, poco representativas de la “actividad más humana”. El propio hecho de “ser consciente de participar en un experimento condiciona los procesos neurológicos de las personas” (Feijoo, 2012, p. 93); es decir, no existe espontaneidad, o esta sería planificada, lo que significa que el cerebro ya estaría procesando lo que se le va a exigir por lo que la decisión estaría preparada de antemano.

La constatación de que la escisión entre racionalidad y emoción es tan falsa como la distinción cartesiana entre mente y cerebro y de que las decisiones están teñidas por las emociones pone todavía más en entredicho las teorías de la decisión racional basadas en el concepto del ser humano como *homo oeconomicus* y la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria que se deriva de dicha concepción. **Feijoo Sánchez** (2012) señala que:

Los avances en neurociencias plantean problemas para aquellos que parten de un modelo de elección racional (el egoísta racional) que, asumiendo una escisión entre decisiones racionales y procesos emotivos, resultan incompatibles con nuestros conocimientos actuales sobre el funcionamiento de los procesos cerebrales. (p. 95).

Existen investigaciones interesantes para el Derecho penal que nos demuestran que nuestros comportamientos son influenciados decisivamente por procesos inconscientes que, incluso, aunque nunca afloran a la conciencia, son difícilmente modificables. Al respecto, **Feijoo Sánchez** (2012), señala lo siguiente:

Las emociones dependen de los valores imperantes en la sociedad en la que nos ha tocado vivir, por lo que el cerebro es inconscientemente permeable al entorno social y a su entramado simbólico y de valores. Las normas penales no actúan directamente sobre nuestros

procesos neuronales, sino de forma indirecta y a largo plazo (en el proceso de socialización que se extiende más allá de los dieciocho años). (p. 96).

Estamos determinados en nuestros comportamientos por el derecho, pero no de la manera que explican los partidarios del análisis económico del derecho o de la teoría de la prevención general negativa. “Se trata de una influencia más sutil y a largo plazo que comienza con nuestros procesos más tempranos de socialización” (Feijoo, 2012, p. 96). La pena refuerza esos procesos y, por ello, nada puede hacer con respecto a aquéllos que por sus características personales (psicópatas primarios) o por su entorno social o familiar quedan al margen de estos. Lo importante es ofrecer una respuesta comunicativamente relevante frente al delito. Esa es la manera que tiene el derecho de encausar los procesos sociales “y de influir -indirectamente- en el comportamiento de los individuos (que en función de su biografía actúan preferentemente por convencimiento, conveniencia, costumbre, respecto a la autoridad, etc.)” (Feijoo, 2012, p. 97).

Si bien “no cabe discutir que los procesos neuronales generan por emergencia procesos mentales que, además de generar nueva actividad cerebral, construye sistemas sociales con determinadas características normativas o valorativas” (Gazzaniga, 2006, p. 101), ello no significa necesariamente que sin más la vida social se pueda explicar mediante la descripción de procesos neuronales. Al igual que los neurocientíficos no asumirían que la química inorgánica pueda ofrecer una respuesta completa de cómo funciona el cerebro, a pesar de que se precise también la química inorgánica como parte de la explicación. “Con el tema neurociencias y Derecho penal sucede exactamente lo mismo, los procesos neurológicos sólo son una parte de la explicación -y no precisamente la más importante-” (Feijoo, 2012, p. 86).

Las alternativas a la pena como medio de resolución de conflictos sociales dependen, del estado de los conocimientos científicos y empíricos, pero mientras exista un orden social que tenga como principio la libertad y reconozca estructuras de responsabilidad, “esas medidas alternativas no podrán suplantar la función social de la pena como instrumento de estabilidad normativa que tiene necesariamente como presupuesto la culpabilidad por el hecho” (Feijoo, 2012, p. 91). “La libertad como fundamento de un Derecho penal de la culpabilidad no es la mera posibilidad fáctica de actuar de otra manera en un momento concreto, sino una creación social con la que resulta imposible trabajar en un laboratorio” (Feijoo, 2012, p. 91). Las propuestas más radicales provenientes de los neurocientíficos no han tenido suficientemente en cuenta el sinalagma existente en nuestras

sociedades entre libertad y responsabilidad. Quien aspira frente a los otros a un ámbito de libertad debe asumir una serie de contraprestaciones cuyo incumplimiento denominamos responsabilidad.

Sólo deberíamos modificar sustancialmente nuestras estrategias punitivas si los neurocientíficos llegan, no sólo a mejorar nuestros conocimientos relativos al cerebro humano y, en correspondencia, a la “naturaleza humana”, sino, con ello, a transformar nuestro concepto de ciudadano en una democracia deliberativa, proceso que, desde luego, todavía no han podido poner en marcha. Tal como lo reconoce **Feijoo Sánchez** (2012): “Las evoluciones sociales no son sólo una consecuencia directa de los avances científicos, sino que son siempre fruto de la una compleja interacción entre percepciones y convencimientos sociales y culturales, circunstancias políticas y avances científicos y técnicos” (p. 92).

5. El futuro de la dogmática de la culpabilidad y las Neurociencias

Si bien las neurociencias nos ponen ante los ojos nuestra naturaleza determinada o, mejor dicho, nos alejan más de una hipótesis indeterminista en la medida en la que nos muestran nuestros cerebros como “mecanismos determinados”, **Feijoo Sánchez** (2012) señala que:

[L]a idea de responsabilidad no se tiene que ver necesariamente modificada porque es de naturaleza adscriptiva de acuerdo con las reglas que tienen que ver con la configuración valorativa o normativa de la sociedad, es decir, conforme a criterios estrictamente normativos de imputación. Los neurocientíficos no han tenido suficientemente en cuenta que la responsabilidad no es un hecho natural, sino un fenómeno social. Por ello varía según las culturas jurídicas y depende de la evolución histórica. (pp. 104-105).

La diversidad en la edad de mayoría de edad penal en función del ordenamiento o del momento histórico representa una buena prueba de ello. “Si las reglas o criterios que determina la responsabilidad no se construyen directamente a partir de meros referentes empíricos, las ciencias empíricas no son las que deben determinar los sistemas sociales de imputación” (Feijoo, 2012, p. 105).

Que no siga siendo sostenible la capacidad de determinación de la voluntad no es algo que, en realidad, afecte a todo el Derecho penal, a lo sumo a “una *determinada variante* del Derecho penal de la culpabilidad: aquella parte de la compensación de la culpabilidad o de la expiación de la culpabilidad por el autor como fin exclusivo de la pena. Respecto a lo mencionado

Frisch (2012) entiende que:

Una pena concebida y legitimada de este modo pierde su fundamento si la decisión del autor a favor del hecho punible está determinada: carecería de sentido hablar de una culpabilidad del autor, al menos en el momento del hecho. En este caso decae, debido a la falta de culpabilidad, también la legitimidad de una pena al servicio de la compensación o de la expiación de la culpabilidad". (pp. 39-40).

Claro está que este modelo de un Derecho Penal de la culpabilidad, que es el que los neurocientíficos críticos tienen ostensiblemente ante los ojos, no es defendido en la práctica por nadie. Es hoy en día posición totalmente dominante en la ciencia del Derecho penal que el fin de la pena "no se encuentra en la compensación de la culpabilidad, sino en la confirmación de la vigencia fáctica y fuerza preventiva del ordenamiento jurídico perturbada por el hecho y en la influencia en el autor" (Frisch, 2012, p. 41). La culpabilidad no tiene nada que ver con el fin de la pena.

Algunos neurocientíficos se han extralimitado al considerar que partir de una hipótesis determinista convierte en algo imposible el discurso de la culpabilidad. Hace tiempo que los principales modelos dogmáticos, todos ellos preventivos, "han desvinculado el fundamento último de la responsabilidad penal de la capacidad de actuar de otro modo en el momento del hecho. En algunos casos se ha llegado a desvincular la pena de la culpabilidad como presupuesto" (Feijoo, 2012b, p. 106).

5.1. La perspectiva de primera persona (observación introspectiva)

Lo que en la dogmática del Derecho penal es considerado como la conducta, el estado corporal conducido o susceptible de ser conducido, es decir, la expresión de una persona "natural", es tratado en exclusiva por los resultados de la nueva investigación neurológica como un producto de procesos neuronales que pertenecen por su parte al mundo físico causalmente clausurado. De acuerdo con **Jakobs** (2012b) "[e]stas tesis son consecuencia de un mejor conocimiento de procesos neuronales, que ha aumentado bruscamente en los últimos tiempos, especialmente en lo relativo a la capacidad específica de algunas áreas y de los enlaces entre ellas" (p. 169).

Los avances de las neurociencias hacia la posibilidad de predecir con cierta seguridad, al menos en algunos casos, lo que un ser humano ejecutará próximamente como conducta de su propia elección, fue algo hipotéticamente anticipado por **Kant**: "todas las acciones de los seres humanos (se encuentran) determinadas según el orden de la naturaleza en apariencia de

su carácter empírico y de todas las causas concurrentes, y si pudiéramos investigar todas las apariencias de su albedrío hasta el origen, no existiría acción humana alguna que no pudiéramos predecir con seguridad y de la que pudiéramos conocer las condiciones previas como necesarias” (Jakobs, 2012b, p. 171). Si se sustituye el hipotético “si pudiéramos investigar podemos predecir” por el indicativo “ya que podemos investigar podemos predecir”, la frase de **Kant** se transformaría en una de **Roth, Singer o Prinz**.

Los representantes de las neurociencias prolongan sus resultados sobre la vida y la consciencia a la sociedad, especialmente al ámbito del trato con normas: Ya no se puede hablar más de culpabilidad. Respecto a lo mencionado, **Jakobs** (2012b) indica que:

Se diría: “Este pobre hombre ha tenido mala suerte de tener un umbral tan bajo de respeto por la vida”. En consecuencia, en lugar de una pena a individualizar debe imponerse una “medida de custodia o una medida de protección”. Si bien “los seres humanos no pueden hacer nada en el sentido de una culpabilización personal por lo que quieren y cómo toman decisiones” a pesar de ello “la sociedad debe estar en situación de inculcar el sentimiento de responsabilidad por el propio comportamiento a través de medidas educativas adecuadas”, aunque por supuesto sin recurrir a la libertad, sino más bien “por la idea surgida a través de la prueba y el error de que sin tal sentimiento de responsabilidad se perturba de forma persistente la convivencia en sociedad”. (p. 175).

Una forma de escapar a los retos dogmáticos que plantean los avances neurocientíficos es refugiarse en la perspectiva subjetiva de primera persona (lo que se denomina observación introspectiva). “Desde una perspectiva pragmática algunos autores han recurrido a la existencia generalizada de un sentimiento, una experiencia o una conciencia de libre albedrío o libertad sobre la que estaría construida nuestra cotidianeidad y las interrelaciones personales” (Feijoo, 2012, p. 235). **Burkhardt**, a decir de **Feijoo Sánchez** (2012):

Ha realzado propuestas dogmáticas en la línea de los partidarios de la “culpabilidad por el carácter”, ha pretendido no desvincular totalmente el fundamento de la culpabilidad de la idea de libertad. Su propuesta se basa en la idea de que los seres humanos no se sienten libres porque sean libres, sino que son libres porque se sienten libres. (p. 235).

En la medida en la que ya ha sido aceptado por la doctrina, que no se puede constatar en el caso concreto que el autor tuviera la posibilidad de actuar

de otra manera, “se propone basar el reproche de culpabilidad en la perspectiva interna o percepción subjetiva del autor, por lo que lo decisivo sería determinar si en el momento de cometer el hecho el autor presupone dicha posibilidad” (Feijoo, 2012, p. 235). Este autor considera que la experiencia del poder actuar de otro modo y la correspondiente libertad de acción se encuentra arraigada en el pensamiento práctico -diferente al pensamiento teórico científico- y tiene dos aspectos complementarios: “el futuro es algo abierto y los motivos no se sienten como algo determinante o no suficientemente determinante. Junto a ello se encuentra el sentido de la autoría o de la agencialidad” (Feijoo, 2012, pp. 235-236).

La autoconciencia o la sensación de un “yo” que controla todos los procesos mentales es un presupuesto o requisito para hablar de culpabilidad, pero es insuficiente como vía para fundamentar la culpabilidad como fenómeno social y jurídico. **Feijoo Sánchez** (2012) enseña que:

A lo sumo, lo que puede fundamentar es -en la línea de una concepción individualista de la retribución como función de la pena- que el sujeto asuma individualmente su castigo como justo o merecido en la medida en la que tiene el sentimiento de responder personalmente de las acciones que dependen de su voluntad. (p. 241).

Existe todo un cuerpo de investigación de acuerdo con el cual personas que ejecutan actos mediante estimulaciones cerebrales externas tienen la sensación de que el movimiento es fruto de un acto deliberado e, incluso, llegan a justificar porqué actuaron de esa manera (Pauen, 2009, p. 148 ss.). “Mediante estimulación magnética (a través de un generador de campos electromagnéticos) se pueden estimular determinadas áreas del cerebro (tálamo), manteniendo los sujetos sometidos al experimento la percepción de que eran ellos quienes de forma absolutamente libre realizaban los movimientos” (Feijoo, 2012b, p. 114). “Todo ello demuestra que la experiencia subjetiva de voluntad libre puede surgir independientemente de cuáles sean las fuerzas causantes de la conducta” (Rubia, 2009, p. 79). Dichos experimentos no prueban que siempre sea así, pero diluyen la consistencia de los argumentos basados en las experiencias o sentimientos subjetivos.

Desde una perspectiva práctica, este tipo de fundamentaciones no se corresponden con la realidad. Es evidente que la declaración de culpabilidad es independiente de las sensaciones subjetivas del condenado. “Se castiga al culpable con independencia de que no tenga sensación de libertad mientras se declara no culpable al esquizofrénico que tiene una visión delirante de la realidad, si bien actúa absolutamente convencido de su libertad” (Feijoo, 2012b, p. 115) -asignándose, incluso, como propios, sucesos que no ha

determinado causalmente-.

En el ámbito de la causalidad física, el cerebro del autor “va acompañado de un número incontable de condiciones de un hecho como si se tratara de una red, y a falta de toda diferencia cualitativa entre procesos causales nada obliga a prestar atención preferente al autor” (Jakobs, 2012b, p. 176). Se podría castigar también, por ejemplo, su proceso educativo, que es evidente que no le ha condicionado suficientemente, o al representante de la justicia para que en el futuro intimide de forma más intensa. Si los propios deterministas, que creen haber encontrado en la causalidad del mundo físico la medida de todas las cosas, de acuerdo con **Jakobs** (2012b):

[C]consideran verdaderamente como algo sobreentendido que el autor es competente para sufrir un mal después de un delito para que, por ejemplo, no se generalice de forma permanente la inclinación del delito por su parte o por parte de otros, éste no puede ser sólo un chivo expiatorio, cuyo sufrimiento desencadene en todos y en él mismo miedo y temblor -como tal sería receptor de una “pena” apropiada desde una perspectiva práctica, pero no también competente sino que más bien tiene que haber sido ya, competente de no cometer el delito. (pp. 176-177).

El autor es competente de no verse arrastrado a cometer el delito y, en caso de que se deje arrastrar, de soportar los costes que se derivan de dicho conflicto. “Tan simple como es dicha conexión, no acaba de acomodarse al mundo de los procesos neuronales en la medida en la que en dicho mundo tan sólo hay coordinaciones causales, pero no coordinaciones normativas, es decir, incumbencia” (Jakobs, 2012b, p. 177).

Ni en el ámbito de la determinación físico-causal ni en el de la psíquico-causal se puede fundamentar la incumbencia, por lo que aquí se deben asumir -de forma totalmente provisional-, como lo indica **Jakobs** (2012b):

[I]ncumbencia y libertad como dos caras de una medalla. Sin embargo, sin algún tipo de determinación, en el sentido de una regla que determine y respete al mismo tiempo la personalidad, de acuerdo con la cual una persona y un suceso se vean vinculados, no es posible tampoco hablar de incumbencia, ya que de lo contrario -sin una regla como esa- la persona y el suceso se encontrarían juntos casualmente y no habría fundamento alguno para coordinarlos mutuamente. (p. 180).

Los sujetos son castigados con independencia de cómo conciban su naturaleza humana. La sensación personal de libertad puede ser válida para

procesos puramente morales de autoinculpación o autorreproche, pero no cuando son terceros o el sistema social los que realizan los procesos de imputación jurídicos. “La culpabilidad tiene que ver con la configuración del trato impersonal y la pena es una institución social, no un fenómeno puramente personal” (Feijoo, 2012b, p. 116). Por ello lo decisivo a efectos jurídicos no es la perspectiva de primera persona, sino la perspectiva válida en la interacción con los otros. La perspectiva de tercera persona es la única válida para el sistema social.

Las observaciones de segundo orden son las que realizan los sujetos de su entorno, pero, también las relacionadas a uno mismo (autoobservaciones). Estas consisten en hetero observaciones de otros individuos (incluyendo la que éstos no pueden ver), tratan de explicar las razones por las que el sujeto observado ve algo y, asimismo, cuáles son las razones por las que no puede ver. Neurocientíficos como **Damasio, Gazzaniga, Roth o Singer**, realizaron este tipo de observaciones, respecto del funcionamiento cerebral y los procesos mentales de los seres humanos “explicando aspectos de nuestro propio comportamiento a los que somos ciegos desde la perspectiva introspectiva o de primera persona” (Feijoo, 2012, p. 239). Hay que recalcar que nuestros conocimientos del funcionamiento del cerebro vetan cualquier posibilidad de buscar una fundamentación de la culpabilidad exclusivamente desde la perspectiva de primera persona.

La culpabilidad tiene que ver siempre con una cierta capacidad de autodeterminación. Esto significa en el caso de los seres humanos que las acciones, también las antijurídicas, vienen determinadas por motivos, razones y valoraciones que pertenecen a una persona y sólo a una determinada persona. Esa “pertenencia” viene determinada en nuestro ámbito cultural desde hace mucho tiempo por el tradicional problema filosófico de la “teoría del reconocimiento”, como seres libres e iguales.

5.2. La culpabilidad como construcción social

Las contribuciones de mayor éxito en la actualidad parten de que la responsabilidad está construida sobre la capacidad de autodeterminación entendida como **reconocimiento social o intersubjetivo**.

Representa un mérito especial de las teorías preventivas de la culpabilidad, especialmente de la teoría funcional de la culpabilidad -en la que lo decisivo ya no es la prevención de delitos o de lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos sino de la erosión de la vigencia de la norma-, “haber dejado en evidencia que el juicio de culpabilidad no depende de las características naturalísticas de la acción (conocimientos, motivaciones, etc.), sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad le otorgue a

esas características de la acción” (Feijoo, 2012b, pp. 118-119). La culpabilidad es una adscripción que se hace exclusivamente desde la perspectiva del orden social y por esa razón resulta indiferente la sensación que tenga el sujeto sobre su hecho o su responsabilidad.

Lo decisivo a efectos de responsabilidad penal no es si los seres humanos somos seres indeterminados –que lo somos–, sino la dimensión comunicativa de nuestro comportamiento como ciudadanos de cara a la estabilización de reglas esenciales de convivencia (del orden jurídico).

El autor no puede ser concebido como punto de convergencia de pronósticos cognitivos, sino como persona, “como un detentador de deberes y derechos, como destinatario de expectativas normativas” (Jakobs, 2012b, p. 184); el destinatario tiene que ser determinado “de acuerdo con una intención jurídico-práctica”.

No puede ser el autor el que determine su culpabilidad allí donde su comportamiento actúe contra sus propias máximas racionales, sino que es la sociedad la que determina cuando una comunicación no puede ser ya aceptada “porque pone en entredicho elementos o condiciones indispensables de la vida social y, por consiguiente, no queda más alternativa para defender el ordenamiento que responder con una pena” (Feijoo, 2012, p. 218).

No cabe ninguna duda de que los contornos de esa capacidad de autoterminación que se reconocen mutuamente las personas en la interacción social o en diversos órdenes de la vida pueden ser investigados desde diversas perspectivas que presenten utilidad (históricas, antropológicas, de psicología social, estructuras lingüísticas, etc.), “pero dichas perspectivas no pasan de ser descripciones parciales de un fenómeno muy complejo que, por sí mismas y de forma aislada, no fundamentan la culpabilidad jurídico-penal” (Feijoo, 2012, p. 218).

La teoría funcional de la culpabilidad supera las objeciones deterministas de las neurociencias, “pero dejando en pie sólo justificaciones de tipo social de acuerdo con las cuales la culpabilidad sólo se puede justificar en necesidades preventivas. De esta manera la pena (la prevención general positiva) y la culpabilidad obtienen la misma justificación” (Feijoo, 2012b, pp. 123-124). La principal objeción que cabe hacerle en general a la teoría funcional es que deja demasiado de lado los criterios normativos de legitimación del castigo frente al ciudadano que tiene que sufrir una pena en un sistema democrático. La teoría funcional sólo describe lo que hace el ordenamiento jurídico, pero no cuáles son los criterios normativos que deben orientar los procesos de imputación.

Una *teoría comunicativa de la culpabilidad* ha sido propuesta por **Feijoo Sánchez** (2012) de la siguiente manera:

La culpabilidad no es mera responsabilidad por un uso indebido de la libertad (al estilo de la idea de la “ventaja indebida” que castiga al sujeto como una especie de “polizón social” o *free rider*), sino por la erosión de normas irrenunciables o esenciales. El reconocimiento de las normas exige una cierta confianza en un cumplimiento generalizado de las mismas. Cuando alguien defrauda dicha confianza no hemos encontrado otra respuesta para evitar que el reconocimiento generalizado se diluya progresivamente que el castigo. Si la teoría funcional de la culpabilidad ha hecho importantes contribuciones en este sentido, se excede, sin embargo, en el énfasis que concede a los aspectos preventivos -su principal aportación- en detrimento de los de legitimación democrática de la responsabilidad individual, mientras las teorías discursivas (...) quedan incompletas porque pecan de todo lo contrario. No vinculan la culpabilidad a la necesidad de pena. (p. 243).

La libertad de la que se refiere la dogmática penal es una realidad social. Se puede definir, si se quiere, como “construcción social dependiente de la cultura” o “institución social” derivada de discursos de atribución, pero tiene su origen en la interacción humana (la intersubjetividad) por lo que no viene pre-dada por la naturaleza (no tiene naturaleza ontológica). “Ello evidencia que no existe una contradicción entre ‘lo neurológico’ y ‘lo social’, sino una línea de continuidad sobre la que queda mucho por investigar” (Feijoo, 2012, p. 250).

La fundamentación de la culpabilidad en la prevención general positiva es “inmune” a las dudas sembradas por la neurociencia en torno a la existencia de una libertad humana en sentido enfático-empírico. “El sistema penal es una institución social, por lo que aquello que no llegue a ese plano, es sencillamente irrelevante. Si el concepto de culpabilidad viene determinado por las necesidades de la prevención general positiva, es irrelevante que de pronto se descubra que todos los seres humanos están plenamente determinados, por procesos neuronales inconscientes u otros factores” (Cancio, 2012, p. 264).

Sostener que la culpabilidad es la construcción social no significa, desde luego, que el juicio de culpabilidad pueda ser incompatible con nuestros conocimientos empíricos, incluyendo los provenientes de las neurociencias, sino que dichos referentes empíricos no determinan ni resuelven directamente el problema normativo (Feijoo, 2012b, p. 124).

La definición de cómo el individuo se encuentra vinculado al ordenamiento, que se ha venido canalizando a través del concepto de persona, es la que determina cuáles son los datos psíquicos o relativos a la conciencia que interesan por su relevancia comunicativa y en qué medida son decisivos a efectos de imputación jurídico-penal y de determinación de la pena (Feijoo, 2012b, p. 125).

El problema de la audiencia de tratamientos alternativos para determinadas patologías (autores impulsivos, psicópatas, etc.) tiene que ver normalmente con el desconocimiento de la patología y sus causas, de tal manera que se puede afirmar que un mejor conocimiento de las anomalías o alteraciones psíquicas influye en las decisiones normativas (Feijoo, 2012b, p. 121).

Podemos culminar señalando que sólo desde una perspectiva que asuma la culpabilidad como una institución social indispensable en el marco de un sistema de libertades es posible ofrecer una respuesta dogmáticamente satisfactoria.

6. Referencias Bibliográficas

AROCENA, G.; BALCARCE, F.; CESANO, D., *Derecho penal y neurociencias*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2015)

CANCIO MELÍA, M., «Psicopatía y Derecho penal: Algunas consideraciones introductorias», en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias», en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Derecho penal y neurociencias ¿una relación tormentosa?», en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

FRISCH, W., “Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad”, en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

GAZZANIGA, M. S., *El cerebro ético*, (Barcelona: Paidós ibérica, 2006).

JAKOBS, G., «Culpabilidad jurídico-penal y ‘libre albedrío’», en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

JAKOBS, G., «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en Bernardo José Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, (Pamplona: Aranzadi, 2012).

PARMA, C.; PALMA, M., *Temas de la teoría del delito*, (Santa Cruz de la Sierra: Ulpiano, 2017).

PAUEN, M., «Autocomprensión humana, neurociencia y libre albedrío: ¿Se anticipa una revolución?», en Francisco José Rubia Vila (Ed.), *El cerebro: Avances recientes en neurociencia*, (Madrid: Complutense, 2009).

PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», en *Estudios de política criminal y Derecho penal*, AA.VV., T. II, (Lima: Gaceta Jurídica, 2016).

ROTH, G., «La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto del libre albedrío», en Francisco José Rubia Vila (Ed.), *El cerebro: Avances recientes en neurociencia*, (Madrid: Complutense, 2009)

RUBIA, F. J., *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, (Barcelona: Crítica, 2009).

II. DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL

La evaluación de los delitos preparatorios en el Código Penal de 1991. Una mirada crítica a la legislación penal*

Francisco Álvarez Dávila**
Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Ideas preliminares / 3. Elementos del delito preparatorio / 3.1. Definición del Dr. Alonso Rimo / 3.2. Características del delito preparatorio según Alonso Rimo / 3.3. Análisis comparativo de un delito preparatorio / 4. Actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos / 4.1. ¿Cuál es la relación entre el delito de negociación incompatible y la colusión desleal? / 4.2. El delito de negociación incompatible como delito preparatorio / 5. Reflexiones finales .

1. Introducción

Una evaluación del Código Penal (CP) no es una tarea fácil. No solo el dogmático y el profesional del derecho debe conocer a detalle la legislación en materia penal, así como entender la efectividad del mismo para prevenir la comisión del delito, sino también implica saber cuánto se ha avanzado en la propia legislación en los últimos tiempos.

Entonces, si se realiza un estudio respecto a lo acontecido en la legislación penal peruana en los últimos años, un punto importante a abordar se encuentra en relación con lo que se viene empleando en el Código Penal de 1991: los delitos preparatorios o la preparación delictiva, el cual ha dejado de ser una incriminación excepcional a la que se estaba acostumbrado.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad de Piura. Magister en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho en la Universidad Austral (Argentina) con una investigación sobre la responsabilidad penal del empresario en los accidentes laborales. Es especialista en Compliance y Buenas prácticas corporativas por la Universidad del Pacífico. También es Especialista en Litigios penales y prevención en seguridad y salud laboral. Profesor de Derecho penal en la Universidad de Piura. Además, se formó en Litigación Oral en la California Wesern School of Law (San Diego, USA).

Asimismo, se debe tener presente que el sistema peruano de incriminación penal establece –como excepción– la criminalización del estadio previo o de los actos preparatorios. En esa línea, cabe precisar que –desde la vigencia del Código Penal de 1991– se hallaba regulado el delito de asociación ilícita para delinquir y algunas fórmulas de anticipación penal clásicas. Así, por ejemplo, la instigación –prevista en la parte general– y la conspiración, en la parte especial.

En ese sentido, resulta importante analizar la evolución de los delitos preparatorios desde la vigencia del citado cuerpo normativo hasta la actualidad; en aras de poder detectar cuándo se está frente a una situación de preparación delictiva que ha sido elevada como un tipo penal de la parte especial en forma autónoma. Por último, es menester propugnar algunas ideas finales respecto a lo que la dogmática nacional debería de hacer en adelante, esto es: una crítica y revisión acerca de si la evolución y el crecimiento de la preparación delictiva es –efectivamente– un fenómeno tendiente a racionalizar el Derecho Penal o si, por el contrario, se está nuevamente ante otra fase negativa de esta rama jurídica, como postuló –en su momento– el Derecho Penal del Enemigo. Pues, de ser esto último, resultaría conveniente que la doctrina y la propia jurisprudencia establecieran algunos límites en pro de garantizar la vigencia de los principios que reconoce tanto esta como el cuerpo normativo, ya sea nacional o internacional.

2. Ideas preliminares

Se suele pregonar que, el ámbito interno de las personas, se encuentra fuera del alcance de estudio del Derecho Penal, debido a que a este no le interesa conocer con detalle los pensamientos de las personas. Inclusive, los actos preparatorios o de preparación para la eventual comisión de un hecho delictivo que se suscitan en el plano de los pensamientos, no resultan relevantes para esta rama jurídica, ya que no supone el inicio de la ejecución de un hecho penalmente relevante o de uno –desde el punto de vista de la imputación objetiva– que genere la creación de un riesgo no permitido y que, por lo tanto, necesite la mirada del Derecho Penal.

Sobre esto, Vives Antón –en un artículo respecto al tema del aumento de la presencia de los delitos previos en la legislación penal española– establece que uno de los efectos del Derecho Penal liberal consiste en situar el límite de la punibilidad en el comienzo de la ejecución del delito; por lo tanto, la fase previa a la ejecución del hecho penalmente relevante estaba situado en un ámbito en el que –al legislador– no le interesaba su criminalización.

Sin embargo, como bien hace en recalcar el profesor Silva Sánchez, el Derecho Penal de la inseguridad ciudadana –así como otras denominaciones

que ha empleado la doctrina española— ha ido cobrando nuevos contornos con el paso del tiempo. Así, hoy en día, no es posible asegurar que el Derecho Penal solamente presta atención al resultado de una conducta delictiva; pues, si uno repasa rápidamente la legislación penal actual y la compara con el Código Penal de 1924 y el de 1991, notará —evidentemente— una evolución. Esto se debe a que no se está frente a ese Derecho Penal clásico que protegía a los bienes jurídicos tradicionales de concepto liberal, como el patrimonio, la libertad personal, la libertad sexual, intimidad sexual, integridad física, entre otros; que era bienes normalmente tangibles.

En ese sentido, cuando se revisa dicho cuerpo normativo o las leyes penales especiales anteriores a estos; es posible verificar el viraje del legislador para entender que la protección de los bienes jurídicos —en algunos casos— debía anticiparse, es decir, ya no bastaba con proteger simplemente al ser humano, sino también había que salvaguardar algunas condiciones de existencia para este. Por ello, en su momento, se encontraba tipificado en los delitos contra los trabajadores, en donde no se protegía totalmente la integridad del trabajador, sino ciertas condiciones para la prestación del servicio laboral. Igualmente —en el ámbito de la vida— ya no se protege solamente la vida, sino también bienes alrededor de este derecho, como por ejemplo, el ambiente; así también, en el ámbito de los delitos contra la salud pública, ya no se activa la intervención del Derecho Penal solo como consecuencia de la contaminación de un alimento cuando una persona muere, sino que —si se entiende que la contaminación *per se* es una actividad potencialmente lesiva y peligrosa— esta rama jurídica tendrá que adelantarse uno o dos pasos a la ejecución de la conducta potencialmente peligrosa.

Con todo lo anterior, se puede decir que las ideas —que parecían bastantes claras y afianzadas en el Derecho Penal— respecto a la excepcionalidad de la incriminación de la fase previa de determinados delitos ha comenzado a perder vigencia en los últimos años; debido a que, cada vez más, el legislador además de tipificar nuevas formas criminales como, por ejemplo, los delitos informáticos o ciber-delitos; también anticipa la protección penal. Al respecto, en algunos casos, pueden presentarse problemas desde el punto de vista de la vigencia del principio de ofensividad, así como el de proporcionalidad.

Entonces, el Código Penal de 1991 —a diferencia de su símil de 1924— contempla la instigación como una forma de intervención penal; sin embargo, castiga al instigador, no por la ejecución del hecho principal, sino por una conducta de participación para crear —en otro— en la comisión del delito. De esta manera, la fórmula de intervención delictiva se halla también en

el uso de otras figuras preparatorias, como –por ejemplo– la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, la cual está tipificada en el artículo 296°. Además, se contemplaron delitos vinculados al terrorismo como –verbigracia– actos de favorecimiento al terrorismo o apología al terrorismo, los cuales no sancionan en sí los actos más lesivos, sino todo aquel comportamiento que –de alguna forma– favorezca la comisión del hecho principal, que es más grave. Asimismo, se prevé la instigación para los delitos de rebelión o instigación al suicidio, pero como fórmulas de anticipación muy específicas y vinculadas a algunos bienes tradicionales.

No obstante, dicha excepcionalidad de incriminación en fase previa, ha comenzado a cambiar: por un lado, porque se ha abandonado la dinámica de intervención prevista solo para cuando se daña el bien jurídico; a la concepción de la necesidad de una intervención anticipada a través de las figuras de peligro, ya sea peligro concreto o peligro abstracto. Asimismo, han surgido delitos preparatorios debido a nuevas formas de ataque a determinados bienes jurídicos clásicos. Ello también, porque se han creado nuevos bienes jurídicos denominados “colectivos”, en los que el legislador ha considerado el empleo de fórmulas de peligro abstracto para su protección y –en algunos supuestos– la preparación delictiva.

Ahora bien, vale advertir que el Perú no ha sido pionero en relación a esta introducción y crecimiento de los delitos preparatorios, sino que tiene como antecedente los ordenamientos jurídicos extranjeros. Por ejemplo, en Reino Unido, la Ley de Terrorismo de 2006 tipificó diversos delitos preparatorios; inclusive, hasta con pena de prisión perpetua, tales como el hecho de involucrarse en cualquier conducta de preparación orientada a la comisión de actos terroristas o con la intención de ayudar a realizarlos. Aquí se evidencia –nuevamente– la lógica del peligro y de la inseguridad ciudadana: como no se puede, en todos los casos, combatir directamente las acciones más lesivas; entonces, la solución consiste en adelantarse a ellas mediante regulación penal.

Por otro lado, la legislación alemana –mediante la Ley para la persecución de delitos violentos graves contra la seguridad del Estado en 2009– incorporó, por ejemplo, el tipo penal de preparación de actos de violencia grave contra la seguridad del Estado, en los que se asignaba –verbigracia– una pena de seis hasta diez años en actividades de adiestramiento, producción de armas o de financiamiento de conductas que afecten gravemente dicho bien jurídico protegido.

Por consiguiente, en el Perú, la fórmula de preparación delictiva se ha extendido. En ese sentido, cabe apuntar algunos ejemplos enunciativos –no

limitativos— respecto de cuánto se ha ido avanzando en la protección penal a través del uso de esta técnica de tipificación de conductas preparatorias. Al respecto, cabe mencionar el delito de conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato —previsto en el artículo 108-D°, promulgado en el 2015—, en donde se castigan dos tipos de actos: en primer lugar, a “*quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato*”; y, en segunda instancia, a “*quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario*”. Es decir, se evidencia cómo —en el ámbito del bien jurídico “vida”— el legislador no ha considerado solamente necesario criminalizar el acto del sicario, esto es, cuando se mata a otra persona por encargo; sino que ahora el Derecho Penal se adelanta a tal hecho y castiga la conspiración o el favorecimiento a la comisión de este delito.

Así también, se tiene el famoso delito de marcaje, regulado en el artículo 317-A° del cuerpo normativo pertinente. Este ilícito consiste en una fórmula de anticipación general, que establece lo siguiente:

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 106, 107, 108, 108-A (...) acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos”. (las cursivas son propias)

Sobre ello, algo muy importante que resaltar es el hecho de que, aun estando frente a conductas preparatorias, la pena que estimó el legislador es una considerable.

Posteriormente, en el ámbito de los delitos patrimoniales, se encuentra el artículo 162-A°, el cual protege un bien jurídico más abstracto o colectivo, como es la legalidad de las comunicaciones o el derecho a la inviolabilidad del secreto de las mismas. Al respecto, se considera como delito preparatorio aquel ilícito castiga al que “*fabrica, adquiere, introduce al territorio nacional, posee o comercializa equipos o software destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones o similares*” con una pena de diez a quince años.

Por otro lado, en el ámbito de la protección de la indemnidad sexual, se tiene el delito de proposiciones de fines sexuales a niños con el propósito de obtener material pornográfico, tipificado en el artículo 183-B°, el cual sanciona al que “*contacta un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle a llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero*” con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

Finalmente, en el ámbito de los delitos tributarios, se encuentra el delito tipificado en el artículo 5-C° que –básicamente– castiga a la persona que “*confeccione, obtenga, venda o facilite, a cualquier título, comprobante de pago, guías de remisión, notas de crédito o notas de debido, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de delitos tipificados en la ley penal tributaria*” con una pena privativa de libertad nada despreciable, pues el *quantum* es no menor de cinco ni mayor de ocho años.

De lo expuesto en párrafos precedentes, se obtienen dos ideas importantes: En primera instancia, el posible sostener que ha existido cierta evolución, pues se ha ido abandonando un Derecho Penal de lesión para pasar –como diría Ronald Wilches– a uno de peligro. En segundo lugar, que la preparación delictiva es un ámbito que se está abriendo terreno dentro del país.

Sin embargo, también resulta importante identificar, a través de las herramientas brindadas por la doctrina extranjera, cuáles son aquellos aspectos que convierten un delito en preparatorio; porque, sin una correcta base para poder identificarlos, se caería en el error de considerar algunas conductas como tal, toda vez que –en general– cualquier acto podría tener conexidad con el favorecimiento de otro delito. Un ejemplo clásico para poder entender por qué es importante esta delimitación lo menciona Alonso Rimo, cuando señala que el delito de violación de domicilio es un ilícito que –hipotéticamente– podría generar la comisión de varios delitos principales: así, entrar a la casa de una mujer para –a la postre– violarla sexualmente; ingresar a un domicilio familiar para robar; o internarse en la propiedad de alguien para –después– secuestrar a la hija mayor de los dueños, entre otros casos. En consecuencia, se suscitan interrogantes como: ¿los supuestos presentados generan que se considere al delito de violación de domicilio como uno preparatorio? ¿O simplemente se está frente a un delito autónomo, que en algunos casos puede ser considerado un medio para la comisión de otro ilícito y, por lo tanto, tendría a lugar un concurso? Queda claro que resulta necesario absolver esta problemática.

3. Elementos del delito preparatorio

3.1. Definición del Dr. Alonso Rimo

Es importante tener en cuenta la definición que realiza Alonso Rimo sobre lo que se entiende por delito preparatorio. Al respecto, sostiene que se debe considerar como tales a aquellos tipos de la parte especial que describen actos de planificación de otro delito. De esta forma, dichos injustos preparatorios pueden ser de dos tipos: En primer lugar, se tiene a los denominados *proprios*, que se suscitan cuando el autor principal –en el *iter criminis*– realiza tanto el acto preparatorio como el tipo principal. Por

ejemplo, aquella persona que quiera interceptar teléfonos o comunicaciones y compra los equipos, los importa y –además– realiza la acción de interceptación. Evidentemente, en estos casos, la conducta preparatoria quedará subsumida por el hecho principal.

Por otro lado, se encuentran los actos *improprios*, que son aquellos en los que el autor simplemente realiza el acto preparatorio con el objetivo de que un tercero utilice dicho aporte para la comisión del hecho principal. En la legislación peruana, este tipo de acto ha sido contemplados en el tipo previsto en el artículo 5-Cº, donde los actos de confección o creación de documentos contables se dirigen a la comisión de hechos punibles. Por ejemplo, el caso de una persona que se consigue una factura para que –luego– una empresa la utilice para la deducción de gastos y, de esta forma, cometer un delito de defraudación tributaria. En el supuesto indicado, se está frente a dos conductas que –aunque diferenciadas– son cometidas por dos personas, en donde el primero realiza solamente el acto preparatorio y, el segundo, utiliza dicho aporte para cometer el hecho principal.

3.2. Características del delito preparatorio según Alonso Rimo

Asimismo, el autor mencionado en los párrafos precedentes, señala que se pueden identificar hasta cuatro características esenciales de los delitos preparatorios. En primer lugar, se hace referencia a la *dependencia valorativa respecto del hecho principal*. Sobre ello, como se trata de delitos que facilitan la comisión de un hecho principal, poseen como elemento típico la conexión entre la conducta preparatoria y el hecho principal, dicha relación debe hallarse en la redacción del ilícito preparatorio.

En ese sentido, como refiere Rimo, lo descrito no es simplemente un rasgo de este tipo de injustos, sino que en realidad sirve para justificar el castigo penal a través de estas formas de incriminación. Ahora bien, no se debe confundir la existencia de ciertos delitos que –como regla general– podrían facilitar la comisión de otros con lo que se concibe como delito preparatorio. Por ejemplo, el tipo penal de tenencia ilegal de armas normalmente podría suponer un paso previo para la comisión de otros delitos, lo mismo podría ocurrir en el delito de conducción en estado de ebriedad, al que le podría proseguir un delito de lesiones u homicidio; sin embargo, lo característico de estas conductas para no ser calificadas como preparatorias es que, –justamente– la propia tipificación de estos delitos, no tiene relación con el bien jurídico protegido en el ilícito principal.

Otra característica de los delitos preparatorios radica en el *doble componente del injusto*. Esto implica que tiene que haber un doble dolo: primero, el

querer cometer la conducta preparatoria como tal y, segundo, tener la intención y conocimiento de que —realizando esta conducta preparatoria— se favorece la comisión del delito principal. Por ello, como señala la doctrina especializada, normalmente los delitos preparatorios se encuentran tipificados como delitos de tendencia interna trascendente.

Al respecto, cabe aclarar que lo expuesto no significa que, todo delito de tendencia interna trascendente, puede ser considerado automáticamente como un delito preparatorio. Por ejemplo, el tipo penal de lavado de activos, como lo establece gran parte de la doctrina, ostenta como elemento subjetivo dicha característica, ya que los actos del lavador tienen la finalidad de ocultar la identificación del bien ilícito o, en todo caso, imposibilitar su incautación; no obstante, ello no le otorga la esencia de delito preparatorio.

En tercer lugar, se tiene que todo delito preparatorio contiene una *fase propia de ejecución material*. Es importante aclarar esto porque se podría caer en la confusión acerca de que, la imputación de un delito preparatorio, necesariamente supone hacer lo propio con el principal. Evidentemente, si esto fuese así se estaría atentando contra un Derecho Penal garantista que demanda el cumplimiento y el respeto del principio de ofensividad, incluso, del principio *ne bis in idem*, toda vez que el legislador no puede crear dos tipos penales que posean la misma acción típica. Entonces, cuando se menciona que el delito preparatorio tiene que tener una fase propia de ejecución material, se hace referencia a que debe tener dicha etapa de ejecución o de comisión de actos objetivos que sea propia del delito en cuestión.

Por último, se tiene como característica el *peligro mediato*. Esto implica, por un lado, que los delitos preparatorios se encuentran en una fase previa a la lesión, por lo que no están tipificados —o no deberían estarlo— como delitos de lesión; sin embargo, encontrarse en dicho estado previo no supone la renuncia a la vigencia del principio de ofensividad, ni mucho menos, el abandono a la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por lo tanto, todo delito preparatorio tiene como particularidad encontrarse tipificado, por un lado, como un delito de peligro abstracto, lo cual establece como necesidad la labor de esclarecer cuál es el objeto de protección de ese delito. Por ejemplo, en el delito de sicariato resulta evidente que el objeto de protección es la vida e integridad física de la persona; mientras que, en el delito de conspiración al sicariato, no se protege la vida directamente, sino que se considera que ciertos actos tienen tal lesividad que ha sido necesario intervenir para anticipar dicha lesión al bien jurídico principal.

Sin embargo, que lo expuesto como característica del delito preparatorio no desplaza que sea menester realizar un análisis dogmático, en aras de poder valorar –en clave de principios– si es que esa calificación respeta el marco constitucional y legal. De lo contrario, se podría llegar a extremos como –verbigracia– sucede en Estados Unidos, donde –como parte de una estrategia agresiva de tipificación– existen tipos penales que sancionan, por ejemplo, al vendedor de droga cuando el comprador muere como consecuencia del consumo. Es decir, se trata de tipos de anticipación penal que parecen establecer un supuesto de responsabilidad objetiva; de manera tal que, si el vendedor conoce la alta peligrosidad del producto y el comprador muere; entonces, el primero asumiría una responsabilidad penal. Claramente, esto viola el principio del hecho propio y de culpabilidad.

3.3. Análisis comparativo de un delito preparatorio

Al respecto, si se realiza un análisis de equiparación de lo que se ha regulado como un delito preparatorio en contraposición de su respectivo tipo base; entonces, de un lado, se tiene –por ejemplo– como *delito principal*, la conducta tipificada en el artículo 162° del Código Penal, que castiga la *interferencia telefónica*. Este establece:

“El que, indebidamente, interviene o interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años”. (las cursivas son propias)

De otro lado, se encuentra el tipo penal contemplado como *delito preparatorio de posesión o comercialización de equipos destinados a la interceptación telefónica o similar*; establecido en el artículo 162- A° del Código Penal, el cual proscribire lo siguiente:

“El que fábrica, adquiere, introduce al territorio nacional, posee o comercializa equipos o software destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones o similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 15 años” (las cursivas son propias)

Entonces, como se mencionó anteriormente, el delito preparatorio debe ostentar una dependencia valorativa. Esta característica se evidencia cuando –en la redacción del artículo 162-A°– se establece que la *fabricación, adquisición o introducción* de equipos deben estar *destinados a interceptar*; de esta manera, se entiende que “interceptar” supone la conducta del delito principal.

Por otro lado, lo expuesto se constata en la *anticipación penal permitida*. En ese sentido, queda claro que el artículo 162° del Código Penal sanciona el

acto de interceptación o de intervención de las telecomunicaciones; mientras que, en el artículo 162-A°, tal conducta no forma parte del castigo; sino que se está anticipando la protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Además, una de las características de este delito es que se halla tipificado como uno de *tendencia interna subjetiva trascendente*. En consecuencia, se constituye cuando el tipo penal establece que los actos proscritos están “destinados a interceptar ilegalmente”. Finalmente, que sea un delito preparatorio no implica renunciar a que ostenten actos típicos diferenciados del principal; por ello, los actos típicos del artículo 162-A° (fabricar, adquirir o introducir) son distintos a los del 162° (intervenir o interferir), en razón de que los delitos preparatorios tienen una *fase propia de ejecución*.

4. Actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos

Sobre este punto, se deben tener en cuenta los riesgos que reviste la tipificación de ciertos tipos penales como delitos autónomos –no solo lo concerniente a la categoría de los delitos, sino incluso a su propia legitimidad–, toda vez que –en esencia– se trata de ilícitos de preparación delictiva. Así, podría suscitarse el caso de delitos que –aparentemente– parecen establecidos normativamente como independientes; sin embargo, no lo son, sino que se trata de delitos preparatorios. Al respecto, cabe realizar la aclaración terminológica de la primera de las acepciones; de este modo, se refieren a delitos autónomos cuando se encuentra tipificados de manera diferente al principal, pero que –en realidad– mantienen cierta conexión con este. Ejemplo de ello se puede advertir en la negociación incompatible –considerado personalmente como delito preparatorio– respecto del delito de colusión.

4.1. ¿Cuál es la relación entre el delito de negociación incompatible y la colusión desleal?

En primer lugar, la doctrina y jurisprudencia nacional ha mencionado constantemente la diferenciación de estos delitos. Evidencia de ello se recoge en la Casación N° 841-2015/SPP, donde se estableció que: “*el delito de negociación incompatible tenía una naturaleza subsidiaria frente a las conductas como el cohecho o la colusión*”. En la misma línea se pronuncia en la Casación 542-2017/SPT, cuando refiere que: “*técnicamente no existe ni colusión simple ni agravada, sino dos delitos afines, pero notoriamente distintos e independientes entre sí. en todo caso la nomenclatura apropiada sería para el primer párrafo conspiración colusoria y para el segundo, colusión desleal*”.

Por otro lado, más allá de los citados fallos jurisprudenciales, en la doctrina se encuentra también –unánimemente– la diferencia existente entre ambos delitos. Así, como indica Castillo Alva: “mientras en el delito de negociación incompatible hay una sola voluntad –la del funcionario–, en el delito de colusión hay dos voluntades”. En otras palabras, mientras en la negociación incompatible el acto típico es el *interés indebido*; en la colusión recae en la *concertación*. Además, la colusión es un delito bilateral; en cambio, la negociación es unilateral.

A pesar de que la Casación 841-2015/SPP haya producido algunas interrogantes dogmáticas –tales como la conclusión acerca de la imposibilidad de complicidad en este delito, aspecto que contradice otra jurisprudencia, que sí la admite–; lo cierto es que se sigue propugnando que la negociación incompatible es un delito unilateral. Es más, el profesor Raúl Pariona argumenta que no resulta posible un concurso entre ambos ilícitos, toda vez que señala: “*no existe concurso entre el delito de colusión y el delito de negociación, pues se tratan de tipos penales independientes. La colusión es bilateral y exige la concertación, sin embargo, el delito de negociación es bilateral*”.

En ese sentido, también se ha pronunciado Reátegui Sánchez al establecer que: “*la diferencia (entre ambos injustos) estaría en la forma o los medios de afectación del interés patrimonial del Estado: en uno es a través de la concertación de dos personas, y en el otro es a través del interés unilateral del sujeto especial*”. Y Rojas Vargas cuando indica que: “*No es exacto equiparar la negociación incompatible a una fase de tentativa del delito de colusión defraudatoria, pues éste posee un componente de tipicidad objetiva que le es inexistente a aquella*”.

4.2. El delito de negociación incompatible como delito preparatorio

Frente a esta posición dogmática han existido objeciones. Por ejemplo, se sostiene que, si se observa la redacción y ubicación en el Código Penal del delito de negociación incompatible; entonces es posible arribar a dos conclusiones: En primer lugar, no puede tratarse de un delito preparatorio de la colusión, debido a que se encuentra regulado en otra sección. Lo expuesto resulta cierto; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la colusión debería sistematizarse al lado del tipo penal de negociación incompatible, en contraposición a como se halla –equivocadamente– contemplada, esto es, en el capítulo de delitos de corrupción de funcionarios. Asimismo, el sector mayoritario de la doctrina, ha argumentado que no puede ser un delito de preparatorio porque se trata –en realidad– de un tipo penal autónomo. Y, por último, porque no ostenta la finalidad característica que la doctrina identifica para poder calificarlo como delito de preparación.

Sobre esta última acotación, es menester señalar que, si se analizan ambos ilícitos, entonces se llega a la conclusión de que *comparten el fundamento de la imputación penal*, es decir, la infracción de los deberes de gestión de los intereses patrimoniales; o, si ello no resulta suficiente, la contravención a la imparcialidad pública. Hasta la actualidad, no ha sido posible encontrar algún autor que sostenga que el fundamento de imputación en uno y otro delito sea diferente. Vale aclarar que la referencia alude a los fundamentos de imputación, no a los actos típicos.

Por otro lado, *la negociación incompatible no es realmente un delito independiente* porque —en realidad— forma parte del iter criminis del delito de colusión. Ergo, los dos delitos tienen un mismo ámbito de acción: independientemente que la especificación de la colusión no sea la misma que en la negociación incompatible, ambos delitos operan en contratos y operaciones estatales; sino que —en algún momento— el legislador decidió ser más claro y utilizar un fraseo diferente, el cual ha seguido de la doctrina española y argentina. Por lo tanto, la negociación incompatible refiere a la primera parte del *iter criminis* de la colusión, en donde se sanciona a aquel funcionario público por interesarse en el contrato. Luego, se suscita el segundo paso, que es cuando se logra probar que —en el direccionamiento del contrato— ha quedado patentado un acuerdo de colusión. Por último, se llega a la acreditación de dicho acuerdo colusorio y —por ende— el daño patrimonial surgido. Así, como bien menciona Jakobs: “*se puede fragmentar el injusto correspondiente al estado de la lesión en diversos injustos parciales*”.

5. Reflexiones finales

Finalmente, resulta importante realizar algunas reflexiones finales al respecto. En primer lugar, se debe tener en cuenta lo que supone la preparación delictiva, relacionado con una de las demandas que también establece nuestro Derecho Penal garantista: *la proporcionalidad de la pena*. En ese sentido, al realizar un estudio pormenorizado de los tipos penales preparatorios y sus respectivos delitos principales, se puede advertir que —en la mayoría de supuestos— la pena del delito preparatorio es igual o mayor que la del delito principal. Esto se evidencia, por ejemplo, en las sanciones impuestas en los artículos 162° y 162-A°, los cuales han abordados con anterioridad.

En segundo lugar, es menester identificar un delito preparatorio; ya que ello conlleva que —como tal— *no se debería imponer una pena más alta o igual que la del delito principal*. Asimismo, en tercer lugar, se rechazan las formas imperfectas en ilícitos como la negociación incompatible y —lógicamente— en todo delito preparatorio, porque ya se está anticipando la intervención del Derecho Penal.

Por último, es primordial propugnar el *respeto por el principio de ofensividad* y, también, *encontrar el fundamento de la punición de cada conducta*, en aras de entender si es que dicha tipificación realizada por el legislador —efectivamente— cumple con las garantías que el Código Penal demanda.

Legítima defensa y violencia familiar*

Mariella Lekinza Valcárcel Angulo**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Tratamiento internacional de la violencia contra la mujer / 3. Tratamiento nacional de la violencia contra la mujer / 4. COVID-19 y violencia familiar / 5. Legítima defensa y violencia familiar / 5.1. Incorporación de conceptos / 5.2. Legítima defensa como supuesto justificación / 5.3. Finalidad de la legítima defensa en el contexto de violencia familiar / 6. La legítima defensa en el contexto de violencia familiar / 6.1. Análisis de los elementos propios de la legítima defensa / 6.1.1. Agresión ilegítima / 6.1.2. Inmediatez / 6.1.3. Necesidad racional del medio empleado / 6.2. Propuestas de elementos de análisis / 6.2.1. Móvil en la víctima que despliega la legítima defensa / 6.2.2. Desbalance en la capacidad física de respuesta / 6.2.3. Deberes de protección mutua / 7. Conclusión.

1. Introducción

Actualmente, existe una necesidad de abordar una serie de temas que no solo conllevan un riguroso análisis, sino también el cuestionamiento de instituciones y parámetros que –producto de la intervención del Derecho Penal en ellos– conllevan a que se deba enfatizar en el conocimiento del marco en que fueron los postulados. Además, si los parámetros en los cuales han sido definidos, se mantienen intangibles hasta el día de hoy en

* Conferencia Virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuenta con un Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca de España, realizó estudios en Derechos Humanos por la Lund University y el Instituto Raoul Wallenberg de Suecia, así como en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en Costa Rica, fue Asesora Legal de la Secretaría de Integridad Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Viceministerio de Justicia del MINJUSDH, actualmente es Directora General de Asuntos Criminológicos y es Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Política Criminal. Asimismo, es miembro de la Comisión de Gracias Presidenciales y, además, es docente de Criminología y Derecho Penal Empresarial en la Universidad Continental.

todas las categorías donde estos pueden aplicarse. Un claro ejemplo, es el caso de la legítima defensa en un contexto de violencia de género.

En el marco de lo anterior, resulta importante tomar en cuenta que –muchas veces– estas instituciones han sido concebidas bajo visiones que, con el devenir del tiempo, puedan ser consideradas como ostentadoras de elementos sesgados o, incluso, que puedan estar plagadas de una serie de estereotipos.

Ante ello, el derecho penal no es ajeno; por eso, existen ciertos comportamientos que han revelado la necesidad de que –cada vez– se deba ser más incisivo en aras de quebrantar estas categorías pensadas como inmodificables, pétreas y que, además, podían tener adelantamientos o prejuicios, sobre todo en lo relacionado a quienes se aplican o imponen, o acerca del comportamiento sobre el cual se evalúan, otorgando ciertos niveles de desvalor más allá de lo que específicamente debería analizarse por parte del comportamiento. Asimismo, muchos de estos prejuicios están contruidos sobre estándares sociales que se consideraron como válidos en su oportunidad, pero que –actualmente– no permiten un análisis desde el enfoque de justicia.

Las características anteriormente mencionadas, aparecen de forma más palpable en muchos de los casos en situaciones de diferentes manifestaciones de violencia de género. Por ello, de antemano, es necesario recalcar que la violencia de género se encuentra presente y afecta a todas las mujeres, sin distinción. No obstante, lamentablemente, este tipo de agresión ha sido tan normalizada en la sociedad que –en muchos de los casos– pasa desapercibida. Este es un problema que se reporta especialmente como resultado de las grandes desigualdades y los patrones de violencia existentes en muchos países, los cuales –principalmente– generan dicha concepción machista con respecto al rol de la mujer; y que se halla arraigada tanto en el Perú como en América latina y el mundo en general.

2. Tratamiento internacional de la violencia contra la mujer

En el año 2013, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoció que la violencia contra las mujeres y niñas persistía a niveles alarmantes, señalando que el 35% de las mujeres a nivel mundial habían sido víctimas de violencia física y/o sexual, la cual puede ser ejercida por su pareja o –en algunos casos– por una persona distinta a ella.

Asimismo, en el 2020, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señala que 1 de cada 3 mujeres ha sufrido, alguna vez en su vida, algún

episodio de violencia física y/o sexual. Además, sostiene que —en torno al agresor— la violencia que más acontece es la que se desarrolla en el ámbito de pareja; siendo el feminicidio una de las manifestaciones más graves. Este —en la mayoría de casos— se produce como acto final de todo un *continuum* de violencia. Particularmente, estos actos suelen ser cometidos por la persona con la que se establece un vínculo sentimental, e —inclusive— llega a construirse en un entorno familiar. Así lo ha reconocido, desde el 2014, la Oficina Regional para América Central del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

3. Tratamiento nacional de la violencia contra la mujer

El concepto de violencia contra la mujer se mantiene hasta la fecha; por ello, en la tipificación del Código Penal se encuentra un apartado exclusivo que evidencia dicha connotación especial de violencia. Así, el artículo 108-B° señala como uno de los elementos configurativos del tipo que el delito cometido contra las mujeres debe ser “por su condición de tal”. Además, los escenarios en que este se lleva a cabo suelen ser violencia en el entorno familiar, coacción, hostigamiento, acoso y una serie de otras modalidades en las que existe una situación propia de un abuso al poder, confianza o cualquier otra posición, que le confiere al agresor una calidad de autoridad frente a la víctima. Es decir, se resalta la capacidad de subyugación y dominio que el sujeto activo posee frente a la víctima, que se suscita en un contexto de discriminación contra la mujer, independientemente de si existe o haya existido algún vínculo en particular, ya sea conyugal o de convivencia.

4. COVID-19 y violencia familiar

En los últimos dos años, a propósito de la situación de pandemia generada por la COVID-19, la violencia doméstica y la suscitada en el ámbito de pareja se han venido intensificando debido al aumento de una serie de condiciones particulares que, desde las relacionadas a los cuidados que debe tener la víctima consigo misma al verse encapsulada con su agresor —también denominadas circunstancias específicas—; hasta las que afectan a todos —o generales—, tales como los problemas de asistencia para suplir las necesidades, la interrupción de redes de apoyo, limitaciones para ciertos niveles de acceso servicios, entre otros más que han ido aumentando las condiciones de estrés dentro del hogar; lo que, a su vez, ha tenido una réplica en el incremento de las situaciones de riesgo de mujeres.

En ese sentido, las Naciones Unidas ha reportado que —durante el primer año de la pandemia, en el primer trimestre del 2020— se observaron aumentos de hasta más del 25% de casos reportados por violencia en los países, incluso en los que ya existen mecanismos de denuncia.

La lógica descrita debe ser aterrizada en las diversas manifestaciones de violencia, tal como el feminicidio, en el que la agresión es íntima, pues se presenta en aquellos casos en que la víctima mantiene o ha mantenido una relación de pareja con el homicida; y, en realidad, se incluyen en estos casos la relación familiar que se logra establecer con el agresor.

5. Legítima defensa y violencia familiar

Una vez esclarecido el contexto en el cual se erige el espíritu crítico acerca de por qué se debe entender la situación de la legítima defensa, resulta primordial verificar si esta existe frente a aquellos ataques en los cuales la víctima se encuentra en un contexto de violencia familiar, en aras de dilucidar si debe analizarse en el mismo nivel de parámetros y límite o si es que esta situación en especial conlleva la necesidad de realizar una evaluación acerca de cuál es la interpretación que debe darse a los elementos de la legítima defensa.

Asimismo, se debe tomar en consideración que la situación de violencia familiar o intrafamiliar responde a una constante: la situación de permanente agresión. Ello resulta de vital importancia, pues es lo que se tomará en cuenta cuando la víctima busque repeler, frenar, controlar o generar un espacio de cese de esa situación de agresión, la cual puede ser manifiesta o latente. De esta forma, será posible cuestionar si —en ese contexto— puede considerarse que la víctima actuó con legítima defensa.

Luctuosamente, los contextos de violencia familiar poseen un alto nivel de tolerancia social, ya que estos comportamientos han sido considerados como connaturales dentro de las dinámicas de la propia familia. No obstante, en este punto surge la interrogante acerca de qué sucede cuando —precisamente— las consecuencias de estos fenómenos, derivados de la creciente escalada de violencia contra las mujeres, causan la muerte de sus agresores.

5.1. Incorporación de conceptos

Esta situación genera la necesidad de comenzar a incorporar ciertos conceptos propios del estudio de la violencia de género para que el sistema de justicia, en su rol de tutela, otorgue una respuesta institucionalizada ante los contextos que pudiesen suscitarse; entre los que se encuentran, por ejemplo, el síndrome de la mujer maltratada o el síndrome de la indefensión aprendida. Asimismo, se debe analizar si resulta válido afirmar que dichas circunstancias especiales —que se dan en el marco de una violencia familiar— pueden influir en los elementos que van a ser juzgados por quienes integran el sistema de justicia, en aras de poder evaluar si se trata de

una respuesta admitida o aceptada jurídicamente para –a la par– poder frenar esa situación de violencia; y, en esa medida, determinar si es posible que se trate de un elemento exculpante de responsabilidad penal.

Por otro lado, se debe partir identificando que el Estado ha considerado que es necesario reconocer que no siempre va a ser suficiente satisfacer los elementos de antijuricidad y que, además, no en todo momento va a estar presente el injusto como normalmente se conoce; sino que existen conductas que pueden reunir todos los requisitos de lo que se entiende como tipicidad, así como el hecho de que se trata de un comportamiento prohibido, en el que puede advertirse –sin embargo– la legítima defensa, denotando un precepto estatal permisivo que descarta este componente de antijuricidad; ello determina que no se trata de un supuesto de injusto.

5.2. Legítima defensa como supuesto justificación

Además de lo mencionado con anterioridad, se debe tomar en cuenta que existe una diferencia entre los supuestos de atipicidad y los correspondientes a la justificación, ya que –en caso de la legítima defensa– lo que se analiza no es el desconocimiento de la existencia de un supuesto típico; sino que hay una permisibilidad de reconocida –en el plano normativo– que genera precisamente la ausencia de antijuricidad, lo que conlleva –a su vez– a categorizar como exculpantes a ese tipo de comportamientos.

5.3. Finalidad de la legítima defensa en el contexto de violencia familiar

La legítima defensa parte de la necesidad de garantizar que se permita una adecuada protección, por parte del Estado, frente a todo tipo de ataque injusto inmotivado, ilícito, que lesionó o que pueda poner en peligro bienes jurídicos que, además, han sido considerados de especial valor por el Derecho Penal.

En ese sentido, implica reconocer válidamente que la víctima no debe ni tiene por qué soportar el injusto del agresor; por lo que, basado en esta idea concreta, se debe partir de que la legítima defensa reporta una necesidad de protección; empero, también, una urgencia de reafirmación o de mantenimiento del propio orden jurídico.

De esta manera, en cuanto a la línea de protección, se tiene –por un lado– la búsqueda de la defensa de la víctima y sus derechos; mientras que, por el otro, reporta el mantenimiento o reafirmación del orden jurídico, negando que este tipo de injustos deban aceptarse o que la víctima tenga que someterse a ellos, esperando que –posteriormente– estos se enjuicien.

6. La legítima defensa en el contexto de violencia familiar

Sobre esta base, es menester categorizar si esta causa de justificación puede ser trasladada a un tema de violencia de género, donde se pueden identificar algunos problemas que conllevan un cuestionamiento que versa en torno a si realmente se trata de un supuesto de legítima defensa.

6.1. Análisis de los elementos propios de la legítima defensa

6.1.1. Agresión ilegítima

En primer lugar, cuando se hace referencia a una agresión inicial, la legítima defensa requiere necesariamente de una agresión ilegítima, es decir, que esta debe provenir de una situación de peligro que pueda recaer en una lesión, un daño o un perjuicio al individuo víctima o sobre sus intereses jurídicos; y, además, que suponga una contradicción al propio ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, tiene que ser contrario a lo que se reconoce como jurídicamente aceptado.

Ahora bien, a pesar de que ya se cuenta con una regulación pertinente, donde se rechaza expresamente la violencia de género en todas sus manifestaciones; así como, supuestos específicos de modalidades propias dentro del Código penal –tales como las que refieren a situaciones de lesiones leves o graves que se suscitan en el marco de la violencia contra la mujer o integrantes del núcleo familiar–, no necesariamente se debe considerar una constante en absolutamente todos los supuestos. Es decir, no siempre ha habido un discurso completamente claro acerca de la reprochabilidad de este tipo de agresiones en un plano de reconocimiento normativo; toda vez que, en realidad, no siempre la concientización acerca del desvalor de este tipo de comportamientos se ha desarrollado paralelamente con un reconocimiento del plano normativo de estos conceptos de acciones. En esa medida, la idea de la legitimidad de los comportamientos no solo reporta que las normas penales categorizan o consideran que estas son ilegítimas; sino que se hace referencia, en general, a que es todo el ordenamiento jurídico quien le otorga una connotación de antijuridicidad a estas agresiones.

En suma, se debe partir de la premisa de que, todo tipo de violencia –por suponer un acto reñido al ordenamiento–, ya de por sí implica una agresión ilegítima.

6.1.2. Inmediatez

Otro elemento de análisis consiste en la inmediatez de la respuesta que se otorga para contener la concretización de la agresión. En ese sentido, se

deben replantear los límites temporales de la acción defensiva reconocida y que –además– se encuentre permitida por la legítima defensa, pues –normalmente– se parte reconociendo que la amenaza ostenta la característica de ser inmediata; por lo que, además, se entiende esta se seguirá dando hasta que haya cesado la actividad lesiva o cuando las consecuencias de dicho accionar no puedan retrotraerse ni neutralizar sus efectos. De esta forma, se sostiene que no puede regresarse a la situación en la que se encontraba la víctima o todos los bienes jurídicos afectados antes del inicio de esta situación de agresión.

Asimismo, en lo concerniente a la agresión o la ejecución actual de la misma, la inminencia conlleva a suponer que la visión de inmediatez descrita con anterioridad podría llegar a ser una limitante a la aplicación de la legítima defensa en contextos de violencia permanente, debido a que la agresión –finalmente– tiene que ser considerada al momento de la propia ejecución y no solamente en un espacio de reconocimiento, como resulta cuando existe un plano cronológico entre la agresión y la defensa.

Por otro lado, la agresión se contempla como la manifestación de la posibilidad de su concreción, así como el hecho de que, la realización de esta, proviene estrictamente de la voluntad del agresor; es decir, no solamente se asume que necesariamente se trata de un supuesto de agresión ilegítima cuando se está concretando en ese mismo momento, sino que incluso el alto riesgo –por la situación potencial en la que se pueda presentar– genera una serie de manifestaciones que permiten, por ejemplo, los ciclos de violencia en los que existe un devenir de comportamientos constantes, los cuales pueden suponer diferentes niveles de intensidad.

No obstante, la víctima no tiene capacidad alguna de poder determinar cuándo se va a concretizar esta amenaza permanente ya que este aspecto pertenece al arbitrio o decisión de la propia voluntad por parte del agresor. En esa línea de ideas, cuando se evalúa la posibilidad de identificar la inminencia, se recoge –por ejemplo– lo que el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) establece como supuesto de evidencia en casos de violencia familiar o intrafamiliar, en esta existe una posibilidad cierta de un ataque, donde la víctima finalmente va a terminar sufriendo una agresión inminente, porque se encuentra en un constante estado de posible agresión producto del ciclo de violencia en el que se encuentra inmersa. El agresor puede practicar la violencia frente a cualquier detonante; empero, no debe pensarse que la modalidad de la violencia va hacer siempre la misma, sino que existen diferentes espacios, escaladas, niveles e intensidades que se van presentando en su devenir. Por ejemplo, en algunos momentos será una violencia psi-

cológica; pero, otros días, se reportará una violencia física o hasta sexual.

6.1.3. Necesidad racional del medio empleado

El concepto de racionalidad surge para analizar las herramientas o recursos de defensa a los que recurre la víctima con el propósito de repeler el ataque. Al respecto, anteriormente se empleaba la categoría de la proporcionalidad de los medios; sin embargo, se abandonó esta lógica en aras de empezar a incorporar un análisis correspondiente a la racionalidad. Esta ha venido a reemplazar o moderar el nivel de exigibilidad o de evaluación respecto del tema de la proporcionalidad del medio al que recurre la víctima.

Por racionalidad debe tenerse en cuenta, en el juicio o la evaluación de la situación en concreto al momento de la agresión, si la forma de respuesta que esta ha otorgado conllevó al empleo de ciertos medios insólitos o groseros, los que –además– han sido sobre reaccionados frente la situación en la cual se encontraba. Entonces, lo que se busca es limitar que se genere una sobrerrespuesta frente a la agresión ilegítima. Este no es un caso específico de la violencia intrafamiliar o familiar, sino que –en general– la legítima defensa busca tomar en consideración cierto nivel de particularidades, porque no todas las situaciones, contextos o víctimas, reportan o presentan condiciones que podrían estar presentes dentro de la lógica del hombre promedio, pues cualquiera podría no reaccionar de la misma forma.

De esta manera, existen particularidades especiales que deberán ser objeto de una evaluación, para poder determinar su validez con respecto a los medios que fueron usados para contener esa situación de agresión, ya que, en algunos casos, las defensas a las cuales se recurren sí pueden considerarse excesivas frente a la agresión inicial; perdiendo entonces la legitimidad frente a la admisibilidad que se concede normativamente para poder reprimir ese tipo de ataques.

Por lo tanto, si se realiza un recuento, se obtiene que la racionalidad no significa que la víctima –quien va a recibir una agresión ilegítima, o que se encuentra en una situación de riesgo inminente– puede accionar sin limitación alguna para evitar o frenar dicho ataque; así como tampoco implica que podrá actuar de una única determinada forma, fijada por una suerte de límite genérico; porque, como no todos tienen la misma capacidad de reacción, ni los mismos medios, no poseen las mismas actitudes para frenar el ataque.

En esa medida, es importante que se entienda que la racionalidad no so-

lamente limita al medio, sino también supone la evaluación de la misma defensa; y es por ello que significa –además– una suerte de evaluación de cuáles son los bienes jurídicos en los que hay una suerte de conflicto frente al propio ataque que puede generar una lesión.

6.2. Propuestas de elementos de análisis

6.2.1. Móvil en la víctima que despliega la legítima defensa

Sobre este punto, si bien no se trata de un elemento normativo, sí ha sido reconocido por parte del análisis casuístico. En consecuencia, se examina si la víctima –al momento de repeler el ataque, o la posibilidad de concretar la amenaza que versa sobre la agresión de sus bienes jurídicos– lo hizo o no con el propósito de desplegar un acto de defensa. Por ello, es necesario evaluar –por un lado– si hubo una conciencia real de la víctima acerca de su posición como sujeto de una agresión; y, por otro, si esta lo hizo como una suerte de acto mecánico, con la intención de defenderse.

Este elemento resulta de suma importancia; pues, debido a la normalización de la violencia, no en todos los casos la víctima ha reconocido que está ante una situación de agresión –no se reconoce necesariamente como víctima– ya que se encuentra en situaciones en las que se suscitan agresiones constantes. Verbigracia, en el supuesto donde una mujer es maltratada y desarrolla el síndrome de la indefensión, se debe analizar que la víctima es consciente de la agresión sufrida y que esta es ilegítima; ergo, tendría que defenderse, mas su actuar responde a la intención de cesar la serie de violencia que le ejercen. Este tipo de categorías y elementos deben ser incorporados en el análisis de la legítima defensa, pues su inclusión responde a la legitimización de la violencia en un ámbito familiar o de pareja, donde –además– existe el condicionante de la prevalencia de una situación de superioridad del agresor, que ya ha sido aceptada; así también, se asume –en la práctica de roles intrínsecos en dicho vínculo– que la víctima le debe una suerte de obediencia. Este comentario no es ajeno a la realidad, puesto que rememora diversos pronunciamientos en los que se reconoce que *“ha habido un grado de provocación por parte de la víctima que valida y legitima la agresión, por no haber hecho algo que el agresor pidió, o por no cumplir deseos comportamientos que se dan por sentado como perfectamente naturales dentro de esta situación en un espacio familiar e íntimo”*. Ergo, el propio agresor está realizando un comportamiento de corrección, que –lamentablemente– no en todos los casos se identifica dicho comportamiento agresivo como una agresión ilegítima.

6.2.2. Desbalance en la capacidad física de respuesta

Es relevante que, frente a la lógica de la legítima defensa, se evalúen los específicos contextos de violencia; ya que las víctimas no necesariamente van a ostentar condiciones para poder equiparar sus respuestas a los ataques practicados en su contra; además, también presentan dificultades para reaccionar de manera instantánea ante el ataque constante en que se encuentran por parte de sus agresores.

En esa línea, otro elemento importante radica no solo en el desbalance de poderío, en cuanto al rol asignado en el que siempre existió la preponderancia entre el agresor y la víctima; sino que, en muchos de los casos, también se está frente a situaciones de un comportamiento absolutamente objetivo, cuyo elemento fáctico implica el desequilibrio existente en torno a la capacidad física de responder a dichos ataques. En consecuencia, resulta pertinente contemplar un enfoque más flexibilizado con respecto a este tipo de elementos.

6.2.3. Deberes de protección mutua

En consecuencia de lo expuesto en los párrafos precedentes, otro componente relevante que debe ser reajustado es el concerniente a la existencia de una constante en la relación –presente en las diferentes manifestaciones de agresión– que se suscita en los escenarios de violencia. De igual modo, en lo referente a los deberes de protección mutua entre los integrantes de las que redes o relaciones de familia.

Al respecto, se asume –necesariamente– que entre los miembros de un entorno familiar se configura una relación de confianza en la que existe una suerte de protector o de garante que debe evitar un daño perjudicial frente a los que integran este espacio, sobre todo en las relaciones de pareja. Normalmente, se acepta que la persona que debe cautelar y proteger debe ciertos comportamientos de solidaridad, afecto y cuidado.

Esta mención es relevante, pues en los casos en los que se trasladan prejuicios y preconcepciones –dentro de la visión del entorno familiar– se le atribuye a la víctima que no debió reaccionar de dicha forma (legítima defensa) toda vez que, a pesar de ser la víctima, también es pareja del agresor y por ello tiene que evitar realizar el menor daño posible contra él, sin importar si esa fue la única forma que tuvo para poder repeler o contener la situación de riesgo, porque se asume que existen estos deberes especiales inherentes a la pareja que implican una prevalencia del derecho del agresor frente a los de la víctima.

No obstante, se debe tomar en cuenta que estos vínculos, que se dan por sentados dentro de esas relaciones de garantía, se quebrantan en el momento en el que se presentan los episodios de maltratos constantes o recurrentes, o la situación de violencia permanente en la cual se encuentran las víctimas, ya sea de carácter físico, sexual, económica o incluso psicológica. Dicho de otro modo, finalmente, el hecho de la agresión ilegítima por parte de los miembros de esa relación de confianza, hace que ya no pueda suponerse que a la víctima se le tenga que imponer una relación de cuidado y, en la misma medida, no puede ser impuesta al mismo agresor.

Es así que, estos deberes de protección mutua, solo deben ser susceptibles de análisis si es que en realidad existe una relación permanente de manera intacta, pero al estarse examinando la legítima defensa ya se presupone una agresión ilegítima que rompe ese vínculo especial.

7. Conclusión

En conclusión, se afirma que —en efecto— sí es posible la aplicación de este concepto como un elemento excluyente de responsabilidad de la víctima de violencia familiar por defenderse de su agresor. En ese sentido, es necesario que se genere una suerte de reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa, en la medida que estos sean analizados necesariamente con un enfoque de género, donde se reconozca la realidad de las mujeres que son víctimas y están sometidas a dicha situación de violencia latente y constante dentro de un espacio íntimo que debería ser de protección, ya que se trata del seno mismo de la familia.

Por otro lado, se deben tomar especiales consideraciones en estos contextos de violencia, caracterizados por dinámicas de desigualdad en los que uno de los miembros ostenta una posición dominante. Además, es importante reconocer un concepto que la OMS ha llamado como “la ruta crítica”, mediante el que se busca tratar de categorizar el camino —especialmente duro— por el cual la mujer víctima de violencia de maltrato debe pasar, en aras de quebrantar el ciclo de violencia. Por ende, es menester considerar que, todos los elementos configurativos de la situación, deben ser analizados para determinar la posibilidad de respuesta a la que pudo acceder la mujer en este tipo de contextos especiales; más aún, cuando —además— el resultado final ante la actuación defensiva (legítima defensa) termina conllevando a algún tipo de lesión o incluso la muerte por parte de su agresor.

Aportes para la delimitación teleológica de los actos de “connotación sexual” o “libidinosos” en el artículo 176° del Código Penal*

Luis Miguel Reyna Alfaro**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema / 2. El bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual sin acceso carnal / 2.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido / 2.2. La lesividad de la libertad sexual en los delitos de abuso sexual sin acceso carnal / 3. La conducta típica en el delito de actos contrarios al pudor / 3.1. La descripción típica de los actos contrarios al pudor / 3.2. La conducta típica: “tocamientos”, “actos de connotación sexual” y “actos libidinosos” / 3.3. Acercamiento desde la Jurisprudencia / 4. Conclusiones / 5. Referencias bibliográficas

1. Planteamiento del problema

Dentro de las tipologías criminales que conforman el núcleo duro del Derecho Penal, los delitos sexuales ocupan un lugar preferente no solo por la alta tasa de criminalidad emergente¹ sino por el impacto que suele generar colectivamente, sobre todo cual se produce dentro de contextos intrafamiliares. Ese impacto colectivo y su trascendencia social suelen influenciar no solo los procesos de criminalización primaria, sino también los de criminalización secundaria, expresados en la aplicación de la ley penal en los casos concretos.

No será este el lugar para abordar pormenorizadamente los impactos de la *justicia mediática* en los procesos de criminalización², pero si es importante

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Granada, España.

1 Se puede contrastar ésta afirmación con la proporcionada por INEI, *Anuario Estadístico de Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2011-2017*, (Lima: INEI, 2019), p. 92 y ss.

2 Hay que reconocer que estamos frente a una parcela del núcleo duro del Derecho Penal que es especialmente sensible a la influencia de los *mass media* (medios de comunicación social) y por lo tanto los niveles de presión pública son ciertamente más intensos, lo que provoca el incremento de las actitudes

destacar que en las tipologías delictivas más expuestas al escrutinio de los *mass media* y los *gestores atípicos de la moral* (*Atypische moralunternehmer*)³ (y los delitos sexuales lo están) la existencia de elementos del delito con mayor *espacio de juego* interpretativo, como es el caso de los **elementos normativos** del tipo penal.

En efecto, es consenso en doctrina reconocer que las expresiones concretas del principio de legalidad penal (ley escrita, ley previa, ley cierta, ley estricta) son compatibles con ciertos de juego siempre que resulten compatibles con una metodología de interpretación *conforme al sentido literal posible* de la ley penal y que resulte complementada con criterios teleológicos⁴.

En ese contexto, los *elementos normativos* del tipo penal son los componentes del tipo penal que dada sus propias características están sometidos a algún tipo de valoración (social o jurídica) por parte del operador de justicia

punitivas (al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*”, (Madrid: Trotta, 2003), p. 25; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Lima: Idemsa, Lima, 2004, p. 334; PRADO SALDARRIAGA, V., *Política Criminal peruana*, (Lima: Editorial Cuzco, 1985), p. 252).

En efecto, la actividad de los medios de comunicación social permite “reconocer y delimitar” los diversos problemas sociales e inciden notoriamente en los procesos de criminalización primaria (En este sentido, CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos de agresiones y abusos sexuales en el Código penal español», en COLLANTES GONZÁLES, J. L. (coord.), *Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, (Trujillo: Normas Legales, 2004), p. 217, subraya la incidencia mediática en el plano de los delitos sexuales; igualmente, respecto a la Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad de Costa Rica, RODRÍGUEZ C., A., «Más ley, menos derecho: Comentarios sobre la nueva Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad», en *Ciencias Penales*, N° 19, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2001, p. 85).

El modo en que influyen los medios de comunicación social es resaltado DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*”, (Madrid: Trotta, 2003), p. 28: “Ante todo, trazan los contornos de éste -del problema social-, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando conceptualizaciones nuevas de hechos ya conocidos; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevancia del problema. En segundo lugar, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente, dañosa que pueden referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales”.

3 Se conoce así a todas aquellas instituciones, organismos, entidades o, en general, organizaciones no gubernamentales, destinadas a la protección de determinados intereses; sobre los mismos: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, (Madrid: Civitas, 2001), p. 67; REYNA ALFARO, L. M., «Derecho Penal, ética y fidelidad al Derecho: Una aproximación a las relaciones entre Derecho y Moral en el funcionalismo sistémico», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, (Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset- Marcial Pons, 2004), pp. 765-780.

4 Con mayores referencias bibliográficas, REYNA ALFARO, L. M., «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad», en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N° 2, Lima: CEDPE, 2012, pp. 236-238.

penal⁵. Este *espacio de juego* debe, para no infringir los límites impuestos por el principio de legalidad (especialmente el de taxatividad), someterse a las consideraciones que subyacen a las valoraciones sociales o normativas que correspondan en el caso concreto y debe ser consecuente con el *telos* de la ley penal, expresado en la protección penal de los bienes jurídicos.

Es de advertir que una de las funciones más importantes del *bien jurídico penal* es la de interpretación. La identidad del bien jurídico constituye *guía de interpretación* del tipo penal y debe, por ende, ser el contexto que llene de racionalidad la aplicación de la ley penal por parte de los operadores de justicia.

Todas estas premisas sirven para ubicarnos en el *core* del problema que pretendemos enfrentar: el alcance de los elementos normativos “tocamientos”, “actos de connotación sexual” y “actos libidinosos” comprendidos en el artículo 176° del Código Penal. Un apretón de manos, un toque en el cuello, una caricia en el rostro, ¿constituyen algunas de las manifestaciones de la conducta típica del delito de actos contrarios al pudor? Con este trabajo pretendemos proponer una respuesta a esta interrogante en el afán de racionalizar la aplicación de la ley penal a partir de la identidad del bien jurídico protegido.

2. El bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual sin acceso carnal

2.1. La libertad sexual como bien jurídico protegido

Dentro de la doctrina penal parece existir un consenso respecto a la identidad del bien jurídico genéricamente tutelado en los delitos contra la libertad sexual⁶. La libertad sexual constituye la idea central de los delitos sexuales. Pero ¿qué es la libertad sexual?

La libertad sexual es una concreta manifestación de la libertad personal⁷,

5 REYNA ALFARO, L. M., «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad», en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N° 2, Lima: CEDPE, 2012, pp. 233-235.

6 Una interesante revisión de las principales tesis sobre el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, MONGE FERNÁNDEZ, A., «Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 14, Lima: Idemsa, 2004, pp. 267- 275. Véase también las consideraciones formuladas en REYNA ALFARO, L. M., “El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el CP peruano”, en REYNA ALFARO, L. M. (Dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, (Lima: Jurista, 2005), pp. 123 y ss.

7 ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Protección penal de los menores frente a los malos tratos en su ámbito familiar y a los delitos de contenido sexual», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), p. 80; Díez RIPOLLÉS, J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6, 2000, p. 53; MONGE FERNÁNDEZ, A., «Consideraciones dog-

que constituye además una expresión del principio de dignidad de la persona humana⁸, la cual pretende asegurar la actividad sexual de los ciudadanos. Esta, puede ser definida del modo siguiente: “*La libertad sexual es el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad*”⁹, *condicionada únicamente por el respeto de la libertad ajena*¹⁰”. Esta libertad sexual tiene una doble configuración positiva (o dinámica) y negativa (o pasiva)¹¹.

La libertad sexual en su sentido positivo o dinámico reconoce la capacidad de elegir libremente a la pareja y el modo de relacionarse sexualmente, con la única limitación de la libertad de la otra persona. Se le podría definir entonces como “la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales”¹².

La libertad sexual en su sentido negativo o pasivo destaca el aspecto defensivo de la sexualidad y supone la capacidad de rechazar las intromisiones indebidas o no deseadas en el ámbito de la propia sexualidad.

Conforme esta distinción, la tutela penal se dirige esencialmente a la libertad sexual en negativo, aunque debe reconocerse que la misma se relaciona también a la libertad sexual positiva pues la capacidad de rechazar relaciones o interacciones sexuales no deseadas (libertad sexual negativa) es una forma de realización de la libertad de elegir libremente a la pareja y el

máticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 14, Lima: Idemsa, 2004, pp. 271; MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Pamplona: Aranzadi, 1999), p. 237; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, duodécima edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), p. 195; ORTS BERENQUER, E.; ROIG TORRES, M., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Lima: Idemsa, Lima, 2004, p. 343; MORAS MOM, J., *Los delitos de violación y estupro*, (Buenos Aires: Ediar, 1971), p. 41.

8 En ese sentido, CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 20; se aprecia esta vinculación también en Villada: Delitos contra la integridad sexual, 12/ 63; cuando sostiene que la protección penal se dirige a la dignidad sexual o dignidad de trato sexual.

9 Con referencia a Mantovani, CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 22.

10 BOIX REIG, J.; ORTS BERENQUER, E., «Consideraciones sobre los delitos de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, (Lima: Idemsa, 2002), p. 146.

11 DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985), pp. 23 y ss. Un desarrollo sumamente interesante sobre la cuestión se aprecia en HOUED VEGA, M., *Delitos contra la libertad e integridad sexual en el nuevo CP de la República de Nicaragua*, (Managua: INEI, 2009), pp. 98 y ss.; ARANGO DÜRLING, V., «Violación y otros delitos sexuales en la legislación penal panameña», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2020, pp. 03-04.

12 DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985), p. 23.

modo de relacionarse sexualmente (libertad sexual positiva)¹³ .

Pues bien, la opción legislativa de otorgar protección jurídico penal a la libertad sexual supone -como bien ha reconocido Castillo Alva- “una toma de posición acerca de la dimensión y rol que le corresponde desempeñar a la sexualidad en la vida humana¹⁴ “. Por tanto, la decisión legislativa de orientar la protección penal a favor de la libertad sexual permite constatar el reconocimiento estatal de la importancia que asume el ejercicio en libertad de la sexualidad, como valor esencial de la Sociedad y como interés digno y merecedor de la protección que proporciona el Derecho Penal. Mediante la protección penal de la libertad sexual se pretende “asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes¹⁵ ”

Sin embargo, ello no cubre la totalidad de las expectativas para considerar solo a la libertad sexual como único interés protegido en la rúbrica de los delitos sexuales; en ese sentido, tiene absoluta razón Castillo Alva cuando refiere que “la referencia al bien jurídico libertad sexual ... no agota ni cubre de manera satisfactoria el amplio sentido y la diversa variedad con la que se pueden configurar los delitos sexuales¹⁶ “. La identificación de la libertad sexual como único bien jurídico protegido en los delitos sexuales tiene claras y evidentes limitaciones, pues su contenido no da cabal cobertura a la serie de intereses protegidos a través de los diversos tipos penales del Título IV del Libro II del Código Penal.

Casualmente es que por estas circunstancias la libertad sexual se concibe como una “libertad valorativa”, lo que plantea -como exigencia- que su detentador tenga capacidad cognitiva y volitiva del significado y trascendencia que posee el acto de contenido sexual y que el consentimiento para tales propósitos pueda otorgar¹⁷ . Entonces, los sujetos que carecen (de modo momentáneo o definitivo) de esa libertad valorativa no poseen libertad sexual, lo cual no significa que el Derecho penal los deje desprotegidos.

Es justamente esa incapacidad valorativa que algunos ciudadanos tienen

13 En modo similar, ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Protección penal de los menores frente a los malos tratos en su ámbito familiar y a los delitos de contenido sexual», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), p. 80.

14 CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 21.

15 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo 11, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), p. 221.

16 CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 18.

17 DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985), p. 25.

la que impone al Estado, la obligación -derivada de la idea de Estado de Derecho- de mantenerlas excluidas de cualquier instrumentalización por terceros y, de ese modo, evitarles cualquier daño de índole sexual¹⁸.

Es precisamente este desarrollo el que preocupó a la doctrina, apareciendo así, primero en la literatura penal italiana y luego en la española, la noción de indemnidad o intangibilidad sexual¹⁹. Por un lado, es entendida como un presupuesto garantizador de la libertad sexual futura del individuo²⁰, pues la introducción prematura del individuo en la sexualidad puede suponer una muy grave perturbación del desarrollo de la personalidad y de la sexualidad, y por otro lado, entendida como obstáculo para la instrumentalización del ciudadano por parte de terceros²¹.

2.2. La lesividad de la libertad sexual en los delitos de abuso sexual sin acceso carnal

Dentro de la estructuración de los delitos sexuales es posible reconocer entre atentados o abusos sexuales con acceso carnal (la violación sexual) y aquellos sin acceso carnal (actos contrarios al pudor, por ejemplo) y, entre ellos, es también posible reconocer distinto grado de lesividad (sobre la libertad sexual) entre uno y otro, lo que se expresa en los mayores marcos penológicos correspondientes a los primeros.

Pero no es solo el menor grado de lesividad que corresponde a los abusos sexuales sin acceso carnal sino también es distinta la forma en que se configura la ofensividad del comportamiento.

En efecto, la doctrina reconoce que la lesividad en los abusos sexuales sin acceso carnal²² se relaciona con el efecto del comportamiento sobre

18 DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985), p. 26.

19 El maestro José Luis Díez Ripollés ilustra que la idea de “indemnidad sexual” aparece como un aporte del maestro Cobo del Rosal como sustituto de la noción de “intangibilidad sexual” que proponía la doctrina penal italiana; al respecto, DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985), p. 25.

20 CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 51; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, duodécima edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), p. 196.

21 MONGE FERNÁNDEZ, A., «Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 14, Lima: Idemsa, 2004, p. 275. Tiene razón DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo 11, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), p. 233, cuando constata la ausencia de consenso doctrinal en la identificación del contenido de la indemnidad sexual.

22 Coincido CARO CORIA, D. C.; SAN MARTÍN CASTRO, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Grijley, 2000), p. 95, y CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 422, en la conveniencia de alejarse del cuño moralizante detrás del rótulo de “actos contrarios al pudor”.

la libertad sexual en su expresión de reserva sexual, es decir, el impacto del comportamiento del agente sobre la libertad de la víctima de decidir con quién se mantienen contactos o aproximaciones de connotación sexual (libertad sexual negativa)²³. La lesividad del comportamiento se alcanza cuando el autor incurre en el uso o instrumentalización no consentida del cuerpo de la víctima con fines de satisfacción sexual²⁴.

Como se va revelando, son consideraciones objetivas la que determinan la lesividad del comportamiento. En tal virtud, sólo serán relevantes penalmente los contactos o aproximaciones no deseados que posean *objetivamente* connotación sexual. Sobre esto abundaremos más adelante.

3. La conducta típica en el delito de actos contrarios al pudor

3.1. La descripción típica de los actos contrarios al pudor

El delito de actos contrarios al pudor se encuentra tipificado en el artículo 176° del Código Penal. Este delito, conforme a la modificatoria producida mediante la Ley N° 30828, del 04 de agosto de 2018, tiene la presente redacción:

“Artículo 176.- Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento. El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...)”.

La última modificatoria del texto legal ha pretendido reformular la estructura del tipo penal con relación a los medios típicos: Antes el delito se configuraba como uno de medios típicos determinados (violencia o amenaza), hoy es un delito de medios indeterminados, y ha procurado -con ello- que la carga de la prueba repose más en la ausencia de consentimiento. Sin embargo, tal cual se expresó al delimitar el objetivo del presente trabajo, nuestro objetivo estará dirigido a interpretar los alcances de los elementos normativos “tocamientos”, “actos de connotación sexual” y “actos libidinosos”.

²³ En ese sentido, HOUED VEGA, M., *Delitos contra la libertad e integridad sexual en el nuevo CP de la República de Nicaragua*, (Managua: INEJ, 2009), p. 99; AROCENA, G., *Delitos contra la integridad sexual*, (Córdoba: Advocatus, 2001), p. 37; ARANGO DÜRLING, V., «Violación y otros delitos sexuales en la legislación penal panameña», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2020, p. 13.

²⁴ En ese sentido, AROCENA, G., *Delitos contra la integridad sexual*, (Córdoba: Advocatus, 2001), p. 37.

3.2. La conducta típica: “tocamientos”, “actos de connotación sexual” y “actos libidinosos”

Indicamos anteriormente que la interpretación de los elementos del tipo penal no puede desvincularse de la identificación del bien jurídico. Precisamos también, partiendo de ese criterio, que la delimitación de los elementos normativos previstos en el artículo 176° del Código Penal debería considerar solo aquellas conductas que tengan, desde una perspectiva objetiva, connotación o significación sexual en la medida que solo estas resultan idóneas para afectar el derecho de la víctima a autodeterminarse sexualmente. La doctrina penal ha resaltado esta exigencia de modo consistente²⁵.

La importancia de este razonamiento se hace patente cuando reconocemos que la redacción del tipo penal podría llevar a interpretaciones extensivas incorrectas respecto de ciertos casos límite. Sin duda no existirán inconvenientes en reconocer la connotación objetivamente sexual cuando las conductas se desarrollan sobre partes íntimas de la víctima. Desde esta perspectiva, siguiendo a Arocena: “La calificación de una acción como *sexualmente abusiva* requiere la previa delimitación de lo que una sociedad determinada reconoce como ‘sexual’ en un momento dado de su evolución”²⁶.

Para superar cualquier riesgo de interpretación excesiva es necesario que ese carácter objetivamente sexual de la conducta lo sea respecto a la valoración social o colectiva y no valoración individual de la víctima del delito. En ese contexto, la determinación de la relevancia penal del hecho dependerá de la previa verificación del carácter objetiva y colectivamente sexual de la conducta.

En esa línea de ideas, incluso si la víctima percibiera y calificase la conducta como de significación sexual (para ella), si la conducta carece de ese carácter objetivo y colectivamente sexual, tendríamos que negar completamente su relevancia penal. Si no introdujéramos estos criterios de racionalidad en la interpretación del precepto penal podríamos llegar a situaciones excesivas y, por ende, desproporcionadas y arbitrarias (por ejemplo, tocar con la mano el cuello de la víctima o dar un saludo de mano excesivamente largo o fuerte)²⁷.

²⁵ En ese sentido, HOUED VEGA, M., *Delitos contra la libertad e integridad sexual en el nuevo CP de la República de Nicaragua*, (Managua: INEJ, 2009), p. 101; AROCENA, G., *Delitos contra la integridad sexual*, (Córdoba: Advocatus, 2001), p. 38 (quien resalta el carácter objetivamente sexual del comportamiento).

²⁶ AROCENA, G., *Ataques a la integridad sexual*, (Buenos Aires: Astrea, 2015), p. 13.

²⁷ Esa necesidad de reducir el alcance del tipo penal en examen se aprecia en CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002), p. 449, quien introduce como criterio limitador adicional “la gravedad” de la conducta.

Es de resaltar que con esta afirmación no se niega la trascendencia subjetiva del ánimo lúbrico que puede guiar al autor, pero aquél, sin una conducta de carácter objetivamente sexual no configura el tipo penal descrito en el artículo 176° del Código Penal.

3.3. Acercamiento desde la Jurisprudencia

Esta posición doctrinal es congruente con la adoptada por la doctrina jurisprudencial nacional. En ese contexto podemos mencionar la Sentencia Casatoria del 13 de noviembre de 2019 (Recurso de Casación N° 790-2018/ San Martín, Sala Penal Permanente) que refiere:

“La conducta del sujeto activo en el delito tiene un carácter sexual inobjetable. Importa, desde su elemento objetivo, contactos físicos, tocamientos de la más diversa índole, siempre que estos afecten a zonas erógenas o sus proximidades.

La verificación de la connotación sexual objetivo-colectiva del comportamiento, conforme indica la antes citada Sentencia Casatoria, dependerá del involucramiento de zonas erógenas o sus proximidades. Esta idea es resaltada en líneas posteriores de la misma Sentencia Casatoria:

“como elemento objetivo, no solo tocamientos indebidos en las partes íntimas de la víctima, sino también actos libidinosos contrarios al pudor de la misma, lo que comprende, sin duda, contactos físicos en proximidades de las zonas erógenas – la expresión de “partes íntimas” hace referencia a zonas del cuerpo más amplias que los órganos sexuales propiamente dichos”.

Ya antes, las Ejecutorias del 18 de enero de 2018 y del 25 de octubre de 2018, emitidas por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad 2013-2017-Lima Este y Casación N° 541-2017, Santa) habían puesto énfasis en la necesidad de objetivar el carácter sexual del comportamiento (aunque con cierto énfasis en la genitalidad de su alcance): *“El ilícito de actos contra el pudor se presenta cuando el sujeto activo realiza tocamiento lúbrico somático en el cuerpo de la víctima; estos pueden consistir en palpación, tocamiento o manoseos de las partes genitales”.*

La jurisprudencia refiere que el acto contrario al pudor debe (i) consistir en tocamiento lúbrico somático²⁸; (ii) debe recaer sobre el cuerpo de la víctima (lo que excluye actos sexuales practicados por el agente sobre su propio cuerpo); y, (iii) debe comprender sus partes genitales.

²⁸ Es de advertir que las referencias jurisprudenciales al “tocamiento lúbrico somático” provienen de BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A.; GARCÍA CANTIZANO, M. del C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tercera edición, (Lima: San Marcos, 1997), p. 57.

El énfasis en la genitalidad (como forma de darle alcance objetivamente sexual al comportamiento) se aprecia en otros precedentes: por ejemplo, la Ejecutoria del 23 de abril de 2007 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad N° 5050-2006, La Libertad).

4. Conclusiones

La introducción de criterios de racionalidad en la interpretación de la ley penal constituye la mejor forma de alcanzar que esa labor de *reconstrucción* de la ley penal por parte de los órganos de administración de justicia penal sea racional²⁹ y de evitar que aquella ceda ante las presiones propias del populismo y punitivismo penal.

En ese contexto, la incorporación de criterios teleológicos como los propuestos en este breve ensayo, relacionados con la identidad del bien jurídico tutelado penalmente, que complementen el sentido literal posible del artículo 176° del Código Penal, permitirá evitar respuestas desproporcionadas por parte de la justicia penal.

5. Referencias bibliográficas

ACALÉ SÁNCHEZ, M., «Protección penal de los menores frente a los malos tratos en su ámbito familiar y a los delitos de contenido sexual», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R.; NAVARRO GUZMÁN, J. I. (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

ARANGO DÜRLING, V., «Violación y otros delitos sexuales en la legislación penal panameña», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 2020, disponible en <<https://www.ejc-reeps.com/ArangoDurling.pdf>>

AROCENA, G., *Ataques a la integridad sexual*, (Buenos Aires: Astrea, 2015).

AROCENA, G., *Delitos contra la integridad sexual*, (Córdoba: Advocatus, 2001).

BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre los delitos de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, (Lima: Idemsa, 2002).

²⁹ Sobre la trascendencia de lograr una reconstrucción racional de la ley penal, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la interpretación 'teleológica' en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; GARCÍA AMADO, J. A. (Eds.), *Estudios de filosofía de Derecho Penal*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), p. 395; véase también REYNA ALFARO, L. M., «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad», en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N° 2, Lima: CEDPE, 2012, p. 237.

BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A.; GARCÍA CANTIZANO, M. del C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, tercera edición, (Lima: San Marcos, 1997).

CANCIO MELIÁ, M., «Los delitos de agresiones y abusos sexuales en el Código penal español», en COLLANTES GONZÁLES, J. L. (coord.), *Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*, (Trujillo: Normas Legales, 2004).

CARO CORIA, D. C.; SAN MARTÍN CASTRO, C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Grijley, 2000).

CASTILLO ALVA, J. L., *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2002).

DÍEZ RIPOLLES, J. L., «El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 6, 2000, pp. 69-102, obtenido de <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010&dsID=Documento.pdf>>

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo 11, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

DÍEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, (Barcelona: Bosch, 1985).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, (Madrid: Trotta, 2003).

FONTÁN BALESTRA, C., *Delitos sexuales (artículos 118 a 133 del Código Penal argentino)*, segunda edición, (Buenos Aires: Arayú, 1945).

HOUED VEGA, M., *Delitos contra la libertad e integridad sexual en el nuevo CP de la República de Nicaragua*, (Managua: INEI, 2009).

INEI, *Anuario Estadístico de Criminalidad y Seguridad Ciudadana 2011-2017*, (Lima: INEI, 2019).

MONGE FERNÁNDEZ, A., «Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 14, Lima: Idemsa, 2004.

MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Pamplona: Aranzadi, 1999).

MORAS MOM, J., *Los delitos de violación y estupro*, (Buenos Aires: Ediar, 1971).

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, duodécima edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999).

ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 15, Lima: Idemsa, Lima, 2004.

PRADO SALDARRIAGA, V., *Política Criminal peruana*, (Lima: Editorial Cuzco, 1985).

REYNA ALFARO, L. M., “El nuevo tratamiento legislativo de los delitos sexuales en el CP peruano”, en REYNA ALFARO, L. M. (Dir.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, (Lima: Jurista, 2005).

REYNA ALFARO, L. M., «Derecho Penal, ética y fidelidad al Derecho: Una aproximación a las relaciones entre Derecho y Moral en el funcionalismo sistémico», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, (Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset- Marcial Pons, 2004).

REYNA ALFARO, L. M., «El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad», en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, N° 2, Lima: CEDPE, 2012.

RODRÍGUEZ C., A., «Más ley, menos derecho: Comentarios sobre la nueva Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad», en *Ciencias Penales*, N° 19, San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Sobre la interpretación ‘teleológica’ en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; GARCÍA AMADO, J. A. (Eds.), *Estudios de filosofía de Derecho Penal*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006).

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, (Madrid: Civitas, 2001).

VILLADA, J. L., *Delitos contra la integridad sexual*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).

¿Es posible condenar por delito de colusión al funcionario sin procesar al extraneus? Reflexiones a partir de la sentencia condenatoria al ex gobernador regional del Callao – Alex Kouri Bumachar*

Jimmy Manuel Sotomayor Herrera**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Justificación de la elección de la resolución / 3. Antecedentes / 4. Hechos del caso / 5. Problemas jurídicos / 5.1. ¿Es correcto sostener que en el delito de colusión se podrá sancionar sólo al funcionario público sin sancionar al particular con el que se habría concertado? / 5.1.1. El delito de colusión / 5.1.2. Posición de la corte suprema / a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas / b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella / c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva / d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores / e. Posición personal / 5.2. ¿Cuál es el título de imputación por el que debería responder el tercero interesado en el presente caso? / 5.2.1. La teoría de los delitos de infracción de deber / a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas / b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella / c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva / d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores / e. Posición personal / 5.3. ¿Los hechos valorados se corresponden con el delito de colusión o son propios del delito de negociación incompatible? / 5.3.1. Posición de la Corte Suprema / a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas / b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella / c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva / d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores / e. Posición personal / 5.4. ¿Se vulnera el principio de imputación necesaria en la sentencia condenatoria de Alex Kouri? / 5.4.1. Posición de la Corte Suprema / a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas / b. Voto discordante “Absolución” por Chávez Mella / c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva / 6. Conclusiones / 7. Bibliografía / 8. Anexos.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda especialidad en Prevención y Control de la Corrupción en la misma casa de estudios. Litigante penalista en el estudio jurídico Arbizu & Gamarra.

1. Introducción

El presente informe jurídico analiza el recurso de Nulidad 1842-2016-Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia en contra del ex alcalde del Callao, Alex Martín Kouri Boumachar. En dicha resolución se lo condenó, en calidad de autor por el delito de colusión y se impuso una pena privativa de libertad de 5 años, 3 años de inhabilitación y el pago de una reparación civil por el monto de 26 millones de soles. Para analizar la presente resolución desarrollaré la naturaleza jurídica del delito de colusión, por ello describiré los elementos que componen el tipo penal a la luz de la doctrina y la jurisprudencia peruana. Hago especial énfasis en el análisis de acción típica del delito de colusión, es decir, “concertándose con los interesados”. A partir de ello evaluaré si la decisión de la corte suprema es correcta, al señalar en su voto de mayoría, que se puede condenar por colusión solo al funcionario público, sin incluir en el proceso al tercero interesado. Así mismo, analizo el título de imputación que le correspondería al tercero interesado en el delito de colusión. Analizo si es correcta la decisión emitida en el recurso de nulidad, en el que se señala que se remita copias al ministerio público para que investigue al tercero interesado. Para lograr un análisis completo, explico brevemente en qué consiste un delito especial y la teoría de la unidad del título de imputación. Además de ello cuestiono la decisión de la Corte Suprema, a la luz de los principios de accesoriadad y de presunción de inocencia.

Como tercer punto de análisis, me centro en la adecuación de la conducta al tipo penal. Específicamente hago una evaluación de si en el presente Recurso de nulidad corresponde aplicar el delito de colusión o más bien se configuraría el delito negociación incompatible por falta de inclusión del tercero interesado al proceso penal.

Por último, hago un análisis del caso a la luz del principio de imputación necesaria para evaluar si se cumple con todos los elementos del mismo o si se habría producido una vulneración a este principio. Además de ello desarrollo la vinculación de este principio con los derechos defensa y debida motivación.

2. Justificación de la elección de la resolución

La justificación de la elección del presente recurso de Nulidad, radica en el análisis que se hace de la naturaleza jurídica del delito colusión y la forma en la que debemos entender los alcances del acuerdo colusorio. La discusión académica que se da en la presente resolución respecto a la necesidad o no de incorporar al proceso al tercero interesado para poder sancionar al

funcionario público, resulta fundamental. Esta discusión amerita un análisis exhaustivo en un informe jurídico para optar el título de abogado.

Resulta importante analizar la sentencia condenatoria de Alex Kouri, para sentar una posición respecto, a la importancia de incorporar al tercero interesado en el delito de colusión al proceso penal. Así mismo, es fundamental definir si esta incorporación se debe dar con la simple mención en la sentencia, o acaso más bien se exigiría que se procese efectivamente a los señalados como terceros interesados. La presente resolución resulta académicamente importante a la luz de definir la relación de los derechos procesales entorno a los criterios dogmáticos del delito de colusión.

El presente análisis adquiere especial relevancia si reconocemos que la mayor parte de actos de corrupción se comenten en el marco de las contrataciones con el Estado. Así, de acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el 57% de casos de corrupción extranjera involucra contrataciones públicas, mientras que, en el Perú, según la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, el 56% de los casos de corrupción se cometen en el ámbito de la contratación estatal llevada a cabo por los gobiernos regionales y locales con empresas privadas.

En resumen, la elección de la sentencia analizada en este informe pretende esclarecer la legalidad de la sentencia contra Alex Kouri. Todo ello a partir del estudio del delito de colusión y sus elementos típicos, además de cómo entender la participación en este delito y los principios procesales de imputación necesaria, accesoriidad, el derecho a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

3. Antecedentes¹

Primero. Alex Kouri fue alcalde del Callao durante 11 años, siendo elegido por primera vez en 1995 y reelecto en 1998 con el partido político PPC. Durante el año 1999, Alex Kouri en su calidad de alcalde, presenta una moción de orden del día ante el consejo municipal, la cual daba cuenta de una necesidad de declarar en Estado de Emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao.

Segundo. Alex Kouri señaló que el motivo de la declaratoria de Estado de emergencia respondía al aumento del parque automotor y el eminente colapso de las vías del Callao. Y que, además, con la aplicación del aeropuerto se incrementaría el flujo de ciudadanos usuarios de dichas instalaciones, lo que traería consigo un mayor flujo de actividad comercial; y de no darse una solución inmediata se originaría un colapso. Es por ello que el consejo

¹ Antecedente tomado del presente recurso de nulidad en análisis.


municipal mediante el Acuerdo del Consejo N° 0042, el 10 de junio de 1999, aprobó la declaratoria de emergencia.

Tercero. Alex Kouri forma el consejo de concesiones² para que se encarguen de la elección de la empresa que se encargaría de llevar a cabo la vía expresa del Callao. Nombra como presidente del consejo a Augusto Dall'orto Falconi con quien mantenía una estrecha amistad y quien meses después se convertiría en su suegro, ya que Alex Kouri contraería nupcias con su hija. Ante los cuestionamientos que existían en ese momento por esta relación entre Kouri y su suegro, Augusto Dall'orto Falconi, renunció al cargo de presidente del consejo de concesiones; no obstante, ello, Alex Kouri nombró como nuevo Presidente del Consejo de Concesión a Edgar Barriga Calle, quien era amigo y socio de Augusto Dall'orto Falconi en Barriga Dall'orto SA Ingenieros Consultores.

Cuarto. Una vez conformado el consejo de concesiones, Alex Kouri, convocó a concurso público el 21 de junio de 1999, mediante la resolución de Alcaldía N° 18. A este concurso público se presentaron 18 empresas postoras, resultando ganadora del concurso público el consorcio CCI Concesiones Perú, que posteriormente varió su denominación a CONVIAL CALLAO SA, adjudicándosele por tanto la obra "Vía expresa del Callao".

Quinto. El consorcio CCI Concesiones Perú estaba conformado por tres empresas a) CCI Construcciones S.A. b) CCI Concesiones S.A. c) Concesiones Perú S.A.C. La constitución de esta última empresa era la siguiente:

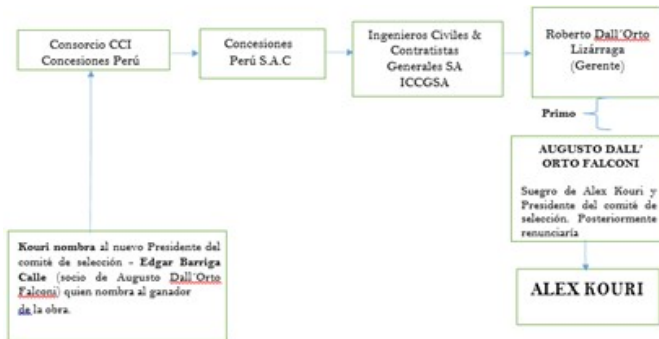
**c) Concesiones Perú
S.A.C.**

- 
- 1) Aramsa Contratistas Generales
 - 2) Gessa Ingenieros
 - 3) Constructora Upaca S.A.H.V.S.A.
 - 4) **Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.**

Como se observa, esta empresa tenía como accionista a Ingenieros Civiles & Contratistas Generales SA ICCGSA, que a su vez tenía como accionista y director a Roberto Dall'orto Lizárraga; primo de Augusto Dall'orto

² Comité de selección.

Falconi, es decir, primo del suegro de Alexander Kouri.



Sexto. El Consorcio ganó el concurso público a pesar de no cumplir con los requisitos legales y con irregularidades detectadas a lo largo de la contratación.

Dichas irregularidades fueron las siguientes:

- Alex Kouri y el consorcio, con fecha 30 de marzo del año 2000, firmaron un contrato previo al contrato de concesión, a pesar de que tal figura no estaba prevista en las Bases Generales y que contravenía el Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96- PCM (Régimen General de Concesiones). Este contrato preparatorio logró postergar indebidamente hasta en seis oportunidades la suscripción del contrato de concesión.
- Durante este tiempo el Consorcio CC-Concesiones Perú (ya constituido como empresa CONVIAL CALLAO S.A.), logró aumentar su capital a S/42,000,000.00 soles, para afrontar la concesión.
- Debido a que, al término del plazo fijado legalmente, 28 de marzo de 2000, la empresa adjudicataria no contaba con el capital social mínimo requerido (42 millones), su aumento de capital fue presentado recién el 1 de febrero de 2001.
- El consorcio no presentó la carta fianza por un millón de dólares, los balances auditados ni los documentos que acreditaran su capacidad de crédito, es decir, la empresa no tenía el capital suficiente para hacerse cargo de la obra.
- El contrato de concesión fue suscrito fuera del plazo estipulado, exactamente 10 meses después de la fecha fijada en las Bases Genera-

les, incluso vulnerando los plazos regulados en el Reglamento aprobado por la Ordenanza Municipal N.º 006-97-MPC; y, aproximadamente, un año después de otorgada la buena pro.

- Otra de las irregularidades que se observó fue la omisión de declaratoria de pérdida del derecho de adjudicación del Consorcio CC-Concesiones Perú (CONVIAL CALLAO S.A.), ya que, al no contar con el presupuesto requerido, según las bases del contrato de concesión, correspondía quitarle la adjudicación.
- No se ejecutó la “garantía de seriedad de propuesta” (carta fianza por un millón de dólares a favor del estado) y no se convocó a una nueva licitación por incumplimiento contractual.
- Alex Kouri y Convial Callao coordinaron para que la concesión se postergue al inicio de la toma de posesión, la cual se realizó 25 meses después de la suscripción del contrato. A pesar de que existía una necesidad urgente que llevó a la declaratoria de emergencia de la vía del Callao.
- Por último, luego de la celebración del contrato de concesión y ya en la etapa de ejecución se suscribieron una serie de adendas que modificaban los términos iniciales de la concesión y favorecían a Convial Callao.

La Contraloría General de la República determinó que las obras eliminadas y suspendidas a través de estas adendas equivalen a un monto estimado de US\$2,000,000.00 por el tramo b y US\$9,000,000.00 dólares americanos por el tramo c.

Así mismo, se advirtió un déficit aproximado de US\$15,000,000.00 dólares americanos, entre el valor de la obra construida en el tramo A de la Vía Expresa del Callao y el valor consignado en los documentos denominados certificados de inversión.

De estas adendas a las que nos venimos refiriendo, tenemos que:

- Destacan las adendas del 10 de enero de 2005 y la del 3 de marzo de 2006 porque suspendieron de manera indefinida la construcción de los carriles B y C. Y se determinó que la construcción sería sólo del tramo A.
- La concesión que fuera otorgada gratuitamente se transformó en onerosa por lo que debieron abonar el concesionario un canon que se destinaría exclusivamente a la constitución de un fondo fiduciario para promover el desarrollo de microempresas regionales. Por este concepto se recibió los siguientes ingresos: S/30, 000. 00 soles, el 07 de febrero

de 2006 - S/60, 000. 00 soles, el 3 de abril de 2006.

Es decir, se generaron ingresos de 90 mil soles a favor de dicho fondo el cual era administrado por un tercero, y en beneficio de las micro-empresas de la región. Se entiende que el cambio de modalidad de gratuita a onerosa estaba orientado a dicho beneficio; sin embargo, esta finalidad cambió a través de modificaciones posteriores.

- Con la adenda del 03 de marzo del 2006 se estableció que dicho canon deja de constituirse en fondo fiduciario y pasa a ser administrado por un tercero independiente, y será depositado en una cuenta especial intangible a nombre del CONCESIONARIO, en una entidad bancaria de su elección. Y señalaron que los recursos del canon no constituyen fondos públicos, su administración y asignación quedan sujetas a la decisión, cuenta y riesgo del consorcio CONVIAL CALLAO S.A.
- Se permitió el cobro adelantado del peaje a pesar de no haber culminado la construcción de la vía expresa. Ni si quiera el tramo A modificado.
- Estas adendas además permitieron una serie de ampliaciones de plazos. La obra que debió estar culminada en 2 años según el contrato de concesión, a los 8 años no estaba desarrollada ni en la tercera parte.
- No se podía aplicar la penalidad de 1 millón y medio de dólares estipulada en el contrato de Concesión por incumplimiento, dado que las adendas permitían justamente estas ampliaciones.

4. Hechos del caso³

La Procuraduría General de la República presenta la denuncia en contra de Alex Kouri en mérito al informe de Contraloría N° 172-2007-CG⁴. Del resultado de las investigaciones preliminares la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Corrupción de Funcionarios formuló denuncia penal en contra de Alex Kouri y los miembros del comité de concesión, además de los representantes legales de Convial Callao, por los delitos de negociación incompatible y colusión.

El segundo Juzgado Penal Especial de la Corte Superior de Justicia, en mérito a la denuncia penal, emitió el auto apertorio de instrucción con fecha 20 de diciembre de 2009 donde se le señaló a Alex Kouri como autor del

³ Hechos tomados del presente recurso de nulidad bajo análisis.

⁴ El Informe Especial N° 172-2007-CG/OEA "Irregularidades en el sustento de la necesidad de la concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución contractual en la concesión de la Vía Expresa del Callao", Octubre del 2007.

delito de negociación incompatible y colusión.

Concluida la etapa de instrucción se elevaron los actuados a la cuarta fiscalía superior de corrupción de funcionarios que emitió el dictamen acusatorio 56-2012 en los siguientes términos:

- Propuso se declare extinguida por prescripción la acción penal seguida contra Alex Kouri por los hechos sucedidos hasta antes del mes de octubre de 2004, por el delito de negociación incompatible. Y pasar a Juicio oral por los hechos del 2004 al 2006.
- Opinó que no hay mérito para pasar al juicio oral y en consecuencia no ha lugar a formular acusación fiscal contra Alexander Kouri como autor del delito de colusión desleal, en agravio del Estado- Municipalidad Provincial del Callao, correspondiendo el sobreseimiento del proceso y el subsiguiente archivamiento definitivo.

Posteriormente, la Cuarta Sala Penal Liquidadora, a través de la resolución de 8 de agosto de 2014, resolvieron por mayoría:

- Declarar extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Alex Kouri, por los hechos sucedidos hasta antes del mes de octubre de 2004 por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao.
- Por unanimidad, elevar los autos al despacho del señor Fiscal Supremo en lo Penal, de conformidad con el inciso c) del artículo 220 del Código de Procedimientos Penales, a efectos se pronuncie conforme con sus atribuciones, respecto a lo opinado por la Fiscalía Superior en el extremo del delito contra la Administración Pública colusión desleal incoado contra el procesado Alex Kouri.

La Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal emitió dictamen N.º 18572014 de 9 de diciembre de 2014, en el que desaprobó el extremo del dictamen N.º 1857-2012-4º, que opinó no ha lugar a formular acusación contra Alex Kouri por el delito de colusión desleal en agravio del Estado - Municipalidad Provincial de Callao, dispuso se formule acusación en el extremo en consulta, se devolvieron los actuados para el pronunciamiento de ley y se emita nuevo dictamen.

Ante ello, la Cuarta Fiscalía superior especializada en corrupción de funcionarios emitió dictamen acusatorio ampliatorio N.º 003-2015, el 13 de febrero del 2015, donde acusó a Alex Kouri en calidad de autor por el delito de Colusión y solicitó se le imponga la pena privativa de libertad de

5 años, además de la inhabilitación por 3 años y un pago de indemnización de 26 millones de soles en favor del Estado.

Emitido el auto de enjuiciamiento y auto de enjuiciamiento ampliatorio, el juicio oral se inició el 07 de mayo del 2015. Durante el transcurso del juicio oral, específicamente el 30 de mayo del 2015, se declaró fundada la prescripción de la acción penal por delito de negociación incompatible contra Alex Kouri, quedando como único delito a juzgar, el delito de colusión desleal.

La Cuarta Sala Penal Liquidadora, a través de la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, condenó a Alex Kouri como autor de delito de colusión desleal y determinó que se le imponga la pena privativa de libertad de cinco años, inhabilitación por 3 años, además del pago de una reparación civil de 26 millones de soles.

La sentencia de primera instancia en la que se condenó a Alex Kouri como autor del delito de colusión, no estableció con calidad de certeza la identificación de los terceros interesados. Señalando únicamente en su parte resolutive que se remita copias certificadas al ministerio público para que se investigue a los indicados como terceros interesados por la fiscalía en la última sesión del juicio oral.

Alex Kouri, mediante su defensa técnica, interpuso recurso de nulidad contra esta sentencia condenatoria. El recurso de nulidad fue admitido y se dio vista a la causa del recurso de nulidad con fecha 02 de junio de 2017.

La votación de la sala penal transitoria fue la siguiente: 1 voto por la absolución (Dra Chavez), 1 voto por la nulidad (Dr Ventura), 3 votos no haber nulidad (Dres. Cevallos, Pacheco, Calderón) Al no haber mayoría calificada se tuvo que convocar a nueva audiencia, esta vez presidida por el juez dirimente designado por ley, el Dr. Neyra Flores. Dicho magistrado votó por no haber nulidad de la sentencia, y por ende se confirmó la misma con fecha 24 de octubre del 2017.

5. Problemas Jurídicos

En los siguientes acápite estableceré cuáles son los problemas jurídicos de la resolución materia de análisis, desarrollando tanto la postura de la doctrina, jurisprudencia, de la sala que resolvió y mi postura. El análisis tendrá la siguiente estructura, primero definir si se puede condenar por el delito de colusión sólo al funcionario público sin procesar al tercero interesado, luego determinaré cuál es el título de imputación por el que debería responder el tercero interesado en el presente caso, posteriormente anali-

zaré el tipo penal aplicable y finalmente haré un análisis del caso a la luz del principio de imputación necesaria.

5.1. ¿Es correcto sostener que en el delito de colusión se podrá sancionar sólo al funcionario público sin sancionar al particular con el que se habría concertado?

Para abordar el desarrollo de este problema de manera adecuada, voy a dividir el análisis en tres partes. En primer lugar, presentaré la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del delito de colusión; en segundo lugar, presentaré el razonamiento de la corte suprema en el caso en concreto; y por último desarrollaré mi postura.

5.1.1. El delito de colusión

En aras de un debido desarrollo del problema debo empezar definiendo la naturaleza jurídica del delito de colusión y sus elementos típicos. Lo primero que se debe señalar es que el delito de colusión desleal está regulado en el artículo 384 del código penal, en el capítulo de delitos contra la administración pública.

Además, es importante mencionar que el delito de colusión es un delito especial, dado que sólo podrán ser autores, los funcionarios o servidores públicos. Esta delimitación viene de la propia norma penal.

Respecto a este primer concepto de delito especial: Se debe entender por delitos especiales aquellos que no podrán ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo pena⁵. Gómez Martín nos dice que este concepto de delito especial es formal, y que es útil para definir la idoneidad de los autores para cometer delitos. Además, nos menciona que esta categoría se aplica perfectamente a los delitos contra la administración pública, y entre ellos el delito de colusión, dado que la estructura formal de posibles autores viene delimitada por la norma penal. En este mismo sentido, García Caveró afirma que, a diferencia de los delitos comunes, en los delitos especiales el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo⁶. Por tal, en el delito de colusión, sólo podrá ser autor un funcionario o servidor público.

Es importante indicar que la tipicidad de este delito nos indica que no basta ser funcionario o servidor público para cometer el delito de colusión, es decir, no cualquier funcionario o servidor público podrá cometer este deli-

5 GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, (Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006), p. 27.

6 GARCÍA CAVERO, P., *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano*, (Lima: Ara Editores, 2003), p. 49.

to. Sino, sólo el funcionario que intervino por razón de su cargo en los contratos, licitaciones, suministros o cualquier operación semejante⁷. Sobre la expresión “en razón de su cargo” se considera que en la intervención debe existir algún grado de competencia o facultad en el proceso que determina la contratación. En este sentido, Rodríguez y Ossandón señalan: “(...) esto es, que tiene competencia para participar en ciertas operaciones. Como la disposición no distingue, podría tratarse de cualquier clase de intervención, pero entendiendo siempre que en ella al funcionario ha de caberle un cierto grado de responsabilidad en la corrección del procedimiento y las decisiones, lo que fundamenta la mayor penalidad”⁸.

Entonces, el autor deberá ser un sujeto cualificado pero que además la forma de intervenir y realizar la acción deberá responder a que estaba autorizado por la función que cumple. En este mismo sentido, la Corte Suprema señala lo siguiente: “En la configuración del ilícito, la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial”⁹.

Por otro lado, en lo que respecta al sujeto pasivo de este delito, este será el estado representado por alguna de sus entidades. En lo que concierna a la tipicidad subjetiva, el tipo penal es netamente doloso, con lo que se descarta la posibilidad de su comisión con culpa¹⁰. Respecto al bien jurídico que protegería el delito de colusión no hay una postura uniforme y, por el contrario, hay posturas disímiles a nivel jurisprudencial. Entre las posturas que destacan están los que señalan que es el patrimonio¹¹, otros el desenvolvimiento de la administración pública^{12a}, en otra sentencia se señala que sería el desarrollo de la administración pública¹³ y en otra sentencia se señala que no sólo sería el patrimonio el bien jurídico, sino que también el deber de confianza depositado en el funcionario para adminis-

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116*, Lima: 06 de diciembre de 2012.

8 RODRÍGUEZ, L. OSSANDÓN WIDOW, M. M., «Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 3, septiembre-diciembre, 2005, p. 417.

9 SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.º 2677-2012*, Madre de Dios: 15 de abril de 2014.

10 Art 12º del código penal.

11 SALA PENAL PERMANENTE, *Exp. N.º 1296-2007 Ejecutoria Suprema*, Lima: 12 diciembre del 2007.

12 SALA PENAL ESPECIAL, *Ejecutoria Suprema Exp. 20-2003-A.V.*, Lima: 18 de octubre del 2005.

13 SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 3307-2008*, Lima: 13 de mayo de 2009.

trar el dinero público¹⁴.

Ante esta disyuntiva debo citar la sentencia emitida por el tribunal constitucional el 03 de mayo del 2012 en el expediente 00017-2011-PI/TC donde se señala

“(…) en este sentido, la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal tiene por objeto proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores”¹⁵.

Y es a partir de esta sentencia importante del Tribunal Constitucional donde baso mi postura respecto al bien jurídico protegido en el delito de colusión. Si bien existen diversas posturas yo me decanto por sostener que existe en primer término un bien jurídico genérico recaído en el correcto funcionamiento de la administración pública que es transversal a todos los delitos contra la administración pública¹⁶. Pero a su vez existe un bien jurídico específico por delito, y el caso del delito de colusión es la imparcialidad en la actividad contractual en el tipo base y en el tipo agravado tenemos dos bienes jurídicos protegidos, la imparcialidad y además el patrimonio.

Se debe analizar cuál sería la conducta típica de este delito. A efectos de resolver nuestro primer problema jurídico, resulta muy importante este punto. En ese sentido, la Corte Suprema ha sido uniforme y enfática en señalar que el verbo rector del tipo penal es el acuerdo colusorio¹⁷. Se entiende por acuerdo colusorio, la concertación de voluntades, el poner se acuerdo para defraudar al estado y así lo apoyan diversas resoluciones de la corte suprema¹⁸. Entonces se exige que el funcionario o servidor público se concierte con terceros interesados en los convenios para defraudar al estado, lo que implica la necesidad de que dichos interesados intervengan, como contrapartes, en el acuerdo colusorio y en la operación defraudatoria”¹⁹ A partir de este verbo rector, debemos señalar que el tipo

14 SALA PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, *Casación n° 9 -2018 - Junín*.

15 PLENO JURISDICCIONAL DEL TC, *Exp. 00017-2011-PI/TC*, Lima: 03 de mayo de 2012.

16 CHANJAN DOCUMET, R., «El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública», en *Derecho Penal y Criminología*, 38, 104, 2017.

17 SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.º 2677-2012*, Madre de Dios: 15 de abril de 2014.

18 Sentencias con posturas discrepantes en torno al bien jurídico protegido. SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 027-2004 del Exp N.º 20-2003*, Lima: 01 de octubre del 2004; MONTOYA VIVANCO, Y., *Manual sobre delitos contra la administración pública*. 2º ed., (Lima: IDEHPUCP 2016); SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1969-2012, La Libertad*: 16 de enero de 2014.

19 SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 1295 - 2007*, Lima: 11 de noviem-

penal describe la conducta de dos personas. Por un lado, la del funcionario público y por otro la del tercero interesado, solo con la presencia de estas dos personas se puede dar el acuerdo colusorio.

En relación al acuerdo colusorio entonces, y en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema, Ugaz Sánchez, sostiene que el comportamiento típico consiste en un acuerdo ilegal entre un funcionario público y una o varias personas interesadas en obtener algún beneficio del estado a través del fraude²⁰. Es por ello que también indica este autor que es un delito de participación necesaria, en la medida que se necesitan dos sujetos para realizar la conducta típica, coludirse, siendo uno el funcionario público y el otro el particular, siendo imposible que una persona se ponga de acuerdo sola, necesariamente implica la participación de alguien más, el tercero interesado.

Se exige además que este acuerdo colusorio produzca una defraudación al estado, defraudación que no necesariamente debe ser patrimonial, sino que bastará la defraudación a los deberes de confianza que son depositados en el funcionario. Entonces esta defraudación e infracción de deberes del funcionario se verá reflejada en la vulneración al trato igualitario a los postores²¹.

A partir de todo lo desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina queda claro que la conducta típica del delito de colusión es el acuerdo colusorio y que para que sea posible su realización, se necesitan mínimo dos personas, por un lado, el funcionario público y por otro el particular interesado. Siendo necesario entonces la intervención de dos personas como explicábamos líneas arriba. Es por ello que lo denominan delito de participación necesaria y delito de encuentro. Para un mejor análisis definamos lo que se debe entender por un delito de participación necesaria, “se llaman delitos de intervención necesaria, participación necesaria o plurisubjetivos a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona. Es decir, el tipo penal no solo describe la conducta del autor sino también la conducta de otra persona”²². Y es claro que la conducta típica de este delito, colusión, requiere indefectiblemente la participación de dos personas, del funcionario y del particular.

bre de 2008.

20 UGAZ-SANCHEZ MORENO, J. C., *Delitos Económicos contra la administración pública y criminalidad organizada*, (Lima: Colección lo esencial del Derecho 18- PUCP, 2017), p. 120.

21 SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.º 3591-2013*, *Junín*: 18 de noviembre de 2015, fundamento jurídico 06.

22 MONTROYA VIVANCO, Y., *Manual sobre delitos contra la administración pública*. 2º ed., (Lima: IDEHPUCP 2016), p. 62.

Y es claro que la conducta típica de este delito, colusión, requiere indefectiblemente la participación de dos personas, del funcionario y del particular.

Así mismo debemos señalar al delito de colusión como un delito de encuentro. Entendiendo este concepto como “Aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hace desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse”²³. Y es este el supuesto del acuerdo colusorio, donde dos voluntades se encuentra de lados distintos, por un lado, el funcionario público desde la administración pública y por otro el particular desde el sector privado.

Entonces recordemos nuestra pregunta inicial ¿Es correcto sancionar por el delito de colusión sin identificar al particular? Al respecto, Rojas Vargas, nos recuerda que la naturaleza de la concertación reviste dos características importantes para su consumación. Estas características son su ilegalidad y que tiene que darse de manera dolosa mediante actos comisivos, nunca mediante actos omisivos. Además es importante mencionar que estos acuerdos colusorios por su naturaleza ilegal se dan en la clandestinidad²⁴.

Acuerdo colusorio que se debe dar entre el funcionario y el particular, y que lo define de esta forma Rojas Vargas. “En definitiva, el cómplice primario o extraneus necesario en el delito de colusión viene a ser quien mediante aportes o actos dolosos fraudulentos –relacionados con la contratación estatal específica- practica comportamientos inherentes a una posición institucional dentro de la empresa contratista, que sirve u optimiza el rol doloso y antijurídico del autor (funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado) del delito de Colusión”²⁵.

Y agrega que el rigor jurídico para señalar la tipicidad de colusión, en otras palabras, para decir que se produjo un acuerdo colusorio ilegal, no basta señalar que este existió, sino que se debe indicar puntualmente el tiempo, modo, lugar de dichos actos, así como su contexto específico y sus agentes. En este mismo sentido la Corte Suprema señala que “No se configura el delito de colusión cuando no se establece que haya concretado acuerdo alguno de manera oculta con los terceros interesados”²⁶. Por ello, al ser el tercero interesado un cómplice necesario, no se configura el tipo

²³ Ibem, p. 63.

²⁴ SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema de fecha Exp. N° 3611-2002*, Huanuco: 16 de mayo de 2003, citado en el informe jurídico del Caso Alex Kouri por Rojas Vargas, Héctor. 2017.

²⁵ ROJAS VARGAS, F., Informe Jurídico a solicitud de la defensa legal del señor *Alexander Martín Kouri Bumachar*, Lima, 2017

²⁶ SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N° 1842 – 2010 – Corte Suprema, Lima: 10 de junio de 2010.

penal sin la identificación de este.

Y aquí resulta importante citar el Recurso de Nulidad N° 2673-2014, LIMA que hace énfasis en que la sentencia condenatoria deberá describir detalladamente quién es el tercero interesado, en qué circunstancias y de qué forma se dio el acuerdo colusorio.

Fundamento Octavo. Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá de que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando irregularidades, como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregado materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que estos actos hayan sido adecuadamente sustentados; no explica de forma concreta y adecuada cuáles serían los actos colusorios que estos realizaron con el *extraneus* para acreditar su responsabilidad en el delito imputado; pues para la configuración del delito de colusión, el tipo penal exige la concertación. Es decir, requiere que el funcionario público concierte con los particulares; en el caso de autos, con el sentenciado Mauro Antonio Porras Jara (único *extraneus* comprendido en el proceso), para defraudar al Estado. Pero no se hace referencia a concertación alguna con dicho imputado; por ende, no se efectuó una adecuada fundamentación de la decisión judicial, tal y como lo exige el inciso cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución del Estado.

En este mismo sentido Caro John nos ilustra al señalar que no basta la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, sino que debe tener una corroboración fáctica precisa. Y el hecho de no identificar plenamente al cómplice necesario, *extraneus*, en el delito²⁷ de colusión atenta claramente contra el principio de imputación necesaria. Tema que será abordado en mi cuarto problema jurídico. Este autor nos señala este autor que se estaría vulnerando el principio de legalidad al no identificar al tercero interesado y se estaría desconfigurando el tipo penal al sancionar a sólo una persona cuando el art 384 del código penal exige dos personas. En esta misma línea Cavero indica que “no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados”²⁸.

5.1.2. Posición de la corte suprema

a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas

27 CARO, J. F., Análisis de la imputación jurídico-penal contra el Señor Alexander Martín Kouri Bumachar en el proceso penal seguido en su contra por el delito de colusión en supuesto agravio del Estado, Lima, 2017.

28 GARCÍA CAVERO, P.; CASTILLO ALVA, J. L., El delito de colusión, (Lima: Grijley, 2008), p. 103.

La corte suprema en el voto de mayoría reconoce que el núcleo del injusto está en la concertación, que exige la presencia de mínimo dos personas, siendo estos el funcionario público y el interesado. Al respecto y en el caso concreto señala que la empresa ganadora fue aquella que tenía como miembro accionista al primo del suegro de Alexander Kouri. Por ello concluye que de esta relación surge, como consecuencia inevitable, las concertaciones que mantuvieron estos durante la asignación del comité de concesión y la adjudicación, e indican que esto queda mostrado dado que Convia! Callao ganó la obra a pesar de no cumplir con lo estipulado en las bases.

En este voto se enfatiza que los actos de concertación se realizaron desde el inicio y en el transcurso del contrato de concesión, lo que se encuentra probado mediante indicios plurales, concomitantes e interrelacionados por lo que generan certeza. Los magistrados llegan a esta conclusión a partir del uso de las máximas de la experiencia que citan para indicar que esto les lleva a sostener que si una persona, ostenta el poder que le confiere ser alcalde, y va buscar de forma ilegal beneficiar económicamente a alguien, en primer lugar, lo haría con alguien cercano, es decir, un familiar que le permitirá tener la discreción del caso, lo que no ocurriría con personas lejanas a su ámbito personal. Añaden en este voto que como alcalde creó una necesidad ficticia para la declaratoria de emergencia y que le otorgó la pro a Convia! a pesar de no cumplir con los requisitos y le dio tiempo para subsanarlos, lo que no se hizo con ninguna otra empresa postora. Por todo ello, el voto de mayoría señala que los favorecimientos solo se explican con un acuerdo colusorio previo.

En conclusión, solo a través de un acto colusorio entre los que intervinieron en el proceso de concesión (funcionario público e interesados), pudo ser posible que: a) Se le otorgue la buena pro a la empresa CONVIAL CALLAO S.A. b) Se modifiquen en múltiples oportunidades los términos del mencionado proceso, retrasando la realización de la obra final, por ello, a través de los criterios de sana crítica se determina en grado de certeza que existió colusión por parte del acusado con los *extraneus*.

b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella

El magistrado es claro al indicar que no resulta plausible la instauración de procesos penales por colusión sin la presencia del particular y con la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la concertación entre funcionario y particular. Y mucho menos cabe pretender incorporar al particular recién en la sentencia, ordenando la remisión de copias al Ministerio Público para que se investigue

Añade que no hay forma de que se configure este tipo penal con la presencia de una sola persona, sino que debe ser en forma conjunta, por ser un delito de participación necesaria, funcionario e interesado particular, conciertan para poder defraudar al Estado. Agrega que, en primera instancia se reconoció que no había precisión del fiscal en la imputación de los hechos, por cuanto sólo sindicaba que el acusado Kouri Bumachar se habría concertado con terceros interesados. Sin embargo, no se delimitó con quien o quienes se habría concertado, por cuanto se hace una referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, lo que no satisface una imputación clara y precisa. Concluye señalando que por estos argumentos no cabe emitir una sentencia condenatoria en contra de Alex Kouri, y declara haber nulidad en la sentencia y reformándola corresponde la absolución por no haberse probado el acuerdo colusorio.

c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva

El supremo recuerda que la imputación inicial consideraba que Alex Kouri se habría coludido presuntamente, con el representante legal de la empresa CONVIAL CALLAO S.A. Mario Ernesto Ángel Guasco, dicha postura se mantuvo durante todas las etapas del proceso; pese a ello, en la requisitoria oral, la Fiscalía cambió su imputación y estableció que los terceros interesados (*extraneus*), son Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Dall’orto Lizárraga.

En ese sentido el supremo indica que la función de delimitación de los hechos materia del delito, así como los presuntos involucrados en este caso, debieron ser correctamente señalados por la Fiscalía Superior, y en todo caso, mediante el Dictamen de la Fiscal Suprema, lo que en el caso no se hizo. Ello revestía de vital importancia, pues al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria esto significa, que el acto colusorio debe producirse entre el funcionario público y los terceros interesados, y al no estar estos debidamente identificados en la imputación y durante el proceso, vulneró el derecho de defensa del procesado por cuanto, la estrategia de defensa debe realizarse en concordancia con la imputación, que requiere ser clara, precisa y exhaustiva, lo que en el caso concreto no se hizo. Por todo ello debe ordenarse un nuevo juicio oral donde el ministerio público corrija su acusación insubsistente.

d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores

Se adhiere al voto y fundamentos de los señores jueces supremos Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, y de la señora fiscal Suprema en lo penal, con la siguiente motivación:

El Supremo señala que, tomando en consideración las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, se colige válidamente que todos y cada uno de los actos que realizó Alex Kouri como alcalde responden a un acuerdo colusorio sostenido con la empresa Convia! Callao S.A. Indica que es imposible que se otorguen tantas permisiones administrativas y exoneraciones al cumplimiento de determinadas bases reglamentarias a una empresa concesionaria bajo pretexto de que fue en propósito de hacer las obras que supuestamente le urgía a la Provincia Constitucional del Callao, menos aún, si se realizaron a costa de patrimonio que dejó de percibir la Municipalidad Provincial del Callao.

Y añade a su razonamiento que Alex Kouri siempre buscó favorecer a la empresa Consorcio CCI-Concesiones Perú que se convirtió en Convia! Callao S.A., donde hay personas vinculadas a él. Ello pues, le dio tiempo a Convia! Callao, mediante las continuas postergaciones de la firma del contrato de concesión definitivo, para cumplir con los requisitos exigidos en las bases, hasta que finalmente se firmó, con lo que se aseguraba la concesión, beneficiándose con el cobro del peaje por 30 años. Señala que no hay otra forma de explicar ese interés que tenía Kouri en que la referida empresa gane la concesión.

Por último, señala que el concierto se ha llevado a cabo con el accionista de la empresa Convia! Callao S.A., Roberto Dall'orto Lizárraga, sobrino del ex suegro del señor Kouri, Augusto Dall'orto Falconi, quien fue el presidente del comité de selección de la Vía Expresa del Callao, personas que fueron sus familiares, al haber contraído matrimonio el acusado Alex Kouri con la hija del segundo. Hace esta afirmación de culpabilidad en contra de los terceros interesados, pero sólo se termina sentenciando a Alex Kouri sin sanción alguna para los particulares.

e. Posición personal

Debo partir de reconocer que no hay dudas que para la comisión del delito de Colusión se requiere indefectiblemente, dos personas. Funcionario público (*intraneus*) y un particular interesado (*extraneus*). Decir lo contrario sería ir en contra del propio tenor de la norma penal del 384 del código penal, y por ende se vulneraría el principio de legalidad. Entonces, si esta es la conducta típica y reconocida así por la Suprema, debe ser probado más allá de toda duda razonable y con los elementos mínimos razonables del acuerdo colusorio.

Tanto la doctrina, jurisprudencia, así como los magistrados que condenan a Alex Kouri reconocen que estamos ante un delito de encuentro y de participación necesaria. La diferencia entre las posturas del voto de mayoría y

minoría de la Corte Suprema radica principalmente en la pregunta si ¿Se puede sancionar sólo al funcionario público por colusión bastando señalar como el tercero interesado a la empresa o algún accionista sin que este haya sido procesado y menos sancionado? Ello a pesar de haber reconocido que solo se puede configurar este delito con la concurrencia en un acuerdo ilegal y doloso de dos personas.

La Corte Suprema indica en su voto de mayoría que, a partir del uso de las máximas de experiencia, Alex Kouri se habría coludido con Convia Callao, y el juez Neyra, incluso da el nombre de la persona con la que se habría coludido señalando al sobrino de su suegro, quien era accionista de la empresa adjudicaría.

La pregunta es si en verdad ello demuestra el acuerdo colusorio o más bien demuestra el interés indebido y favorecimiento del funcionario público, Alex Kouri, hacia la empresa Convia Callao. La corte suprema en ese punto afirma que es posible sostener que hubo concertación entre Alex Kouri, su suegro, el primo de su suegro y el presidente de la comisión de selección, Barriga Calle, pero a pesar de hacer esta afirmación, termina condenando solo a Alex Kouri y no a los otros citados que ni siquiera fueron procesados. Otro punto a cuestionar es, si es correcto lo que afirma la Corte Suprema cuando señala que las máximas de la experiencia te llevan a concluir que, si favoreciste a una empresa de un familiar cercano, estos actos de favorecimiento solo se pudieron haber dado con un acuerdo previo. Recordemos que los imputados en principio como terceros interesados fueron absueltos y al juicio oral llegó como único procesado Alex Kouri. Ante esto la Corte Suprema señala "En consecuencia, este Tribunal analizó debidamente la existencia de colusión y la concertación con los verdaderos interesados" ¿Se puede hacer ello en la sentencia a pesar de que no fue postulado como tal por el Ministerio público, ni fueron siquiera procesados y menos sentenciados los sindicados como terceros interesados?

Soy de la opinión que si bien el análisis de los elementos probatorios nos lleva a una conclusión de claro favorecimiento de Alex Kouri a la empresa Convia Callao, donde además eran accionistas personas de su entorno cercano. Estos indicios señalados por la Corte Suprema nos llevan a concluir un favorecimiento y un interés indebido que son propios del delito de negociación incompatible, más no del delito de colusión. Este punto referido a la negociación incompatible será abordado a profundidad en el siguiente problema jurídico. Sostengo que no estaríamos ante un acto colusorio en la medida que el acto típico del delito de colusión es la concertación, y para probar ello con el estándar de más allá de toda duda razonable, mínimamente debes identificar al particular, cómplice necesario. Y como

ya se mencionó líneas arriba, al ser un delito que requiere para su configuración el accionar de mínimamente dos personas, es insostenible indicar que sólo se puede sancionar funcionario público sin siquiera procesar a su cómplice necesario.

Y cuando señalo que identificar no basta señalarlo, sino que debes procesarlo, actuar prueba sobre él y darle la oportunidad al procesado de actuar contra prueba. Sostener lo contrario nos lleva a defender una sentencia que vulnera el principio de legalidad, dado que la norma exige una conducta de dos personas y no sólo de una. En este punto coincido con el voto discordante del juez Chávez Mella, que señala que es inaceptable que se pretenda introducir al tercero interesado sólo mencionándolo en la sentencia sin haber sido este procesado, ni haberse podido armar a lo largo del proceso una defensa eficaz acorde a esta tesis.

Por tanto, sostengo que no cabe sancionar por el delito de colusión al funcionario público sin haber identificado, procesado y sancionado a la persona con la que habría realizado este acuerdo colusorio, de lo contrario, ya no estaríamos ante un delito de participación necesaria. Y bastaría probar solo la conducta del funcionario público para configurar el acuerdo colusorio, lo que a todas luces resulta ilógico.

5.2. ¿Cuál es el título de imputación por el que debería responder el tercero interesado en el presente caso?

Para abordar de manera correcta este problema debemos empezar explicando la teoría aplicable a la autoría y la participación. Resulta importante señalar que nuestro código penal acoge la teoría diferenciadora, es decir, se hace la distinción entre autores y partícipes. A esta teoría, debemos añadir la particularidad de que los delitos contra la administración pública deben ser entendidos como delitos especiales y concretamente como delitos funcionariales.

En este sentido debo mencionar que, en los delitos contra la Administración Pública, a diferencia de los delitos comunes, los autores deben poseer, necesariamente, alguna cualidad específica exigida por el tipo penal.

Además de ello, la autoría y participación en los delitos contra la administración pública se exige la aplicación de la teoría de infracción de deber.

5.2.1. La teoría de los delitos de infracción de deber

Lo primero que habría que señalar es que los tipos penales de la parte especial pueden regularse como delitos de dominio (el dominio como con-

ducta típica por parte del autor, por sí mismo o intermediario) y como delitos de infracción del deber (infracción de un deber específico del sujeto activo sin importar cómo la realice). En la segunda regulación estarían ubicados los delitos especiales.

Lo segundo es que, en los delitos de dominio, se aplica el dominio de hecho, mientras que, en los delitos de infracción del deber, el dominio del hecho no es importante porque basta que el *intraneus* infrinja su deber provocando que los *extraneus* colaboradores también sean partícipes del delito.

Además, habría imposibilidad de coautoría en la participación de un *intraneus* y un *extraneus* en delitos especiales a menos que estos infrinjan dolosamente los mismos deberes que les corresponden. Esta última afirmación indica que, para determinar la autoría en este caso, no es posible recurrir a la teoría del dominio del hecho, puesto que aquí solo importa la infracción del deber, donde la imputación dependerá únicamente de su infracción. Y es justamente esta la teoría que se acoge para analizar los delitos contra la Administración Pública²⁹.

En conclusión, debemos concordar que al ser el delito de colusión un delito contra la administración pública, será un delito especial donde se le aplica la teoría de infracción de deber y la teoría de la unidad del título de imputación, en concordancia con el principio de accesoriedad. Por ello, solo podrá ser autor de este delito, el funcionario público, y el particular que intervenga en estos delitos, al no contar con ningún deber, solo podrá responder a título de partícipe por el mismo delito imputado al funcionario público.

¿Entonces a título de qué responderían los Dall Orto Falconi? señalados como los terceros interesados con los que se habría coludido Alex Kouri y que no fueron procesados. Veamos qué dice la Corte Suprema al respecto.

a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas

El voto de mayoría empieza reconociendo que si bien, los inicialmente imputados como terceros interesados-cómplices primarios del delito de colusión, fueron Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini. Indican que se ha determinado que la colusión se produjo con los familiares del procesado Kouri Bumachar, Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga, por cuanto, se valoraron todos los medios de prueba señalados.

²⁹ SOTOMAYOR HERRERA, J., «¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?», en Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 120, junio 2019, issn: 2075-6305, pp. 179-191.

Añade que al encontrarse con el Recurso de Nulidad N.º 1109-2014- Lima, de nueve de junio de dos mil quince, donde se estableció que no existe evidencia que acredite una posible concertación entre Gordillo Tordoya –coautor del delito de colusión– y los encausados Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, representantes de la empresa CONVIAL CALLAO. El voto de mayoría indica que analizó debidamente la existencia de colusión y la concertación con los verdaderos interesados.

Recuerdan que los imputados inicialmente como cómplices primarios del delito de colusión, fueron los representantes legales de la empresa CONVIAL CALLAO S.A., Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, respecto de los cuales se resolvió su situación jurídica a través de la ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente, en este sentido, determinaron que los verdaderos terceros interesados fueron Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga. Y se muestran de acuerdo con correr copias al Ministerio Público para que se los investigue.

b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella

La jueza empieza señalando que no resulta plausible la instauración de procesos penales sin la presencia del particular y sin la descripción correcta del acto colusorio; acorde a ello, señalan que tampoco, cabe pretender incorporar al particular recién en la sentencia, ordenando la remisión de copias al Ministerio Público para que se investigue.

Indica que ellos así porque se debe tener en cuenta que el injusto material de la colusión, no puede ser explicado sobre la base del proceder de uno de ellos, sino que este debe ser en forma conjunta, por ser un delito de participación necesaria –funcionario el interesado particular– conciertan para poder defraudar los intereses patrimoniales del Estado.

Por ello concluye que no es posible fundar una sentencia de condena contra el Alex Kouri por cuanto no está acreditado el encuentro colusorio. Respecto a los supuestos terceros interesados nos señala que su condición actual es la de sospecha, los que serían investigados después de once años desde la última adenda suscrita (marzo del 2006), y sí bien procesalmente el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales de 1940 faculta al juzgador la remisión de copias al Fiscal para el inicio de otro proceso cuando fluya objetivamente responsabilidad de terceras personas, tal circunstancia no se da porque en el presente caso no se ha probado el concierto colusorio.

c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva

Este voto discordante indica que se condenó a Alex Kouri como autor del delito de colusión desleal, con una sentencia que no estaba debidamente motivada de conformidad con el Principio de Imputación necesaria. Ello porque no se aclaró quienes fueron las personas específicas con las que se habría coludido Alex Kouri.

Por ello señala que, la omisión realizada por la Fiscalía, no puede subsanarse mediante la decisión del Juez, porque de ser así, se vulneraría los Principios y Garantías Constitucionales como de Defensa, de Imputación Necesaria, las cuales se manifiestan en consonancia con el principio acusatorio. En este sentido, nos indica que corresponde que se realice una descripción fáctica de los hechos, e imputación concreta a cada uno de los acusados por el delito de colusión desleal, así como lo correspondiente a las demás actuaciones que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal. En conclusión, es de la opinión de declarar nula la sentencia y devolver los actuados al Ministerio Público para que precise la descripción fáctica.

d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores

Se adhiere al voto y fundamentos de los señores jueces supremos Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, y de la señora fiscal Suprema en lo penal, con la siguiente motivación:

Respecto al título de imputación de los terceros interesados, el juez sólo señala que estos serían los Dall Orto Falconi y que tendrían calidad de cómplices, correspondiendo correr copias al ministerio público. Añade que estos terceros interesados que no fueron procesados deben pagar la indemnización de manera solidaria junto a Alex Kouri.

e. Posición personal

Asumiendo que efectivamente se dio un acuerdo colusorio entre Alex Kouri, Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga. Corresponde analizar cuál sería el título de imputación que les correspondería. En principio queda descartado su posible inclusión a un proceso penal como autores o coautores, ello debido a que debemos recordar que estamos ante un delito especial, es decir, un delito que sólo puede ser cometido por personas calificadas, tal como lo señalamos en el análisis dogmático de la colusión. La cualificación viene dada por la norma penal, y en los delitos contra la administración pública, el círculo de posibles autores se reduce a funcionarios o servidores públicos. Al no ser Augusto ni Roberto Dall'Orto funcionarios ni servidores públicos, queda descartada su imputación como autores.

Respecto a su posible inclusión como cómplices, recordemos que al estar ante un delito de infracción de deber se debe aplicar la teoría de unidad del título de imputación. Es decir, debemos concordar en que, partiendo de la premisa que existió este acuerdo colusorio, la participación de Augusto y Roberto fue con un aporte esencial para la consumación del tipo penal. Es por ello que correspondería sindicarlos como cómplices primarios. Y cómplices primarios del mismo delito imputado al autor, en este caso a Alex Kouri. Por ello se les debería considerar cómplices primarios del delito de colusión.

La lógica seguida por la Corte Suprema, de iniciarse un nuevo proceso contra los terceros interesados, como lo indica el voto de mayoría en su decisión de oficiar copias al ministerio público para que investigue, nos llevaría a sostener el supuesto ilógico de que incoaríamos un proceso penal sólo contra cómplices primarios y sin autor. O más bien, un proceso penal contra los cómplices, pero con el autor ya sentenciado en otro proceso penal. Dos inconvenientes graves se desprenden de este supuesto. Por un lado, se estaría afectando el principio de accesoriedad y por otro lado se vulneraría la presunción de inocencia.

En primer lugar, estaríamos ante una vulneración al principio de accesoriedad, dado que este tipo de delitos [de infracción de deber] restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. No obstante, es importante resaltar que la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible³⁰.

Es por ello que no se entiende cómo el voto de mayoría de la Corte Suprema pretende que se abra un proceso penal en contra de Augusto y Roberto Dall’Orto, en donde estos serían investigados y procesados como cómplices por un delito contra la administración pública. Delito que además es un delito especial y de infracción de deber, todo ello sin la presencia del funcionario público, es decir, sin el autor.

Si bien, la Corte Suprema en su voto de mayoría señala que, no es que no haya autor y que sólo se pretenda sancionar a los cómplices, sino que sí existe el autor y este ya fue sancionado en otro proceso penal. La pregunta es ¿es esto posible? Y es en este punto donde surge el segundo gran pro-

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, Lima: 06 de diciembre de 2012, fundamento jurídico 11.

blema de iniciar un proceso penal en contra de Roberto y Augusto Dall Orto. Porque si la Corte Suprema señala que no se afecta el principio de accesoriadad, dado que sí hay autor del delito de colusión y que este ya fue sancionado en proceso penal. En buena cuenta nos está diciendo que en este delito de participación necesaria y de encuentro al encontrárselo responsable a Alex Kouri, también se los encontró responsables a los terceros interesados, Augusto y Roberto Dall Orto.

Sostener esta argumentación implica reconocer que el pedido de correr copias al ministerio público para que se investigue, sería un mero acto de formalismo y a la vez una grave vulneración al principio/garantía de presunción de inocencia. Ello porque se estaría iniciando un proceso contra los terceros interesados, a pesar de que estos ya fueron señalados como responsables del delito de colusión en calidad de cómplices en otro proceso penal en el que ni siquiera fueron investigados. Ello resulta muy grave porque se estaría condicionando el tratamiento de los investigados y así mismo la objetividad del ministerio público para investigarlos y se los estaría condenando desde el inicio a una sentencia condenatoria.

De la misma forma, resultaría ilógico que estos sean absueltos en este nuevo proceso penal, dado que tendríamos dos sentencias contradictorias sobre los mismos hechos, imputados y delito. Por un lado la sentencia de Alex Kouri que identifica como los cómplices a Augusto y a Roberto Dall Orto; Y por otro lado la sentencia que eventualmente no los encuentre responsables de este delito. Todos estos problemas se generan a partir de una sentencia condenatoria por delito de colusión, delito de encuentro y de participación necesaria, sin procesar a los cómplices primarios. Es por ello que concuerdo con el voto discordante de la jueza Chavez Mella y sostengo que en un proceso penal por el delito de de colusión no es posible sancionar al funcionario público sin la presencia del particular y sin la descripción correcta del acto colusorio; tampoco, cabe pretender incorporar al particular recién en la sentencia, ordenando la remisión de copias al Ministerio Público para que se investigue.

Debo ser enfático en señalar que las deficiencias en el actuar del ministerio público no pueden ser suplidas de ninguna forma por el juez. Este se debe mantener imparcial y debe ceñir su actuar estrictamente a lo que corresponde a su función como juzgador. De ninguna manera deberá interpretar o complementar la acusación.

5.3. ¿Los hechos valorados se corresponden con el delito de colusión o son propios del delito de negociación incompatible?

Empiezo este acápite, con el análisis del delito de negociación incompatible, el cual se encuentra establecido en el artículo 399 del Código Penal

Art. 399.- El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

A partir de la descripción típica, voy a establecer algunas diferencias y semejanzas entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión.

SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO DEFINIR EL TIPO APLICABLE? ³¹
<p>Ambos delitos son: Especiales, funcionariales, de infracción de deber y contra la administración pública.</p> <p>Ambos delitos son aplicables en el marco de cualquier operación económica en la que el estado participe como parte.</p> <p>Ambos delitos reflejan y desvaloran el conflicto entre intereses privados y públicos.</p>	<p>El delito de colusión requiere y describe la conducta de mínimo DOS personas. El funcionario público y el tercero interesado. El delito de negociación incompatible solo describe la conducta de una persona que es el funcionario público.</p> <p>El delito de colusión tiene como verbo recto y conducta típica, la concertación ilegal. Por ende, es considerado un delito de participación necesario y delito de encuentro.</p> <p>El delito de Negociación incompatible tiene como verbo rector y conducta típica es interesarse. Delito, por tanto, que claramente no es bilateral como la colusión, ni de encuentro, ni mucho menos de participación necesaria.</p>	<p>A partir del principio de especialidad, debemos indicar que la conducta típica en el delito de negociación incompatible es más genérica. Por el contrario, al ser la colusión un delito más específico, este sería el que subsuma de manera más completa la conducta delictiva.</p> <p>Entonces, en aquellos casos donde no pueda probarse la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que el interés privado indebido se mostró de manera bilateral, será el delito de negociación incompatible al que subsidiariamente sea aplicado.</p>

31

5.3.1. Posición de la Corte Suprema

A partir de estas consideraciones debemos analizar cuál era el tipo penal aplicable al caso de Alex Kouri. Empecemos analizando lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia.

a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas

Señalan que, solo a través de un acto colusorio entre los que intervinieron en el proceso de concesión (funcionario público e interesados), pudo ser posible que: a) Se le otorgue la buena pro a la empresa CONVIAL CAL-

31 Cuadro tomado como referencia del manual Idehpucp -2016, pero modificado por el autor del presente informe.

LAO S.A. b) Se modifiquen en múltiples oportunidades los términos del mencionado proceso, retrasando la realización de la obra final, por ello, a través de los criterios de sana crítica se determina en grado de certeza que existió colusión por parte del acusado con los terceros interesados.

Terminan el análisis señalando que no corresponde aplicar el tipo penal de negociación incompatible, dado que se probó a partir de la valoración de la prueba indiciaria la concertación ilegal y ese fue tipo penal llevado a juicio sobre el que versó la prueba.

b. Voto Discordante “Absolución” por Chávez Mella

Señala que no se ha probado el acuerdo colusorio y que eso es así porque no cabe construir este tipo penal en base a un solo imputado, cuando este delito es de participación necesaria.

c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva

Señala que al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria, la fiscalía debió identificar correctamente a los terceros interesados. Lo que en el caso de Alex Kouri no lo hizo. Por ello considera que se vulneró el derecho a defensa, porque el sentenciado no pudo preparar su defensa adecuadamente. Por último, indica que el juez no puede suplir el rol del fiscal y llenar vacíos de imputación.

Por todo ello señala que, si bien es posible que se haya cometido el delito de colusión, este no puede ser analizado si es que no lo postuló correctamente la fiscalía. En ese sentido declara la nulidad de la sentencia y ordena realizar una debida imputación a la fiscalía.

d. Voto dirimente del señor juez Supremo Neyra Flores

Se adhiere al voto y fundamentos de los señores jueces supremos Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, y de la señora fiscal Suprema en lo penal, con la siguiente motivación:

El juez Neyra señala literalmente lo siguiente y resulta importante analizarlo a la luz de resolver este problema jurídico. “Alex Kouri siempre buscó favorecer a la empresa Consorcio CCI-Concesiones Perú que devino en Convia Callao S.A., donde hay personas vinculadas al titular de la Municipalidad del Callao, dándole tiempo mediante las continuas postergaciones de la firma del contrato de concesión definitivo, para cumplir con los requisitos exigidos en las bases, hasta que finalmente se firmó, con lo que se aseguraba la concesión, beneficiándose con el cobro del peaje por 30 años. No habiendo sido justificado lícitamente dicho interés especial que tenía

Kouri Bumachar en que la referida empresa gane la concesión”.

Del mismo modo indica que el concierto se ha llevado a cabo con el accionista de la empresa Convial Callao S.A., Roberto Dall’orto Lizárraga, sobrino del ex suegro de Kouri, Augusto Dall’orto Falconi, quien fue el presidente de la Comisión de Concesión de la Vía Expresa del Callao, personas que fueron sus familiares.

Por último, indica que si bien inicialmente se hace referencia al delito de negociación incompatible y su verbo rector, es porque la Fiscalía Superior había acusado por este delito.

Ello debido a que consideraron que no había mérito para formular acusación por el delito de Colusión, siendo desaprobado por la Fiscalía Suprema, quien dispuso que la fiscalía superior emita nuevo dictamen comprendiendo el delito de Colusión, por lo que se expidió la nueva acusación que sustentó el juicio oral, la prueba recabada y su valoración motivada se ha podido demostrar la responsabilidad de Kouri, cuya conducta cumple con los elementos típicos del delito de Colusión imputado.

e. Posición personal

Debo empezar recordando que el fiscal superior acusó por el delito de negociación incompatible, no por colusión (lo que fue desaprobado por la fiscalía suprema que obligó a que se acuse por colusión) y en la misma sentencia de primera instancia se usan las palabras “favorecer, interesar y beneficiar” que son del tipo penal de negociación incompatible. Resulta que este tipo penal no pudo ser aplicado debido a que prescribió apenas inició el juicio oral. Es importante tener en cuenta este antecedente para señalar que la fiscalía superior estaba convencida que el delito que se había cometido en el presente caso era negociación incompatible y no colusión.

Es por estas consideraciones, que sostengo en el caso concreto que el tipo penal que debió aplicarse fue el de negociación incompatible. Y aquí resulta paradójico, que el delito subsidiario, que es delito de negociación incompatible, termino convirtiéndose en delito principal y el delito de colusión se aplicó como subsidiario en los hechos. Porque recordemos que delito de negociación incompatible debe ser aplicado en tanto no se pueda probar el pacto colusorio, como en el presente caso. Pero en el caso Kouri, se aplicó el delito de colusión por la imposibilidad de sancionar por negociación incompatible ya que este delito prescribió en pleno juicio oral.

Los deseos de no dejar impune este caso emblemático y mediático de corrupción, llevó a que haga un uso forzado del delito de colusión. Y sos-

tengo ello porque queda claro a partir de las irregularidades descritas, en los hechos del presente informe, que la base probatoria está orientada y considero cumple con probar el interés especial e indebido de Alex Kouri para favorecer en la buena pro a la empresa del primo de su suegro.

Porque debemos concordar que no basta para probar el delito de colusión que el funcionario muestre especial interés en favorecer a la empresa de un familiar para sostener que existió un pacto colusorio. Si bien es cierto esto puede ser tomado como un indicio fuerte, no enerva la presunción de inocencia respecto al delito de colusión. Para su probanza requiere mayores indicios orientados, no a probar el interés de favorecimiento, sino el modo, la forma, las circunstancias, el momento y sobretodo las personas con las que se habría coludido Alex Kouri.

Por estas consideraciones concluyo que el tipo aplicable al presente caso debió ser el de negociación incompatible y no el de colusión.

Y concretamente señalo que estaríamos ante un delito de Negociación

Incompatible por lo siguiente:

- Queda claro que estamos ante un funcionario público, el entonces alcalde Alex Kouri.
- Que indebidamente y en forma directa se interesó. Ello queda demostrado por las diversas irregularidades a lo largo del proceso de contratación. Desde la etapa de preparación de las bases del contrato donde se puso requisitos exorbitantes para sacar de competencia a las empresas postoras. Ya en la etapa de selección Kouri, nombró como ganadora a Convial Callao, a pesar de no cumplir con los requisitos establecidos en las bases contractuales, tal como está detallado en los hechos del presente informe. Por último, este interés indebido se vio evidenciado en la etapa de ejecución contractual, en la que Alex Kouri firmó diversas adendas que claramente favorecían a la empresa Convial Callao, entre ellas se firmó la extensión de plazo y la reducción de tramos de construcción.
- En provecho de un tercero, en este caso se interesó en provecho de la empresa Convial Callao.
- En un contrato en el que intervenga por razón de su cargo, en este caso en el contrato de concesión de la vía expresa del callao. En el que además intervino por razón de su cargo como alcalde de la provincial constitucional del callao.

Es por estos motivos que considero que la conducta imputada y probada en el proceso encaja en el delito de negociación incompatible y no con el delito de colusión, que exige la participación de tercero interesado. En el delito de negociación incompatible no se requiere probar ningún acuerdo, ni incluir a ningún cómplice para su construcción. Y ante la imposibilidad de probar el acuerdo colusorio, opera de manera subsidiaria el delito de negociación incompatible. Y ello debió ser señalado por la Corte Suprema; más no buscar sancionar a toda costa por el delito de colusión.

Debo ser enfático al indicar que sí se hubiese configurado el delito de colusión en caso hubiesen procesado al tercero interesado, sujeto indispensable de la colusión.

5.4. ¿Se vulnera el principio de imputación necesaria en la sentencia condenatoria de Alex Kouri?

Debo empezar definiendo lo que se entiende por principio de imputación necesaria. Este principio debe ser entendido como el deber del ministerio público de precisar con detalle su imputación. Y cuando señalamos a detalle, hacemos referencia a que debe cumplir con indicar y desarrollar tres elementos de la imputación.

- Elemento fáctico
- Elemento jurídico
- Elemento Probatorio

Solo en la medida que se desarrollen estos tres elementos de manera clara, precisa, expresa y circunstanciada, podremos hablar de que cumplió con este principio. En este mismo sentido la Corte Suprema señala que no basta la enunciación de hechos contenida en la norma penal, sino que debe haber un correlato fáctico y probatorio³².

Recordemos que este principio reposa en dos derechos fundamentales.

1) Derecho a la defensa: Dado que la única forma de poder ejercer de manera eficaz mi defensa es conocer de manera completa los cargos que se me imputan (hechos, calificación jurídica y base probatoria)

2) Derecho a la motivación: Este es lado formal del principio de imputación necesaria. Dado que no basta una mera enunciación de los tres elementos antes señalados, sino que deben estar debidamente relacionados, desarrollados y argumentados.

³² SALA PENAL PERMANENTE, R. N. 0956-2011-Ucayah, Lima: 21 de marzo de 2012.

A partir de todo ello, debemos concordar que en caso el ministerio público no cumpla con el principio de imputación necesaria, no cabe de ninguna forma que el juez o colegiado subsane o interprete la imputación fiscal. De hacerlo se estarían vulnerando dos principios más.

1) Principio Acusatorio: Entendido este como la atribución de la función de imputación de cargos de manera exclusiva al fiscal. Y la separación de funciones respecto al juez, que cumple la exclusiva función de juzgar a partir de la información que le proporciona tanto fiscalía como defensa. Pero en ningún caso podrá subsanar o interpretar más allá de lo estrictamente señalado por el fiscal.

2) Principio de imparcialidad: En concordancia con el anterior principio, el interpretar o subsanar la imputación, supliendo la posición del fiscal nos llevaría a afirmar que este no está siendo un tercero imparcial. Y estaría asumiendo un rol que no le corresponde, rompiendo su deber de imparcialidad.

5.4.1. Posición de la Corte Suprema

a. Votos de Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas

El voto de mayoría señala que no existe afectación al principio acusatorio que a la vez vulnere el derecho de defensa, dado que están delimitados los hechos que han sido objeto de investigación, definidos detalladamente en la acusación y que no han variado. Además indican que no se alteró la identidad de los actos de ejecución delictiva investigados y la homogeneidad del bien jurídico tutelado, pues la participación Alex Kouri se ha mantenido así como la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública que ocasionó con su actuar ilícito se encuentran debidamente especificados.

Sobre los extraneos Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga señalan que se conoció su participación desde incluso antes de la acusación y la defensa técnica y material tuvo la oportunidad de contradecir su participación, como lo hizo efectivamente en el juicio oral, lo cual permite concluir que no se generó indefensión y por el contrario se cumplió con los requerimientos del principio de imputación necesaria. Agregan que este Supremo Tribunal valoró los elementos de prueba existentes que han permitido establecer de forma categórica la existencia del acto colusorio, por lo que, aceptar los argumentos de la defensa sobre su inexistencia, significaría desconocer la realidad de los hechos y establecer por encima de ellos formalismos que a todas luces son contrarios a una

libre valoración de la prueba. Terminan citando el Recurso de Nulidad N.º 1318-2012 donde se condena a un funcionario público sin la presencia del tercero interesado.

b. Voto discordante “Absolución” por Chávez Mella

La jueza es enfática al indicar que el Ministerio Público no cumplió en indicar los momentos en los cuales se habrían realizado los acuerdos colusorios y por ende no cumplió con el principio de imputación necesaria. Indica que en el Informe N.º 172-2007-CGOEA se señalan irregularidades desde la propia sustentación de la concesión, el proceso del concurso para su ejecución y la suscripción de los contratos (el espectro preparatorio y ejecutivo) de la obra denominada Vía Expresa del Callao, pero no se precisa en qué consistió el encuentro colusorio en cada una de estas etapas, más aún cuando en las previas a la suscripción del contrato y adendas posteriores firmadas por Alex Kouri, los intervinientes fueron los integrantes del Comité de Concesiones y el Comité de Recepción de Postores del Municipio Provincial y no el Alcalde Provincial.

Es por ello que la jueza suprema sostiene que no es posible fundar una sentencia de condena contra Alex Kouri por no estar acreditado el encuentro colusorio entre él y los supuestos terceros interesados quienes por su condición actual es la de sospecha, los que serían investigados después de once años desde la última adenda suscrita (marzo del 2006), y sí bien procesalmente el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales de 1940 faculta al juzgador la remisión de copias al Fiscal para el inicio de otro proceso cuando fluya objetivamente responsabilidad de terceras personas, tal circunstancia no se da porque en el proceso no se ha probado el concierto colusorio defraudatorio de Alex Kouri con Augusto Dall’orto Falconí y Roberto Da’llorto Lizárraga y el ordenar el pago solidario de una reparación civil vulnera el principio fundamental de la presunción de inocencia de personas que no fueron procesadas.

c. Voto Discordante “Haber Nulidad” por Ventura Cueva

Señala que no se cumplió con el Principio de Imputación Necesaria y el Principio Acusatorio. Indica que no se delimitaron los hechos materia del delito, así como los presuntos involucrados, los mismos que debieron ser correctamente señalados por la Fiscalía Superior, y en todo caso, mediante el Dictamen de la Fiscal Suprema, lo que en el caso no se hizo. Indica que ello era muy importante, pues al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria se vulneró el derecho de defensa del procesado. Esto teniendo en cuenta que la estrategia de defensa debe realizarse en concordancia con la imputación, que requiere ser clara, precisa y exhaustiva, lo

que en el caso concreto no se hizo.

En consecuencia, en razonamiento de este voto, la omisión realizada por la Fiscalía, no puede subsanarse mediante la decisión del Juez, porque de ser así, se vulneraría los Principios y Garantías Constitucionales como de Defensa, de Imputación Necesaria, las cuales se manifiestan en consonancia con el principio acusatorio. En este sentido, nos indica que corresponde que se realice una descripción fáctica de los hechos, e imputación concreta a cada uno de los acusados por el delito de colusión desleal, así como lo correspondiente a las demás actuaciones que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal. Por estas consideraciones considera que resulta aplicable el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, es decir la nulidad. Posición del Bachiller

Soy de la opinión de que efectivamente en el caso de Alex Kouri se vulnera el principio de imputación necesaria que reposa en dos derechos fundamentales: el derecho a la defensa y el derecho a una debida motivación. El primero implica que el procesado debe conocer la imputación en su contra, la misma que se compone de tres elementos. El primero fáctico, esto es, el conjunto de hechos por los cuales es pasible de recibir una sanción penal. El segundo jurídico; que es la subsunción típica de los hechos señalados anteriormente, subsunción que no se circunscribe sólo al ámbito de la tipicidad, sino al desarrollo de todos los elementos de la teoría del delito. Por último, el tercero un elemento probatorio, el cual es el conjunto de actos de investigación propuestos para demostrar la ocurrencia de los hechos descritos³³.

Debe quedar claro que la no identificación de los interesados vulnerara la imputación necesaria por lo siguiente.

a) Elemento fáctico: En los hechos imputados no se le señaló a Alex Kouri con quién se habría concertado ni la forma en la que se habría dado la misma.

b) Elemento jurídico: Si el delito de colusión tiene como verbo rector del tipo penal el ponerse de acuerdo, mínimamente espero que la fiscalía me indique con quién me puse de acuerdo. De lo contrario no está cumpliendo con argumentar correctamente y mínimamente el delito imputado, lo que genera indefensión.

c) Elemento Probatorio: A partir de lo mencionado en los dos primeros elementos, queda claro que si en los hechos no me dices con quién me puse

33 CARO, J. F., *Análisis de la imputación jurídico-penal contra el Señor Alexander Martín Kouri Bumachar en el proceso penal seguido en su contra por el delito de colusión en supuesto agravio del Estado*, Lima, 2017.

de acuerdo, y por ende no cumple con señalar correctamente el verbo rector del tipo penal. Tampoco está cumpliendo con actuar prueba sobre este elemento objetivo del tipo penal, que es la conducta típica. Y por ende tampoco le da la posibilidad a Alex Kouri de presentar pruebas de descargo.

En el presente caso entonces, a lo largo de proceso no se señaló como terceros interesados o cómplices a los Dall Orto Falconi. Esta argumentación no apareció sino hasta la última sesión de juicio oral donde el fiscal solicitó se remita copias al ministerio público. Entonces, si no había identificación de los cómplices primarios de un delito de participación necesaria, ¿podemos hablar de que se cumplió con dar a conocer al imputado la imputación concreta completa? Por su puesto que no, Alex Kouri no supo a lo largo del proceso que se le iba sorprender en la sentencia con la imputación de complicidad con las personas en mención.

Por ende, si no se le indicó a lo largo del proceso quienes serían los cómplices y se le condenó por este delito de participación necesaria sin los partícipes necesarios, queda claro que no se cumplió con ninguno de los tres criterios de imputación necesaria, ni la fáctica, porque no se señaló con quien se coludió, ni la jurídica, dado que al ser un delito de participación necesaria se requiere de la conducta de dos personas para su sanción, ni la probatoria, porque no se actuó prueba sobre los terceros interesados indicados en la sentencia. Y en el presente caso Alex Kouri llegó sólo al juicio oral y fue el único sentenciado.

Soy de la opinión de que el deber de imputación necesaria es exclusivo del Ministerio público y no puede ni debe ser complementado por la judicatura en ningún caso. A fin de que no se cuestionen las sentencias contra los delitos contra la administración pública, se debe cuidar el respeto a los principios. Si no hubo identificación del tercero interesado a lo largo del proceso, no puede llevar a la judicatura a rellenar este vacío de imputación señalando que las máximas de la experiencia o el principio de primacía de la realidad indican que hubo un acuerdo colusorio con tales personas. Las deficiencias del ministerio público no pueden ser cargadas en contra del procesado. De permitir ello, estaríamos vulnerando claramente el principio acusatorio y de imparcialidad de parte los jueces que completaron el razonamiento sin acusación.

Por otro lado, a lo largo de la sentencia no se menciona en qué momento se habría coludido ni de qué forma lo habría hecho. Los votos condenatorios se limitan a enumerar las irregularidades a lo largo de la concesión que dan cuenta de un claro favorecimiento de Alex Kouri a la empresa Convia Callao, pero no el acuerdo colusorio. Entonces, al no establecer la conducta

típica por el delito de colusión no se puede condenar por este delito. Por estas consideraciones queda claro que se vulneró el principio de imputación necesaria, lo que no le dio ni la más mínima posibilidad a Alex Kouri de defenderse sobre estos aspectos, ya que simplemente nunca los conoció, sino hasta su sentencia condenatoria de primera instancia.

6. Conclusiones

Un Primer problema identificado fue que no se incorporó al proceso penal al extraneus y que a pesar de ello se sancionó por colusión al intraneus. Se concluyó que no se puede sancionar por el delito de colusión sólo al funcionario público sin identificar al tercero interesado. Ello porque a partir del desarrollo de los elementos de este tipo penal, se entiende que este delito es de participación necesaria y de encuentro. Por lo que, para subsumir una conducta en el delito de colusión se exige probar un acuerdo, que por su propia naturaleza implica a dos personas, siendo estos el funcionario público y el tercero interesado. La no inclusión del tercero interesado al proceso penal en este caso, implica reconocer que no se pudo probar el acuerdo colusorio, por ende, no es de aplicación el delito de colusión.

Un segundo problema jurídico identificado fue el título de imputación que se le daría al tercero interesado. Se concluyó que, en primer lugar, se tiene que a partir del reconocimiento del delito de colusión como delito especial en el que se aplica la teoría de la infracción de deber, el tercero interesado respondería a título de cómplice primario, ello en concordancia con la teoría de la unidad del título de imputación. En segundo lugar, resulta inadmisibles el argumento de la Corte Suprema de remitir copias al ministerio público para que investigue a los terceros interesados, dado que ello afecta el principio de accesoriadad y el derecho a la presunción de inocencia de señalados como terceros interesados.

El tercer problema identificado fue el tipo penal a aplicar en el presente caso, se concluyó que la figura aplicable al presente caso es el delito de negociación incompatible y no el de colusión. Ello básicamente porque al no haberse incorporado al tercero interesado al proceso penal no se puede señalar que hubo concertación, si no hay dos personas como mínimo, no puede haber acto colusorio, por tal no puede aplicarse el tipo penal de colusión. Sin dejar de lado, que sí sería de aplicación el delito de negociación incompatible porque lo medios probatorios actuados, da cuenta de un interés indebido de Alex Kouri en favor de la empresa Convial Callao³⁴.

Por último, respecto a la imputación necesaria se concluyó que se vulne-

³⁴ Sí se hubiese configurado el delito de colusión, si es que se hubiese procesado al tercero interesado y le hubiesen dado la oportunidad de defenderse.

ró el principio de imputación necesaria en sus tres vertientes. Estas tres vertientes son la fáctica, la jurídica y la probatoria. No es posible sostener una colusión donde se procesó sólo al funcionario público sin identificar al tercero interesado con el que se habría concertado. Decir lo contrario sería desconocer el carácter bilateral de este delito, y se le vulnera el principio de imputación necesaria a los procesados, con lo que por ende el derecho a la defensa quedaría gravemente mellado al no dársele a conocer de manera clara, detallada y precisa la imputación de concertación.

Por todas estas consideraciones sostengo que no me encuentro de acuerdo con la presente resolución judicial que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia. Soy de la postura de que en el presente caso hubiese correspondido absolver a Alex Kouri del delito de colusión, al no haberse probado la concertación, ello básicamente porque nunca se incorporó al tercero interesado al proceso penal.

7. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, M., «Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber», en *Revista Penal*, 14, 2004, pp. 3-23.

CARO, J. F., *Análisis de la imputación jurídico-penal contra el Señor Alexander Martín Kouri Bumachar en el proceso penal seguido en su contra por el delito de colusión en supuesto agravio del Estado*, Lima, 2017, recuperado de <https://300a496c-3758-497a-93af-30e46c416a4c.filesusr.com/ugd/8392c4_8adca5c6671a4a79a0b03bcfc6c77b68.pdf>

CHANJAN DOCUMET, R., «El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública», en *Derecho Penal y Criminología*, 38, 104, 2017, pp. 121-150, <<https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116*, Lima: 06 de diciembre de 2012.

GARCÍA CAVERO, P., *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano*, (Lima: Ara Editores, 2003).

GARCÍA CAVERO, P.; CASTILLO ALVA, J. L., *El delito de colusión*, (Lima: Grijley, 2008).

GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, (Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, 2006).

HUANUCO, citado en el informe jurídico del Caso Alex Kouri por Rojas Vargas, Héctor, 2017.

MONTOYA VIVANCO, Y., *Manual sobre delitos contra la administración pública*. 2° ed., (Lima: IDEHPUCP 2016).

PLENO JURISDICCIONAL DEL TC, *Exp. 00017-2011-PI/TC*, Lima: 03 de mayo de 2012.

RODRÍGUEZ, L. OSSANDÓN WIDOW, M. M., «Delitos contra la función pública. El Derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 3, septiembre-diciembre, 2005.

ROJAS VARGAS, F., *Delitos contra la Administración Pública*, (Lima. Grijley, 2001).

ROJAS VARGAS, F., *Informe Jurídico a solicitud de la defensa legal del señor Alexander Martín Kouri Bumachar*, Lima, 2017, recuperado de <https://300a496c-3758-497a-93af-30e46c416a4c.filesusr.com/ugd/8392c4_4154cde5297446e692559391995dbbe9.pdf>

SALA PENAL ESPECIAL, *Ejecutoria Suprema Exp. 20-2003-A.V.*, Lima: 18 de octubre del 2005.

SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.º 2677-2012*, Madre de Dios: 15 de abril de 2014.

SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 027-2004 del Exp N.º 20-2003*, Lima: 01 de octubre del 2004.

SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema de fecha Exp. N.º 3611-2002*, Huanuco: 16 de mayo de 2003.

SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 1295 – 2007*, Lima: 11 de noviembre de 2008.

SALA PENAL PERMANENTE, *Ejecutoria Suprema R. N. N.º 3307-2008*, Lima: 13 de mayo de 2009.

SALA PENAL PERMANENTE, *Exp. N.º 1296-2007 Ejecutoria Suprema*, Lima: 12 diciembre del 2007.

SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. 0956-2011-Ucayali*, Lima: 21 de marzo de 2012.

SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1842 – 2010 – Corte Suprema*, Lima: 10 de junio de 2010.

SALA PENAL PERMANENTE, R. N.° 1969-2012, *La Libertad*: 16 de enero de 2014.

SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.° 2677-2012*, Madre de Dios: 15 de abril de 2014.

SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, *Recurso de Nulidad N.° 3591-2013*, Junín: 18 de noviembre de 2015. Fundamento jurídico sexto.

SALA PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, *Casación n° 9 -2018 - Junín*.

SALINAS SICCHA, R., *Delitos contra la Administración pública*, 4° ed., (Lima: Grijley, 2016).

SOTOMAYOR HERRERA, J., «¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?», en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 120, junio 2019, issn: 2075-6305, pp. 179-191.

UGAZ-SANCHEZ MORENO, J. C., *Delitos Económicos contra la administración pública y criminalidad organizada*, (Lima: Colección lo esencial del Derecho 18- PUCP, 2017).

8. Anexos

<u>10 de junio de 1999 - 1°</u> <u>Declaración de Emergencia</u>	El consejo municipal del Callao mediante Acuerdo N° 0042, declaró en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao.
<u>21 de junio de 1999 - 2°</u> convocatoria a concurso público de Proyectos	Mediante Resolución de Alcaldía N° 000150 Elaboración de las Bases del Concurso. Designación de comité de concesiones de concurso público
<u>28 de febrero del 2000 - 3°</u> <u>Adjudicación</u>	El comité de concesiones Vía Expresa del Callao integrado otorgó la concesión a CONSORCIO CCI- CONCESIONES PERU.
<u>30 de marzo del 2000 - 4°</u> <u>contrato preparatorio de</u> <u>Concesión</u>	Entre Kouri Bumachar y <u>Convial</u> Callao representada por Mario Ernesto Angel <u>Guasco</u>
<u>9 de febrero del 2001 - 5°</u> <u>suscripción del contrato de</u> <u>concesión</u>	<u>Celbrado</u> por la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Martin Kouri Bumachar (concedente) y CONVIAL CALLAO S.A., representado por el gerente general Mario Ernesto <u>Angel Guasco</u> (concesionario)
<u>Adendas</u>	15 de febrero de 2002 22 de mayo de 2002 21 de mayo de 2004 10 de enero de 2005 3 de marzo de 2006 Acta de toma de posesión 20 de marzo de 2005

Anexo 1: Cuadro cronológico de los hechos. Sacado del presente recurso de nulidad.

III. DERECHO PENAL ECONÓMICO

Sucesión de responsabilidad penal entre personas jurídicas en el marco de operaciones de M&A*

André Sota Sánchez**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Supuestos problemáticos: Casos / 3. Contexto en el que se introdujo la Ley N°30424/ 4. Conceptualización del sistema de gestión de Compliance Penal/ 5. Criterios de imputación de responsabilidad a las PJ / 6. ¿Cómo opera la imputación en el marco de operaciones de M&A: sucesión de responsabilidad? / 7. Finalidad Político Criminal de la “sucesión de responsabilidad”. ¿Sesgos de un sistema vicarial? / 8. ¿Cómo nos defendemos? Due Diligence de Compliance Penal.

1. Introducción

Se implementó un sistema de responsabilidad para algunos para otros administrativa de las personas jurídicas y sobre eso se ha hablado bastante pero sobre lo que aún no se realiza son aquellos mecanismos mediante los cuales se puede trasladar la responsabilidad penal de la persona jurídica que comete el delito hacia la persona jurídica que resulte de una operación por ejemplo inició con una operación de reabsorción de sociedad, lo cual se mencionará a continuación.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales organizado por Amachaq Escuela Jurídica en el 2021.

** Quién es asociado Philippi oficina en Lima, master en cumplimiento normativo por materia penal por la Universidad de Castilla de la Mancha en España, especialista en compliance por AENOR España y por la Universidad del Pacífico. Post grado en compliance por la Universidad Pompeu y Fabra de Barcelona y la Universidad Carlos III de Madrid. Además tiene un título de especialista en funciones, adquirentes y la nueva de Ley de control de concentraciones por la Universidad de Lima, título de postgrado en derecho penal y económico y teoría del delito por la Universidad de Castilla y la Mancha, título de especialista en prevención y represión del blanqueo del dinero responsabilidad criminal de personas jurídicas y fraude fiscal por la Universidad Santiago de Compostela y es miembro de la sociedad Iberoamericana de derecho penal y económico y de la empresa, así como también investigador invitado del departamento del derecho penal de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Castilla.

2. Supuestos problemáticos: Casos

El primero se refiere a un caso hipotético sobre la empresa Nex Construcciones Privadas S.A.C. Sobre ello lo interesante es saber que hipotéticamente es una empresa que tiene más de 35 años de reconocida trayectoria tanto nacional como internacional en el mercado del diseño, elaboración y ejecución de proyectos de edificaciones privadas e infraestructuras. Sin embargo, e incluso en el marco de esta actividad como es un buen ciudadano corporativo, en el 2015 obtuvo una certificación internacional como sociedad B *Corporation* y dado sus altos estándares por ejemplo en el ámbito y responsabilidad corporativa, decidió adecuarse al régimen a sociedad “BIC”. Asimismo, como quiere expandir su línea de negocio dentro de su rubro principal decidió en el año 2020 adquirir en bloque todas las acciones y el patrimonio de la empresa “Gestión y edificación S.A.C., reconocida empresa en el sector público, a la que desde el año 2012 al 2019 se le adjudicó el 1.1.2019 y la obra fue entregada a conformidad el 20.11.2021. En julio de 2020 se realiza la operación del bloque adquisición de acciones y patrimonio de Gestión y Edificación S.A.C., por el valor de USD 10.000.000.00 hasta esa fecha no existía investigación alguna en el Ministerio Público.

En el mes de diciembre de 2020 se inicia una investigación preliminar por el presunto delito de Colusión y por violación a la Ley N° 30424 y en abril de 2021 se formaliza investigación preparatoria, pero dado que ya no existe a persona jurídica Gestión y edificación S.A.C. el proceso penal se dirige contra Nex Construcciones Privadas S.A.C.

Frente a ello surgen las siguientes preguntas: ¿Les parece correcta la incorporación de Nex Construcciones Privadas S.A.C. en el proceso Penal? Es necesario recordar que dicha sociedad era una persona jurídica con estándares elevados en el cumplimiento normativo por lo tanto es cuestionable los problemas atribuidos a la misma por adquirir una empresa que los posea. Segunda pregunta ¿Les parece correcto que se aplique alguna de las medidas de la Ley N° 30424? Como la clausura de locales comerciales o el pago de multas, la cancelación de licencias, disolución, algo que puede ser peligroso para la empresa como por ejemplo la prohibición de contratar efectivamente con el estado ya que si bien esta empresa posee una trayectoria impoluta en el ámbito privado se desea trabajar en el ámbito público es decir a las contrataciones con el estado para la edificación de grandes estructuras. Po último, ¿Cómo podría defenderse Nex Construcciones Privadas S.A.C.?

Segundo caso, el Banco Popular Español S.A. incurrió en la pregunta co-

misión de los delitos de Estafa a inversiones y falseamiento de cuentas. Sin embargo, debido a una caótica situación financiera, la Junta Única de Resolución (JUR) decidió el 7 de junio de 2017 la resolución de dicha entidad bancaria, tras la comunicación de la inviabilidad de dicha entidad bancaria ante el Banco Central Europeo, al considerar que no podía hacer frente al pago de sus deudas o que no podría hacerlo en un futuro cercano.

El mecanismo que la JUR adoptó fue la venta del negocio. Tras la correspondiente subasta, la Comisión Rectora acordó transmitir la totalidad de las acciones del Banco Popular Español S.A. a la entidad Banco Santander.

El Banco Santander S.A. generó una nueva estructura de propiedad, un nuevo capital social, un nuevo órgano de administración, nuevos directivos. Así, el Banco Santander S.A. adquirió en el bloque y a título universal la totalidad de los activos y pasivos del Banco Popular Español S.A.

Con la fecha 15 de enero de 2019 el Juzgado Central de Instrucción N° 4 de la Audiencia Nacional dictó auto por el cual decidió la sucesión procesal por absorción de sociedades, teniendo por dirigido el proceso contra el Banco Santander S.A. Este último apeló y la Audiencia Nacional conoció impugnación.

Surgen dos preguntas a partir del caso mencionado: ¿Se debe transferir la presunta responsabilidad penal del Banco Popular Español S.A. al Banco Santander S.A.? Recordemos que a esa fecha el Banco Popular Español ya había desaparecido ¿Qué creen que resolvió la Audiencia Nacional?

3. Contexto en el que se introdujo la Ley N°30424

El aforismo *societas delinquere non potest* estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta que el 21 de abril en 2016, fecha en la que se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30424, que entró en vigor recién el 1 de enero de 2018 y que actualmente se denomina Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

El contexto social en el que se promulgó la Ley N° 30424 así como sus posteriores modificatorias y normas reglamentarias, está marcado por graves escándalos de corrupción que tuvieron impacto nacional, como son los casos Lava Jato, de Odebrecht y del Club de la Construcción, los cuales hicieron visibles las consecuencias dañinas de la criminalidad de empresa.

Sin embargo, la Ley N° 30424 no debe su origen a un estudio científico (criminológico) sobre la criminal empresa y criminalidad en la empresa. De hecho, la Ley N° 30424 debe su origen al cumplimiento de los requi-

sitos exigidos por el OCDE al Estado Peruano, consistentes en la adecuación de su legislación interna para formar parte de esta. (Comisión de Alto Nivel de Anticorrupción). Desde que se introdujo dicha ley en el ordenamiento jurídico peruano se produjo un interesante cambio de paradigma en el actuar de los órganos de administración de justicia, quienes ahora formulan imputaciones penales contra personas jurídicas, solicitan su incorporación al proceso penal y solicitan la aplicación de las consecuencias accesorias -sanciones penales- reguladas en el art. 105° del Código penal. (Casos emblemáticos)

4. Conceptualización del sistema de gestión de Compliance Penal

Cuando se habla de sucesión de responsabilidad penal en las personas jurídicas, es necesario manejar el concepto de *Compliance*. Este último término no hace referencia al derecho de hecho es incorrecto pensar que es labor de los penalistas encargarse de las particularidades propias del *compliance* aunque es verdad que son los penalistas quienes desde al menos el 2019 en el Perú vienen escribiendo sobre *compliance* debido a la responsabilidad penal de las personas. Tanto es así que *compliance* no es derecho penal que se encuentra regulado en ámbitos ajenos a este. En primer lugar, en ámbitos propios del derecho penal se encuentra regulado en la ley 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, asimismo tenemos el decreto supremo D.S. N° 002-2019-JUS, (reglamento) y el Res. SBS. N° 789-2018, norma para el SPLAFT. Por otra parte, en ámbitos ajenos al derecho penal por ejemplo en el decreto supremo 185-2019-PCM el cual es el reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de Programas de cumplimiento en materia de Protección y defensa del consumidor”, así como también en el art.° 49.1 del Decreto supremo N° 030-2019, de hecho, como el motivo de este numeral INDECOPI publicó una interesante guía sobre como publicar programas de libre competencia. Asimismo, también se regula en la ISO 37001:2017 en donde se define al *compliance* como un conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para establecer políticas, objetivos y procesos para lograr dichos objetivos. Por otra parte, el reglamento del decreto supremo N°002-2019-JUS, el sistema de prevención es un sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas. Finalmente se presenta un concepto propio : Se considera que el *compliance* independientemente a las discusiones existentes en la doctrina, se define como aquel sistema normativo interno de gestión empresarial,

cuyo objeto es doble: (1) prevenir que la empresa y sus miembros incurran en riesgos legales —por ejemplo: administrativos, medioambientales, laborales, penales— y de vulneración de la normativa interna de la empresa y, de ser el caso, mitigar esos incumplimientos; y, (2) orienta la actuación de la empresa y a sus miembros hacia una determinada cultura de integridad, de la cual la cultura de cumplimiento forma parte”.

5. Criterios de imputación de responsabilidad a las PJ

Se observa que la Ley N°30424 como también en diversos artículos del código penal ya sean delitos o unidades complementarias muchas veces las fuentes de las normativas es equivocada y, de hecho. Por otra parte, la ley mencionada anteriormente tiene su fuente en el art.31° bis de Código Penal español, donde se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el Decreto Legislativo 231/2001 de Italia, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aunque en la doctrina penal italiana hay autores que sostienen que estamos ante una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por otra parte, una responsabilidad administrativa, se define según Jara Diez que esta última es así no solo porque lo diga la ley — sino porque el criterio de la persona que realiza dicha definición sus parámetros de responsabilidad no se mueve del ámbito del derecho penal—.

Lo que sostiene que nos encontramos en un sistema de responsabilidad penal es lo siguiente, según la Ley N°30424 reconoce una responsabilidad sui génesis entre penal y administrativa. También se posee lo afirmado por el profesor Carlos carokoria en un artículo publicado el 2019 sostuvo que estamos ante un fraude de etiquetas, el cual se hace evidente por cuanto la Ley-a pesar de nomen iuris- no establece medidas de Derecho Administrativo sancionador, sino que, por el contrario, establece medidas de carácter penal.

A partir de lo mencionado se genera una postura propia: La Ley N° 30424 implementa un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir del cual se puede inferir un esquema conceptual que garantice una aplicación racional de los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, que atienden al sustrato mismo de la persona jurídica, lo que además se pone de manifiesto por la función que la Ley otorga al compliance en la atribución de responsabilidad penal.

En ese sentido existen dos grandes sistemas que fundamentan la imputación de responsabilidad penal en las personas jurídicas. En ese sentido se menciona el sistema Vicarial o de Heteroresponsabilidad, sus elementos son los siguientes:

En primer que la comisión de fiscalización que fiscalice el cumplimiento de un delito por parte de una persona jurídica —en segundo lugar que esta infracción se haya cometido en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas y en tercer lugar con la intención de obtener algún tipo de ventaja beneficio para la empresa o infringiendo una obligación— que corresponda a la empresa o cumpliendo la normativa interna. Esta última es una legislación que predomina en las legislaciones penales del derecho comparado.

El modelo de culpabilidad de empresa se fundamenta en la responsabilidad penal del ente colectivo a través de factores que tienen que ver con la propia corporación. Asimismo, se fundamenta en un injusto de la propia persona jurídica, de la misma forma se considera que las personas jurídicas tienen capacidad de acción y culpabilidad. Por otra parte, entre las diversas teorías de modelos de auto responsabilidad pueden mencionarse los siguientes: La teoría del hecho de conexión.

La última teoría mencionada líneas arriba planteada por el profesor Faustino en esta teoría se considera que la acción típica de la persona jurídica consiste en el aumento del riesgo propio de la actividad de empresa mediante la realización, por una persona física competente, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión). Pero la culpabilidad de la persona jurídica – siguiendo el punto de vista de Tiedemann– consistiría en una culpabilidad por defecto de organización. Está considerada que la persona jurídica será culpable siempre que haya omitido tomar las medidas de precaución necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa, estas medidas de precaución se pueden concretizar a través del compliance. En ese sentido se determina bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora.

Por otra parte, la teoría constructivista de la RPPJ, plantea un presupuesto que se encuentra ubicado fuera de la teoría del delito del delito de la PJ: la realización de un hecho típico por parte de una persona física, en el giro de empresa; en nombre y en beneficio de la empresa. En ese sentido se sobrentiende lo siguiente que la imputación objetiva procede cuando existe una organización empresarial defectuosa o inexistente, asimismo la imputación subjetiva se da cuando se tiene un conocimiento organizativo del riesgo empresarial y finalmente la imputación personal (culpabilidad) procede cuando la existe una cultura empresarial de incumplimiento del derecho.

Por otra parte, los elementos en común de estas tesis es que se plantean que el delito que necesariamente debe ser cometido por alguien que represente a la persona jurídica, sea sometido en beneficios y por cuenta de las personas jurídicas. De la misma forma, en la Jurisprudencia penal española se sostiene la necesidad de que la persona jurídica responda por su propio delito, entendido este último como un delito corporativo, el cual es un concepto inicialmente acuñado por Bernardo Feijoo. Asimismo, el concepto de delito corporativo fue asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 16/03/2016 en donde se sostuvo que: La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad. Con este texto se exhibe que las personas jurídicas responden por sus propios delitos.

6. ¿Cómo opera la imputación en el marco de operaciones de M&A: sucesión de responsabilidad?

La fusión por creación de una nueva sociedad se da cuando la fusión se realiza para constituir una nueva sociedad incorporante, lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de los patrimonios a la nueva sociedad.

De la misma forma, la fusión por absorción se da cuando se realiza la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente lo cual genera la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas y al cual que el supuesto anterior se traslada en bloque y a título universal los patrimonios a la sociedad absorbente. Son 3 las notas esenciales para caracterizar las operaciones de fusión (merger): la integración de patrimonios, los socios y las relaciones jurídicas de las sociedades que intervienen en el proceso, de modo que puede decirse que al finalizar el proceso se produce una integración de personas jurídicas siendo especialmente relevante la integración o agrupación de socios y de las relaciones jurídicas. Cuando no se cumplen ni una de estas estas tres características no nos encontraremos ante una operación de concentración empresarial. Asimismo dichos elementos esenciales permiten distinguir las operaciones de Fusión de las operaciones de adquisición ya que no será considera como Fusión

la operación por la cual una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de la totalidad de sus acciones o participaciones y lo mismo sucederá cuando la adquisición de todas las acciones o participaciones vaya seguida de la disolución de la sociedad participada o se produzca la cesión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra porque, en principio, no habrá en estos casos una integración de las personas jurídicas. Estos elementos esenciales de la fusión permiten distinguir estas operaciones de concentración empresarial de otras similares que, según la Ley, no llegan a calificar como operaciones de fusión y que en la doctrina se denominan fusiones impropias, como son la (1) formación de una Holding que adquieran el control de una o más sociedades existentes, (2) la tendencia de acciones o participaciones por un grupo de socios que les dé control sobre determinadas sociedades, (3) la creación de una sociedad-gerente común a un grupo de sociedades que controle la dirección administración de estas, en otras.

En materia de M&A es una práctica habitual la utilización del proceso de Due Diligence de manera previa a la adopción de una decisión de fusión, adquisición o escisión, e incluso en las decisiones de inversión realizadas a través los fondos de inversión, en los que, como señala Rebaza, sea a través de aportes de capital o de compra de acciones, lo que un fondo de inversión persigue es un grado de control en la empresa en la cual se invierte que le permita, en la medida de lo posible, cautelar su buena conducción. Asimismo, la Due Diligence es definida por la doctrina como la investigación que realiza el equipo de la empresa compradora sobre la empresa objetivo para determinar el valor, los riesgos y todas las variables que puedan afectar en el futuro a la empresa a comprar.

A modo de conclusión, con este procedimiento de diligencia debida se obtendrán datos relevantes de los que se carecían al inicio de las negociaciones de M&A, para la determinación del valor real del Target (cuando estamos ante una operación de adquisición) o de las sociedades que podrían participar en una fusión o escisión, para advertir los riesgos legales-que pueden ser penales y de compliance-,reputaciones, operativos y económicos que pueden derivar de la operación de M&A.

Tanto en las legislaciones peruana, italiana, española y chilena regulan las cláusulas de transferencia de responsabilidad o cláusulas anti-elusión como se las conocen en la doctrina. Desde un punto de vista objetivo estas cláusulas son peligrosas por cuanto busca transferir una responsabilidad penal en el marco de operaciones de M&A, lo cual no solo resulta desalentador para el fomento de las inversiones y la continuidad de la actividad económica, sino que también puede resultar injusto en caso se realicen

transferencias de responsabilidad penal hacia personas jurídicas que no participaron del delito o que no comparten los mismos socios

7. Finalidad Político Criminal de la “sucesión de responsabilidad”. ¿Sesgos de un sistema vicarial?

Es razonable que el Estado busque combatir la criminalidad de empresa a través de la instauración de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el que se persiga sancionar al autor del delito que, a diferencia de las personas naturales, el propio ordenamiento jurídico les permite reorganizarse; esto es, utilizar herramientas jurídicas para cambiar de personalidad jurídica y transformarse en otro ciudadano corporativo. Sin embargo, esta finalidad político criminal no puede ser legítima ante supuestos de fusiones y adquisiciones, siempre que:

1. Las sociedades resultantes u absorbentes no tengan participación alguna en los delitos cometidos
2. Las personas jurídicas que se fusionan con la persona jurídica que cometió el delito, verán que la entidad resultante será declarada culpable por un delito en el que ellas mismas no cometieron

La ausencia de legitimidad se desprende del hecho mismo que esta cláusula es contraria a los principios constitucionales de culpabilidad y personalidad de las penas. De la misma forma, si analizamos las anteriores cláusulas de traslado de la responsabilidad penal, podemos observar que no se hacen mayores referencias a criterios de imputación y/o de culpabilidad de la persona jurídica resultante.

Por ellos en la doctrina penal se discute si aquí opera un traslado objetivo de responsabilidad penal. Sobre este punto, Montiel señala que la responsabilidad sucesoria es de carácter objetivo, lo que significa que una eventual responsabilidad por delitos de corrupción previos se trasladará forzosamente a la persona jurídica resultante.

Finalmente, a modo de conclusión:

Si en una operación de M&A una de las personas jurídicas intervinientes incurrió- previamente- en la comisión de un delito que genere su responsabilidad penal, este estigma del Derecho penal o la declaratoria de culpabilidad será transferida a las sociedades resultantes u absorbentes, siendo innecesario verificar si en éstas últimas se cumplen con los presupuestos de imputación de los artículos 3º de la Ley 30424. Es decir, las personas jurídicas resultantes u absorbentes responderán penalmente y serán decla-

radas culpables, en virtud de esta transferencia automática de responsabilidad, aun a pesar de no haber participado en el delito cometido.

8. ¿Cómo nos defendemos? *Due Diligence de Compliance Penal*

En la doctrina penal se postula que en una forma de evitar la transferencia de responsabilidad en operaciones de M&A es la realización de un *Due Diligence de Compliance Penal* previo a la operación de concentración empresarial. En ese sentido, debe exigirse como norma de conducta primera, aquella que va a la persona jurídica; verificar tanto el patrimonio, como la compañía con la que se pacta y si no lo hace, o lo que hace deficientemente, se le puede exigir responsabilidad penal.

El efecto potencialmente expansivo de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de análisis de riesgos penales en los procedimientos de *due diligence* que de forma usual se llevan a cabo en los procesos de absorción y fusión.

En el caso de la legislación peruana, el artículo 2° de la Ley N° 30424 establece que ante supuestos de fusión o escisión, la persona jurídica no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos que generan su responsabilidad penal.

La regulación de las investigaciones internas y los canales denuncias*

Liliana Calderón Jacinto**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Antecedentes / 2. La regulación de los procedimientos de denuncia / 3. Los procedimientos de investigaciones internas, a propósito de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión / 4. Reflexiones finales.

1. Antecedentes

La Ley 30424, Ley sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, modificada por el Decreto Legislativo 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, señala en su Artículo 17, lo siguiente:

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Máster en Cumplimiento normativo en materia penal por la Universidad Castilla La Mancha (2020). Master en Compliance Officer por la Universidad Complutense de Madrid (2019). Consultora del Area Penal & Compliance del Estudio Benites, Vargas & Ugaz abogados. Profesora de la Universidad Científica del Sur, ESAN Graduate School of Business, Universidad Privada del Norte, Universidad de Lima y Academia de la Magistratura. Presidenta del Comité Observatorio Compliance de la World Compliance Association- Capítulo. Presidenta de Women's White Collar Defense Association- Capítulo Perú.

17.2. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:

(...)

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

(...) (las cursivas son atribución propia)

Como se advierte, si la persona jurídica implementase en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos comprendidos en la normativa¹ o para reducir significativamente el riesgo de su comisión; ésta quedaría exenta de responsabilidad penal.

El mismo artículo indica que el modelo de prevención deberá contener una serie de elementos mínimos, entre ellos, el establecimiento de procedimientos de denuncias.

Por su parte, el Reglamento de la Ley 30424², ha desarrollado las características que deberá contemplar los procedimientos de denuncia:

Artículo 39.- La implementación de procedimientos de denuncia

1. La persona jurídica implementa procedimientos de denuncia que permitan a las personas jurídicas o naturales reportar cualquier intento, sospecha o acto de un delito, así como de cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención.

2. La implementación de procedimientos de denuncia, sin perjuicio de otros componentes que puede determinar la persona jurídica en su autorregulación, puede incluir:

a) Canales de información sobre irregularidades, abierta y ampliamente difundida entre los trabajadores y directivos, independientemente de la

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N° 30424 Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, Lima: 01 de abril de 2016. Posteriormente, PODER EJECUTIVO, Decreto legislativo N° 1352, Decreto legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas hacia los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico y lavado de activos y financiamiento del terrorismo, 06 de enero de 2017. Finalmente, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N° 30835, Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la ley 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, 01 de agosto de 2018. Mediante esta ley se amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas hacia los delitos de tráfico de influencias y colusión desleal.

² PODER EJECUTIVO, Decreto Supremo N° N° 002-2019-JUS Reglamento de la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, 09 de enero de 2019.

posición o función que ejerza, así como a los socios comerciales cuando corresponda;

Los canales que pueden consistir en líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere idóneos, los mismos que pueden estar administrados por esta misma o por un tercero.

b) La implementación de medidas disciplinarias en caso de violación al modelo de prevención;

c) Mecanismos de protección para el denunciante, asegurando que ningún personal sufrirá represalia, discriminación o sanción alguna por reportes o denuncias interpuestas de buena fe; y,

d) Un esquema de incentivos que permita reafirmar la importancia del modelo de prevención, así como la de promover el compromiso y apoyo al mismo. (las cursivas son atribución propia)

2. La regulación de los procedimientos de denuncia

En este Artículo podemos observar que se abordan diversos aspectos relevantes. En primer lugar, se establece que las personas jurídicas implementarán procedimientos de denuncia que permitan reportar cualquier intento o sospecha de delito así como cualquier debilidad del modelo de prevención. En buena cuenta permitirá a las empresas, medir la eficacia de su modelo de prevención y detectar algún fallo. De un lado, será una herramienta más para el ejercicio del debido control y dará además, las claves para mejorar o reconfigurar otras.

En segundo lugar, se señala que la implementación de procedimientos de denuncia, sin perjuicio de otros componentes que la persona jurídica pueda determinar, puede incluir:

- Canales de información sobre irregularidades, difundidos entre todos los colaboradores de las empresas. Los canales de denuncias (líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere), podrán ser administrados por esta misma o por un tercero.
- Implementación de medidas disciplinarias por violación al modelo de prevención.
- Mecanismos de protección para el denunciante asegurando que no

existan represalias.

- Esquema de incentivos que permitan reforzar la importancia del modelo de prevención.

La primera característica implica, por un lado, que la persona jurídica tendrá la responsabilidad de difundir entre los colaboradores, información útil y necesaria con relación a los posibles casos delictivos o irregularidades en general, que podrían presentarse en la compañía; y por otro lado, que los colaboradores se preocupen por obtener la información e interiorizarla. Asimismo, los canales de denuncia o “whistleblower channels”, podrán adoptar diferentes formas, dependiendo de las características de la empresa y podrán ser administrados por estas o por terceros. En buena hora que no se haya establecido límite alguno para la modalidad del canal, lo que permite una total adaptación del mismo a las características de la persona jurídica.

El segundo componente, determinará que la persona jurídica, en virtud del principio de legalidad, establezca previamente un régimen de sanciones que deberá ser difundido entre los colaboradores. Este régimen deberá contemplar categorías escalonadas de infracciones tales como: leves, graves o muy graves; y en correspondencia, un régimen de sanciones proporcional a la infracción cometida.

El tercer componente, es todo un reto para la persona jurídica debido a que un adecuado mecanismo de protección, determinará que los colaboradores tengan la tranquilidad necesaria para utilizar el canal de denuncias sin temor a represalias o algún tipo de discriminación. Muchas veces sucede que un trabajador se encuentra en la posición de denunciar a su jefe inmediato pero el temor lo embarga y lo obliga a retroceder. Situaciones como estas no deberían presentarse. Y ello sólo se logrará cuando los trabajadores sientan plena confianza en este mecanismo.

Y por último, el establecimiento de un esquema de incentivos. La experiencia internacional nos ha demostrado que el establecimiento de una metodología de cero represalias no resulta suficiente en todos los casos, y que, por el contrario, un sistema de incentivos a cambio de información relevante, ha traído resultados óptimos. Un incentivo económico es la amnistía interna, compuesta por el ofrecimiento de la empresa al colaborador denunciante de: i) no imponerle sanciones disciplinarias, ii) no demandarlo civilmente por daños y perjuicios o, incluso iii) asumir los gastos de su defensa en caso se inicie una investigación penal. Que duda cabe que estos incentivos deben utilizarse con suma prudencia a efectos de evitar no sólo un daño en la reputación de la empresa sino de comprometer la credibili-

dad de los modelos de prevención, ocasionando así que los colaboradores pierdan confianza en aquel.

Artículo 40.- Del procedimiento de denuncia:

El procedimiento de denuncia contempla, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Descripción, a modo de ejemplo, de las conductas delictivas que pueden denunciarse;*
- b) Identificación del encargado de prevención y su información de contacto;*
- c) Protección para el denunciante, por parte de la organización;*
- d) Canales de denuncia disponibles;*
- e) Definición y descripción de los elementos mínimos que debe contener una denuncia para que sea considerada como tal;*
- f) Definición y descripción del mecanismo de recepción de denuncias; y,*
- g) Definición y descripción del procedimiento de investigación y de la presentación de los resultados. (El subrayado y las cursivas son propios)*

El Artículo 40 que recoge el procedimiento de denuncia, condensa no sólo un procedimiento de denuncia propiamente dicho, sino otros aspectos ajenos a este que podrían generar confusión entre los usuarios del canal, y que, en todo caso, debieron recogerse en artículo aparte.

El procedimiento de denuncia debería responder, principalmente, a las siguientes interrogantes simples y concretas: i) ¿cuál es el canal disponible? (inciso d) ii) ¿qué tipo de conductas puedo denunciar? (inciso a), iii) ¿mi identidad estará protegida? (inciso c), iv) ¿existe algún plazo máximo para denunciar? (no hay referencia) iv) ¿a quién debo dirigir mi denuncia? (inciso b).

Ahora bien, en cuanto al inciso e), considero que, en lugar de incentivar las denuncias, puede resultar pernicioso. El sólo hecho de sugerir que una denuncia contemple elementos mínimos, puede restringir la iniciativa de aquellos que se animen a utilizar el canal. Lo ideal es recibir la primera comunicación y a partir de aquella, iniciar contacto con el denunciante para obtener y procesar información relevante. No es adecuado que la carga de la descripción de la conducta repose en el denunciante, lo recomendable es que esta tarea se encuentre en cabeza el encargado de prevención a partir de la investigación que inicie.

En lo concerniente al inciso f), la descripción del mecanismo de recepción de denuncias, puede resultar confusa en tanto se establece ya un canal de denuncias. No queda muy claro porque debe incorporarse un mecanismo de recepción de denuncias además de un canal de denuncias. Podría resultar sobreabundante y confuso para el usuario del canal.

Por último, en cuanto al inciso g), es sumamente importante que los colaboradores conozcan que se puede iniciar un proceso de investigación a partir de la comunicación de una denuncia, luego del cual, se conoceran los resultados. Esto va a fortalecer la confianza de manera recíproca y permitirá que se incentive el uso del canal.

Por su parte, los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de prevención, recientemente publicados por la Superintendencia de Mercado de Valores- SMV³, han establecido una serie de pautas que deberán seguir las personas jurídicas al momento de establecer su procedimiento de denuncias:

- Canal de denuncias: debe permitir el reporte de cualquier intento, sospecha o comisión de alguno de los delitos comprendidos en el objeto de la Ley como cualquier otro incumplimiento
- Las denuncias deben ser formuladas a través de los canales implementados, sin que esto implique rechazar o dejar de verificar las eventuales denuncias que provengan de otros medios, debiendo ser encausadas todas ellas conforme a los procedimientos estandarizados, respeto y protección de los derechos fundamentales del denunciante y del denunciado, así como la protección y tratamiento de sus datos personales.
- Protección para el denunciante. Mecanismos de no represalias.
- Esquema de incentivos.
- Denuncias deben ser investigadas de acuerdo a un procedimiento establecido de investigación interna o encargárselo a un tercero.
- La persona u órgano responsable de la investigación interna dará a conocer sus resultados, junto con el denunciado, al máximo órgano de gobierno, de administración, de la alta dirección, o de quien haga sus veces, según corresponda.
- Régimen disciplinario.

³ SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES, Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01, 31 de marzo de 2021.

3. Los procedimientos de investigaciones internas, a propósito de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

Conforme hemos detallado en el acápite anterior, cobra vital importancia, en el marco del elemento mínimo del Modelo de prevención: “Canal de denuncias”, el establecimiento de un procedimiento de investigaciones internas que dote a la persona jurídica de los requisitos indispensables de la conducción de una investigación interna, no solo en terminos de preservar las evidencias, sino también en dotar de las garantías de protección para el denunciante en cuanto a la confidencialidad y no represalia.

Al respecto, es importante destacar la regulación contemplada en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada el 23 de octubre de 2019, en tanto puede ser considerada como un instrumento guía que nos ofrece pautas a tener presente al momento de establecer los lineamientos de los procedimientos de investigaciones internas. Entre ellas, destacamos las siguientes:

- En cualquier canal de denuncias, se debe garantizar que cualquier denunciante encuentre protegido/a. Se puede canalizar esta herramienta de denuncias de las siguientes maneras:
 - o A través del Compliance Officer.
 - o Tratando como anónima la identidad de los denunciantes. En el caso de que se opte por la última alternativa, cuando se proliferen falsas denuncias, se debe poner en marcha un protocolo de inhibición del impacto en el propio canal.
- Las líneas de denuncia han de cumplir requisitos como: Garantías de confidencialidad y tramitación diligente; acuse de recibo; el establecimiento de unos plazos concretos y razonables; o la designación de personas imparciales para tramitar las denuncias.
 - o Canales para recibir denuncias que estén diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice que la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia esté protegida, e impida el acceso a ella al personal no autorizado.
 - o Un acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo de

siete días a partir de la recepción.

- o La designación de una persona o departamento imparcial que sea competente para seguir las denuncias, que podrá ser la misma persona o departamento que recibe las denuncias y que mantendrá la comunicación con el denunciante y, en caso necesario, solicitará a este información adicional y le dará respuesta.
 - o El seguimiento diligente por la persona o el departamento designados a que se refiere el recuadro anterior.
 - o El seguimiento diligente cuando así lo establezca el Derecho nacional en lo que respecta a las denuncias anónimas.
 - o Un plazo razonable para dar respuesta, que no será superior a tres meses a partir del acuse de recibo o, si no se remitió un acuse de recibo al denunciante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de hacerse la denuncia.
 - o Información clara y fácilmente accesible sobre los procedimientos de denuncia externa ante las autoridades competentes de conformidad con el artículo 10 y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión.
- Se otorga protección a las personas que realicen revelaciones públicas siempre que la infracción puede suponer un peligro para el interés público, inminente o manifiesto, o exista riesgo de represalias o pocas probabilidades de que se solucione la infracción si se emplean medios externos convencionales.
- Asimismo, las medidas de protección otorgadas al denunciante, se extenderán a:
- o Aquellos que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral ya finalizada.
 - o Cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual.
 - o Los facilitadores, entendidos como las personas físicas que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial.

- o Terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante.
 - o Las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral
 - o Personas físicas consideradas “no trabajadore/as”
 - o Personas cuyo vínculo laboral se haya extinguido
 - o Personas cuya relación laboral todavía no haya comenzado
- Se establece un catálogo de represalias prohibidas, que incluyen amenazas, despidos, degradaciones, discriminación, daños a la reputación, etc.

4. Reflexiones finales

Como el propio reglamento lo indica, de conformidad del Principio de Autoregulación, las personas jurídicas, de acuerdo con su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones, tienen la facultad para definir el alcance de los elementos del modelo de prevención, así como los procedimientos o metodología para su diseño, implementación y monitoreo, que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades y que, en función de ellos, resulten más eficaces. Lo que significa, que cada empresa deberá implementar un modelo de prevención que se adapte sus propias características y necesidades.

En esa línea, las personas jurídicas al momento de implementar un Canal de denuncias deberán seguir las disposiciones establecidas en el reglamento de la Ley Nro. 30424 a fin de cumplir con las reglas mínimas dispuestas para tal fin. Asimismo, resultará muy acertado que consideren también los Lineamientos para la implementación y funcionamiento del Modelo de prevención de la SMV, en tanto contempla pautas muy didácticas incluso con ejemplos y acciones concretas para quienes busquen contar con un canal de denuncias acorde con las mejores prácticas establecidas.

Por su parte, la Directiva de la UE ciertamente nos brinda lineamientos, pautas y reglas muy claras y pertinentes en torno a las investigaciones internas a fin de garantizar, como lo hemos descrito, la confidencialidad del denunciante, la no represalia, la necesidad de un plazo de las investigaciones internas, así como los medios de protección al denunciante.

Tenemos un gran reto, de adecuar el canal de denuncias y el procedimien-

to de investigaciones internas de la persona jurídica a sus riesgos, naturaleza y complejidad de sus operaciones.

Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el tipo subjetivo del delito de lavado de activos*

Raúl Pariona Arana**

Profesor universitario

SUMARIO: 1. Consideraciones generales / 2. Aspecto subjetivo en el delito de lavado / 2.1. El “dolo directo” como “única” modalidad / 2.2. El elemento “debía presumir”: ¿una forma de dolo eventual? / 2.3. El objeto del conocimiento en el comportamiento doloso / 2.4. El elemento de tendencia interna trascendente: delito de intención / 3. El aspecto subjetivo del delito en la jurisprudencia / 4. Conclusión / 5. Referencias bibliográficas.

1. Consideraciones generales

En el derecho penal, la imputación de la responsabilidad penal sienta sus bases en la imputación objetiva y en la imputación subjetiva. El contenido subjetivo le da significado al comportamiento. Aquello que sabe y quiere el autor al realizar el comportamiento es un componente fundamental que permite definir el hecho como delito. Justamente, valorando la importancia de lo subjetivo para la responsabilidad penal, en el derecho penal moderno se ha estatuido como principio fundamental el *principio de proscripción de la responsabilidad objetiva*, de lo que se desprende que todo comportamiento penalmente relevante requiere que el autor actúe dolosa o culposamente.

En el caso del delito de lavado de activos, cobra capital importancia el aspecto subjetivo, puesto que se trata de un *delito de intención*, donde el agente despliega una diversidad de comportamientos con la intención de

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021. El texto de la ponencia, también fue publicado con citas y notas a pie de página en la Revista Actualidad Penal N° 87, del año 2021.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania). Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad ESAN. Socio del estudio Pariona Abogados.

blanquear dinero de procedencia delictiva. La relevancia de lo subjetivo se puso en evidencia ya desde los orígenes del delito en el marco jurídico internacional. Así, tanto en la Convención de Viena de 1988¹, como en la Convención de Palermo del 2000², los elementos subjetivos “conocimiento”, “intención” y “finalidad” se han considerado como componentes centrales de la tipificación del delito de lavado de activos. En la misma línea, y con más claridad aún, sigue la Convención de Estrasburgo de 1990³, que exigía que los “delitos de blanqueo” se realicen necesariamente con conocimiento, excluyendo la posibilidad de sancionar cuando se obre por culpa.

Sin embargo, en el contexto comparado siempre ha estado latente la posibilidad de introducir la culpa como una modalidad típica del delito de lavado de activos. A nivel regional, por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD ha planteado la posibilidad de la sanción del delito de lavado de activos culposo. En esta discusión, lo relevante será evaluar la legitimidad de la admisión de las formas culposas y para ello será fundamental su correspondencia con los principios del derecho penal que cada Estado acepta como parte de su marco constitucional. La regulación en el ámbito internacional debe tener una coherencia con las garantías penales nacionales. Justamente, en respeto de tales garantías, en nuestro ordenamiento jurídico, la tipificación del delito de lavado de activos exige que el sujeto activo actúe con dolo, es decir, que actúe con conocimiento e intención de blanquear dinero de procedencia delictiva, más aún, al tratarse de un delito grave que es sancionado con las penas más altas que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

En los últimos tiempos se ha consolidado la consideración del delito de lavado de activos como *delito de intención*. Sin embargo, la Ley N.º 27765 introdujo una referencia al aspecto subjetivo que cuestionó esta claridad, al señalar que el autor también actuaba dolosamente cuando “*podía presumir*” el origen ilícito de los bienes. Esto fue entendido por parte de la doctrina y la jurisprudencia como la regulación del dolo eventual. Con la dación del D. Leg. N.º 1106, la situación se acentuó aún más, pues la referencia a “*deber presumir*” aparentaba ratificar la posibilidad del dolo eventual en el delito de lavado de activos. Sin embargo, en el desarrollo legislativo, el D. Leg. N.º 1106 confirma la calidad del delito de lavado de activos como un delito de intención, y que para su configuración requiere que el agente actúe con conocimiento de que está blanqueando dinero de procedencia delictiva y que actúe con la intención de evitar que la justicia pueda iden-

1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 3.1.

2 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 6.

3 Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito de 1990, art. 1.

tificar, incautar o decomisar ese dinero ilícito.

2. Aspecto subjetivo en el delito de lavado

El lavado de activos en todas las modalidades previstas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.º 1106 es un delito doloso. Se trata de un delito que exige el **dolo directo**. No es posible su comisión mediando dolo eventual. Tampoco es posible la comisión culposa del delito.

Desde los orígenes del delito en la Convención de Viena de 1988, el lavado de dinero proveniente del narcotráfico fue modelado preeminentemente como un delito doloso. Desde aquel entonces a la actualidad, el delito de lavado de activos siempre supuso en su estructura fundamental la actuación consciente y voluntaria del sujeto activo, consistente en lavar dinero de procedencia delictiva con la finalidad de evitar que la justicia identifique esos bienes como dinero ilícito y evitar así que sea incautado o decomisado. Este es el contenido del tipo subjetivo en las tres modalidades generales del delito. La norma penal exige el dolo en los actos de “conversión y transferencia”, “ocultamiento y tenencia” y “transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores”. En todas estas modalidades, el autor obra con conocimiento de que los bienes que blanquea son de procedencia criminal y lo hace con la intención de evitar su identificación, incautación o decomiso.

2.1. El “dolo directo” como “única” modalidad

En el delito de lavado de activos solo es posible el dolo directo. Ello se debe a que, según la configuración típica del delito en nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto activo realiza el comportamiento de lavado con conocimiento de que da apariencia de legalidad a dinero o bienes que provienen de la comisión de un delito previo, y que ese comportamiento se realiza con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. El dolo en el delito de lavado de activos requiere que el agente tenga **conocimiento y voluntad** de realizar el comportamiento descrito en el tipo objetivo del delito⁴. Esto es, el autor actúa con

4 ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, (Madrid: Civitas, 1997), p. 415. Resalta lo importante e imprescindible de la voluntad en el dolo. Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, F., Derecho penal. Parte general, (Lima: Grijley, 2006), p. 354; HAVA GARCÍA, Esther, «Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores», en Anuario de derecho penal, s/l: 2003, p. 19. Para un acercamiento a la discusión sobre el contenido del dolo de las teorías psicologicistas y normativistas, Cfr. CARO JHON, J., «Imputación subjetiva», en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, vol. 1, n.º 7, Lima: 2006, pp. 239-247; PÉREZ BARBERÁ, G., «El concepto de dolo en el derecho penal: hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como un estado mental», en Cuadernos de Derecho Penal, n.º 6, Bogotá: 2012, p. 87; JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, (Madrid: Marcial Pons, 1995), p. 313; RAGUÉS I VALLES, R., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en Revista de Estudios de la Justicia, n.º 4, Santiago: 2004, p. 13.

conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo del lavado y, además, quiere las consecuencias que genera su conducta. En tal sentido, el agente actúa con el objetivo principal de evadir la acción de la justicia y asegurar la ganancia ilegal. Se trata pues de un comportamiento que evidencia dolo directo y que no admite el dolo eventual.

La estructura típica del delito de lavado de activos evidencia en su configuración una **carga de intencionalidad** en el ámbito subjetivo del autor, dado que su conducta estará orientada a alcanzar el resultado del tipo penal. Esta “*intencionalidad*” del agente, reconocida en los “tratados internacionales”⁵ que el Perú ha suscrito, evidencia que el autor obra con una “finalidad” determinada, es decir, con una tendencia interna que busca el resultado de su conducta. Esta intencionalidad hace del delito de lavado de activos un delito de tendencia.

En la doctrina se ha señalado con claridad que, al diseñar la ley penal contra el lavado de activos, el legislador peruano solo tipificó delitos dolosos, renunciando manifiestamente a la criminalización de modalidades culposas⁶. También se ha afirmado que “el delito de lavado de activos es un delito sancionado a título de dolo, por lo que resulta necesario que el autor conozca la realización de los elementos del tipo penal de lavado de activos”⁷. Igualmente, los pronunciamientos en la jurisprudencia han sido claros respecto a que, en el Perú, el delito de lavado de activos no puede ser sancionado a título de culpa, sino únicamente a título de dolo⁸. En este punto, es relevante lo señalado por la Corte Suprema en el AP N.º 3-2010, donde se precisa que “en nuestra legislación no se ha regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal ‘puede presumir’⁹”.

2.2. El elemento “debía presumir”: ¿una forma de dolo eventual?

⁵ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sico-tóxicas, art. 2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 4 y específicamente el art. 6.1.

⁶ Cfr. PRADO SALDARRIAGA, V., Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú, (Lima: Idemsa, 2019), p. 128.

⁷ GARCÍA CAVERO, P., El delito de lavado de activos, (Lima: Jurista, 2015), p. 128.

⁸ SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2868-2014 Lima, Lima: 27 de diciembre del 2016, f. j. n.º 10. SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 1881-2014 Lima, Lima: 30 de septiembre del 2015, f. j. n.º 7.

⁹ VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Acuerdo Plenario N.º 3-2010, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 19.

El tipo subjetivo del delito de lavado de activos, en sus modalidades contempladas en los arts. 1, 2 y 3, señala expresamente que el sujeto activo “conoce o debía presumir” que el dinero o bienes que lava son de origen delictivo. De ello se puede observar que la ley distingue dos supuestos distintos: *primero*, la modalidad en virtud de la cual el autor realiza la acción típica “con conocimiento” de que los bienes son de origen ilícito, y *segundo*, aquella en la que actúa sin conocimiento, pero en una situación en la cual el autor “debía presumir” el origen ilícito. Precisamente, este último supuesto es el que ha generado un intenso debate en relación a la posibilidad del dolo eventual en el delito de lavado de activos, pues hay quienes sostienen que aquí estaría regulado un caso de “dolo eventual”.

Según mi concepción, el diseño normativo de la ley de lavado de activos no permite que concurra el dolo eventual. El tipo penal exige que los actos de blanqueo de dinero sucio tengan por finalidad evitar que la justicia identifique su origen, su incautación o decomiso. Es decir, del tipo penal se desprende que se trata de un delito de tendencia, lo que conlleva únicamente a la exigencia del dolo directo.

Ahora cabe la pregunta: ¿Qué regula entonces la referencia a “*deber presumir*”? Conforme se desprende de la Ley, para la configuración del delito en este supuesto, el autor *no sabe* que los bienes son de procedencia delictiva, pero “*debía presumir*” que lo eran. En consecuencia, queda claro que mediante la referencia al “*deber presumir*” **se regula una modalidad culposa**. En efecto, la Ley prescribe que el ciudadano tiene el “deber” de presumir y, en tanto infringe su deber de cuidado, es responsable penalmente. El reproche sería el siguiente: si bien el ciudadano no sabía que el dinero que guardaba era de procedencia delictiva, pero dadas las circunstancias, tenía el deber de presumirlo, en la medida que no presumió, infringió su deber de cuidado, entonces, es responsable penalmente. De ese modo, la norma describe un comportamiento culposo o negligente.

De lo expuesto, se deduce que el legislador ha impuesto un deber general al ciudadano: el “*deber de presumir*” la licitud o ilicitud de los bienes que recibe. Pero más relevante aún, a la infracción de este deber se le ha asignado consecuencias de carácter penal, que son las mismas que para una actuación dolosa e intencional. Este escenario deja serias dudas sobre la constitucionalidad de la imputación de estos deberes al ciudadano.

Un aspecto adicional a considerar es la referencia al concepto “presumir” empleado por la norma. Un entendimiento extendido lo considera como “conocimiento”, es decir, el agente tendría el “deber de conocer”. Otro entendimiento de este sería considerar el “presumir” como “considerar”,

“concluir”, en consecuencia, el reproche subjetivo se daría cuando el ciudadano, pese a tener el deber, no llegó a la convicción de que se trataba de dinero de procedencia delictiva, no consideró que se trataba de dinero negro, no lo tomó por dinero sucio. Es así que, por incumplir con su deber de presumir, se le reprocha el hecho como delito de lavado de activos y se le considera autor.

Teniendo en cuenta lo señalado, ¿se regula un supuesto de dolo eventual? Veamos: El dolo eventual ha sido definido por la doctrina¹⁰ y nuestra jurisprudencia¹¹ como el contenido subjetivo donde el autor juzga el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado, aceptando la posible realización del resultado o resignándose a ella. En ese sentido, considerando una concepción intermedia, VILLAVICENCIO TERREROS ha señalado que “el dolo eventual significa que el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella. Tomar en serio la posibilidad de realización del delito significa que el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado. Conformarse con la posible realización del tipo significar que el sujeto acepta la posible realización del resultado o, por lo menos, se resigna a ella. Lo que el autor debe aceptar es la posibilidad del resultado o el resultado en tanto posible, no el resultado en sí, porque en tal caso hay dolo directo”¹².

Desde esa perspectiva, el elemento central del dolo eventual es la **representación** que el sujeto activo tiene del resultado típico, esto es, la persona considera el riesgo de realización del tipo o acepta la posible realización del resultado. En todos los casos, el autor se representa que el hecho podría ocurrir, por lo que el elemento central es la *representación* que el sujeto tiene.

Por consiguiente, queda claro que la regulación prevista en la Ley (“de-

10 Para profundizar el estudio sobre las diferentes teorías del dolo eventual Vid. ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, (Madrid: Civitas, 1997), p. 430 y ss. Un estudio detallado en el Perú lo ofrece BUSTINZA SIU, M. A., Delimitación entre dolo eventual e imprudencia, (Santiago: Ara, 2016), p. 71 y ss.

11 La jurisprudencia peruana, con relación a la doctrina dominante, ha adoptado una postura intermedia entre la teoría del consentimiento y la teoría la probabilidad. Vid. SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. juez NEYRA FLORES), Recurso de Nulidad N.º 3873-2013 Lima, Lima: 25 de julio del 2014, f. j. n.º 25. En esta resolución se reseña que “La doctrina dominante y la jurisprudencia han adoptado una postura intermedia entre la teoría del consentimiento (que, según fórmula de Frank, habría dolo si el autor dice: suceda esto —el resultado delictivo— o lo otro, en cualquier caso actuó; es decir, si lo que me parece probable fuese seguro, no actuaría —imprudencia consciente—); y la de la probabilidad (que parte del dolo como conocimiento pero a pesar de ello exige para diferenciar entre dolo eventual y culpa consciente el grado de probabilidad de producción del resultado que el sujeto advierte, si es muy probable habrá dolo, si es remota la posibilidad será culpa consciente).” Véase también SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez CEVALLOS VEGAS), Recurso de Nulidad N.º 1273-2015 Cajamarca, Lima: 18 de mayo del 2017, f. j. n.º 23.

12 VILLAVICENCIO TERREROS, F., Derecho penal. Parte general, (Lima: Grijley, 2006), p. 372.

ber presumir”) describe un comportamiento culposo: el reproche que prevé la Ley es por “infracción del deber de presumir”, es decir, por infracción del deber de cuidado, por inobservancia del cuidado debido¹³. El deber de cuidado (llamado también diligencia debida) consiste en la obligación de prestar el cuidado debido para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos¹⁴. El reproche es no haberse representado el resultado debiéndolo haber hecho¹⁵. En consecuencia, no estamos ante un supuesto de dolo eventual. Como bien lo ha señalado la doctrina y jurisprudencia, en el dolo eventual el agente juzga el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado, y acepta o se resigna a la posible realización del resultado; en cambio, en el supuesto que prevé la Ley, el agente no sabe, no se representa, por tanto, no juzga el riesgo de realización del tipo como elevado. **El reproche es más bien por no haberse representado** o por no haber presumido tal situación.

En la doctrina, en diversos otros contextos, la referencia al término “debió presumir” se ha entendido como imprudencia. Así, SALINAS SICCHA¹⁶, al tratar el delito de receptación señala que el “deber de presumir” conduce a una acción culposa y no a una acción dolosa. En este marco, JAKOBS señala que si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad, habrá que condenar por imprudencia¹⁷.

Aquí también es relevante reparar en lo previsto en el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD¹⁸, donde se hace referencia al término “debiendo saber”, que es considerado como imprudencia o culpa. Esto justamente porque la ausencia de conocimiento del origen ilícito de los bienes conlleva a la actuación culposa y no dolosa. En el delito de lavado imprudente el sujeto desconoce el origen ilícito de los bienes, sin embargo, realiza el injusto como consecuencia de la infracción de una norma de cuidado, que le impone la obligación de examinar cuidadosamente los bienes implicados

13 MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 10.a ed., (Barcelona: Reppertor, 2016), p. 292. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal. Parte general, 8.a ed., (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), p. 284.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, F., Derecho penal. Parte general, (Lima: Grijley, 2006), p. 387; también Cfr. MANZUELOS COELLO, J., «El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual», en Anuario de derecho penal, s/l: 2003, p. 168; KINDHÄUSER, U., «Acercas de la fundamentación de las exigencias de cuidado», en Revista de Estudios de la Justicia, n.º 22, Santiago: 2015, p. 21.

15 En aplicación de las reglas generales (art. 14 del CP), la falta de representación lleva al error, lo que conduce a la sanción por culpa si el tipo penal prevé esta modalidad.

16 SALINAS SICCHA, R., Derecho penal. Parte especial, vol. II, 6.a ed., (Lima: Iustitia, 2014), p. 1154.

17 JAKOBS, G., Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, (Madrid: Marcial Pons, 1995), p. 382.

18 Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos, aprobado en el marco de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de 1992, art. 2.1.

en la operación para conocer su procedencia¹⁹. En este marco, también es importante el Convenio de Varsovia del 2005, que tipifica dos modalidades de imputación subjetiva: algunas situaciones de dolo eventual (en caso el delincuente “albergara sospechas” de que los bienes eran producto de un delito fuente, según el art. 9, inc. 3, literal ‘a’) y de imprudencia consciente (en caso el delincuente “debería haber presumido” que los activos provenían de un delito)²⁰.

Ahora bien, si se concluye que estamos ante un supuesto “culposo”, nuestra legislación se enfrenta todavía a un problema: ¿cómo compatibilizar la regulación de una modalidad culposa con una sanción para una modalidad dolosa? Puesto que si se observa la norma, en todas las modalidades donde se regula el “*deber presumir*” no se hace distinción con la modalidad del comportamiento doloso, a efectos de considerar el *quantum* de la pena. Dicho de otro modo: **la pena es exactamente la misma para la modalidad del “conocer” como para la modalidad del “deber presumir”**. Por ello, frente a este contrasentido normativo, en afirmación de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proscripción de responsabilidad objetiva y, por supuesto, en una interpretación *pro homine*, corresponde la inaplicación de este extremo de la norma, a la espera de una futura reforma legislativa que resuelva normativamente este entuerto.

En la doctrina se han discutido los alcances de la referencia normativa al “deber de presunción”. Sobre el particular, se han planteado distintas posturas que afirman y niegan la concurrencia del dolo eventual²¹. Así, PRADO SALDARRIAGA ha señalado que, en el delito de lavado de activos, “el dolo con el cual actúa el agente puede ser directo o eventual”²², explicando su planteamiento a partir del deber de cuidado de un ciudadano de advertir las circunstancias objetivas que se le presentan y que las actividades en las que se ve incluido son financiadas con activos generados

19 BLANCO CORDERO, I.; FABIÁN CAPARRÓS, E.; PRADO SALDARRIAGA, V.; SANTANDER ABRIL G.; ZARAGOZA AGUADO, J., Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, 5.a ed., (Washington: Organización de Estados Americanos, 2018), p. 145.

20 BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, 4.a ed., (Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015), p.140.

21 PRADO SALDARRIAGA, V., Criminalidad organizada. Parte especial, (Lima: Instituto Pacífico, 2016), p. 286; GARCÍA CAVERO, P., El delito de lavado de activos, (Lima: Jurista, 2015), p. 128; MENDOZA MENDOZA LLAMACPONCCA, F., El delito de lavado de activos: aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo, (Lima: Instituto Pacífico, 2017), p. 486. En la doctrina internacional, TERRADILLOS BASOCO ha señalado que los tribunales hoy están apreciando dolo eventual en supuestos que podrían, sin dificultad, ser llevados al terreno de las imprudencias, Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., “El delito de blanqueo de capitales en el derecho español”, en CERVINI, R.; CESANO, J. D.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España, (Córdoba: Alveroni, 2008), p. 238.

22 PRADO SALDARRIAGA, V., Criminalidad organizada. Parte especial, (Lima: Instituto Pacífico, 2016), p. 286.

por conductas delictivas. Agrega, además, citando el R. N. N.º 2916-2012 Callao de la Sala Penal Transitoria, que “es suficiente la incertidumbre sobre su origen, esto es, el conocimiento de una infracción grave”²³. Por su parte, GARCÍA CAVERO considera que el delito de lavado de activos es un delito sancionado a título de dolo directo o eventual²⁴. A su criterio, la procedencia delictiva de los activos, esto es, el delito previo, constituye un elemento normativo del tipo, por lo que el agente que obra con dolo no requiere de “conocimiento específico [...] bastando un nivel de conocimiento que permita deducir que los activos provienen de un hecho delictivo”²⁵. Este autor anota que, cuando el legislador señala “debe presumir”, hace referencia a una estructura de actuación culposa: “El término ‘debía’ supone un deber y el término ‘presumir’ un conocimiento que no se tiene, por lo que la estructura es claramente la de una **actuación culposa** y no con dolo eventual”. Sin embargo, por cuestiones de política criminal, no acoge esta interpretación en su postura.

2.3. El objeto del conocimiento en el comportamiento doloso

En la medida que el delito de lavado de activos es un delito doloso, el autor debe actuar con conocimiento y voluntad de la realización de la acción típica descrita en los tipos penales. Por ello, resulta relevante definir los alcances de ese conocimiento. La Ley prescribe en los arts. 1, 2 y 3 que el agente “*conozca*” que el dinero, bienes, efectos o ganancias tienen origen ilícito. Además, el segundo párrafo del art. 10 señala que “el conocimiento” del “origen ilícito” que tiene el agente debe corresponder a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento de terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros.

En consecuencia, el objeto o contenido del conocimiento del agente está referido a que este sabe que los bienes provienen de la comisión de alguno de los delitos fuente, vale decir, el agente sabe que proviene del narcotráfico o de los otros delitos mencionados en el art. 10 de la Ley. No basta el conocimiento general o abstracto. El sujeto activo debe tener un conocimiento cierto de la fuente generadora de activos ilícitos, aunque desconozca los elementos de detalle que rodean la comisión del delito fuente.

23 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sra. jueza PACHECO HUANCAS), Recurso de Nulidad N.º 2026-2012 Callao, Lima: 8 de noviembre del 2018, f. j. n.º 4.

24 GARCÍA CAVERO, P., El delito de lavado de activos, (Lima: Jurista, 2015), p. 128.

25 Ibid., p. 129.

Con relación al contenido del conocimiento, nuestra Corte Suprema ha señalado:

*No es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió este, ni mucho menos quienes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quienes estuvieron involucradas en ellas*²⁶. (la cursivas son propias)

Como se observa, la Corte Suprema no exige que el agente conozca de qué delito provienen los bienes delictivos, sino que bastaría una sospecha razonable sobre la presunta fuente ilegal que produjo los activos.

En la doctrina, BLANCO CORDERO ha señalado que “para tener por acreditado el conocimiento del origen delictivo de los activos solo se requiere acreditar el conocimiento de la vinculación de estos con la actividad criminal previa y para ello bastará con la presencia de una actividad delictiva de modo genérico que, en atención a las circunstancias del caso concreto, permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en el mismo”²⁷.

Desde mi postura, considero correcto el criterio según el cual el agente del delito de lavado de activos no tiene que conocer los detalles que rodean la comisión del delito fuente. En efecto, no tiene que conocer cuándo se cometió el delito, en qué lugar, quiénes participaron, cuál es la situación procesal del delito previo, etc. Sin embargo, **sí debe saber plenamente que el dinero proviene de alguno o algunos delitos específicos**. Se debe probar (con estándar probatorio de certeza), mediante la prueba indiciaria, que el dinero tiene procedencia delictiva, que se ha originado en alguno de los delitos previstos en el art. 10 del D. Leg. N.º 1106. Las “circunstancias concretas del caso” de las que se debe inferir que los bienes son delictivos deben ser probadas. No bastará la sospecha ni la presunción.

2.4. El elemento de tendencia interna trascendente: delito de intención

Como se puede advertir, el delito de lavado de activos exige para su con-

²⁶ VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Acuerdo Plenario N.º 3-2010, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 18.

²⁷ BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, 4.a ed., (Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015), p. 682.

figuración típica la concurrencia del dolo en el aspecto subjetivo del tipo, esto es, el conocimiento de que los activos provienen de la comisión de algún delito expresamente mencionado en el art. 10, como la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, entre otros. Además del conocimiento, para completar el dolo se requiere la voluntad de realizar la acción de lavado. Pero, además de ello, la norma también exige la concurrencia de una “**especial finalidad**” o “**propósito delictivo**” en la conducta del agente, a saber, la norma exige que el comportamiento típico se realice “*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”. En tal sentido, se exige un elemento de tipicidad subjetiva distinta al dolo, conocido también por la doctrina como “*elemento de tendencia interna trascendente*”.

En la doctrina se considera que este elemento subjetivo de naturaleza trascendente exige una “especial intención” en la conducta típica y que, por tanto, trasciende el dolo. Con esta especial intención o finalidad última en la conducta del agente se busca un resultado distinto y adicional al que se busca cuando se efectúa la acción típica, de manera que no se limita a la mera realización de la conducta dolosa. En otros términos, esto quiere decir que la intención especial exigida —distinta al dolo— está orientada a la búsqueda de un resultado distinto al producido con la realización del delito. Es así que la ley de lavado de activos, en sus arts. 1, 2 y 3, exige que el agente actúe con la finalidad de evitar la identificación del dinero negro o con la finalidad de evitar su incautación y decomiso, y, en consecuencia, con la finalidad de evadir la acción de la justicia. Esta característica del delito de lavado de activos como un **delito de intención** revela una mayor carga subjetiva de intencionalidad en el sujeto activo e influye también en la configuración del tipo penal como un delito que exige el dolo directo y excluye el dolo eventual.

La regulación legal que incorpora la exigencia del elemento de tendencia interna trascendente, compatibilizada con la finalidad político-criminal del Estado en esta materia, trae como consecuencia la **exigencia de la prueba de este elemento**. Por ende, para condenar legítimamente a un ciudadano por el delito de lavado de activos se deberá probar que este actuó con la finalidad de evitar la identificación, incautación o decomiso de los bienes de origen delictivo. El Ministerio Público deberá acreditar este elemento en su acusación y el Poder Judicial lo deberá dar por probado para condenar a una persona. Entonces cabe enfatizar que no solo se deberá probar que se lavó bienes, sino que deberá demostrarse la intencionalidad.

Con relación a ello, debe anotarse el significado de la reforma del art. 2 introducida por el D. Leg. N.º 1249, por el cual se elimina la referencia a “*con*

la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso” en las acciones típicas de ocultamiento y tenencia. Si bien la modificación legislativa pareciera haber eliminado del art. 2 el elemento de tendencia interna trascendente, lo cierto es que esta reforma no enerva la naturaleza de este delito como un **delito de intención**. De esto resulta que, incluso en la modalidad señalada, el lavado de activos sigue consistiendo en realizar actos de ocultamiento de bienes de procedencia delictiva, a través de los cuales el autor busca evitar que la justicia identifique esos bienes como bienes de origen delictivo, que sean incautados o decomisados.

3. El aspecto subjetivo del delito en la jurisprudencia

Con la finalidad de establecer los alcances de las normas en materia de lavado de activos, la Corte Suprema ha emitido un acuerdo plenario y una sentencia plenaria casatoria. Igualmente, al conocer de distintos casos vía recursos de nulidad y casaciones, se ha ido pronunciado sobre distintos aspectos del delito de lavado de activos, entre estos, sobre el aspecto subjetivo.

Al respecto, es relevante el pronunciamiento del **AP N.º 3-2010** (emitido bajo la vigencia de la Ley N.º 27765), donde se sostiene que el delito de lavado de activos es un delito netamente doloso, que admite la posibilidad de un dolo eventual. Además, se subraya que es imposible la comisión imprudente y que no se exige un ánimo de lucro, sino simplemente la concurrencia de un elemento de tendencia interna de naturaleza trascendente que justifica el injusto. En esa línea, se menciona:

*En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los arts. 1 y 2 de la Ley N.º 27765 permite identificar **solamente delitos dolosos**. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual. El sujeto activo debe, pues, ejecutar los distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera **consciente y voluntaria**. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito²⁸. (El resaltado es propio)*

En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legis-

²⁸ VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Acuerdo Plenario N.º 3-2010, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 17.

lador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión “puede presumirse”²⁹.

En atención pues, a lo expuesto, cabe entender que solo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer de dolo. Sobre el particular, DIEZ RIPOLLEZ ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce “la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito” [Cfr. DIEZ RIPOLLEZ, José Luis, Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Madrid: Tecnos, 1989, p. 92]³⁰. (las itálicas son atribución propia)

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre el tipo subjetivo en la **Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017**. En esta sentencia, la Corte ha confirmado que el delito de lavado de activos es un **delito de intención** que puede ser cometido a través de dolo directo o dolo eventual, y que siempre exige la concurrencia de un elemento de tendencia interna trascendente, esto es, que siempre requiere que el agente actúe con la finalidad u objetivo de evitar la identificación del origen, la incautación o el decomiso. Así se señala:

21. En atención a lo expuesto, para la condena de un delito de lavado de activos, como para cualquier otro, es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: (i) una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos —según lo establecido en los fundamentos jurídicos precedentes—; (ii) la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional; y, (iii), subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo —dolo directo o eventual— (sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, pues basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal), cuanto de la realización de los actos de lavado con la finalidad u objetivo de evitar la identificación, la incautación o el decomiso —es, por ello, un elemento subjetivo especial

29 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Acuerdo Plenario N.º 3-2010, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 19.

30 VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Acuerdo Plenario N.º 3-2010, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.º 23.

*distinto del dolo, específicamente, es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención*³¹. (el resaltado y las cursivas son atribución propia)

De igual manera, nuestra Corte Suprema ha emitido diversas resoluciones donde ha venido fijado criterios respecto al ámbito subjetivo de este delito, definiendo que el lavado de activos tiene carácter netamente doloso, que es un delito de intención y que exige un elemento de tendencia interna trascendente. Destacan los siguientes pronunciamientos judiciales:

*La segunda función dogmática del delito previo, consiste en especificar el ámbito de la imputación subjetiva. Así, los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.º 1106, hacen hincapié en que debe tratarse de bienes “cuyo origen ilícito conoce o debía presumir [el agente]”; texto, sin embargo, a todas luces innecesario; por cuanto, por regla general, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo [y el delito fuente lo es]. Es como si en el delito de hurto, o en el de robo, el legislador hubiese señalado expresamente en la descripción típica, que el agente debía conocer el carácter ajeno del bien mueble*³². (El resaltado y las cursivas son atribución propia)

[El lavado de activos] exige el dolo, directo o eventual. *No hace falta que el agente conozca, concretamente, el delito precedente, del cual aquellos productos o ganancias se originaron —el autor debe reconocer que los activos proceden, en general, de una actuación delictiva—, ni tampoco cuándo fue cometido, ni mucho quiénes intervinieron en su realización. Basta la conciencia de la anormalidad de la operación que se ha de realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad delictiva que genere ganancias ilegales. No se requiere, igualmente, que el agente conozca de la situación procesal actual o definitiva del delito fuente*³³. (el resaltado y las cursivas son atribución propia)

Además, el agente no necesita conocer con todo detalle la infracción precedente; basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (STSE 1113/2004, del nueve de octubre). Es suficiente la certidumbre sobre su origen, el conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Incluso se admite el dolo eventual (STSE 1450/2004,

31 I PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, Lima: 11 de octubre del 2017. Fundamento, f. j. n.º 22.

32 SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez HINOSTROZA PARIACHI), Casación N.º 92-2017 Arequipa, Lima: 8 de agosto del 2017.

33 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2868-2014 Lima, Lima: 27 de diciembre del 2016.

*del dos de diciembre), y la ignorancia delictiva (STSE 157/2003, del cinco de febrero)*³⁴. (el resaltado y las cursivas son atribución propia)

*También, desde la tipicidad subjetiva, es decir, del conocimiento del delito previo por parte del agente del delito de lavado de activos, éste solo debe tener un carácter general —no se requiere tener un conocimiento último de los caracteres del delito fuente, de la plenitud de sus detalles—*³⁵. (el resaltado es propio)

*El delito de lavado de activos es un delito autónomo y de resultado, que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. El agente debe saber o, cuando menos, inferir de las circunstancias del delito. No es una exigencia típica que el autor conozca de qué delito fuente se trata, la fecha de su comisión o los que intervinieron en la comisión del delito precedente. Basta que tenga un alcance razonable de que los bienes sobre los que realizan actos de transferencia o conversión, ocultamiento o tenencia, son de procedencia delictiva*³⁶. (el resaltado y las cursivas son atribución propia)

Que, acreditado el tipo objetivo del delito de lavado de activos, el tipo subjetivo —que requiere dolo directo o eventual—[...] ³⁷.

*Que, en el presente caso, el Tribunal Superior negó determinados elementos de la incriminación, para lo cual se amparó en precios medios de prueba documental y pericial, e introdujo una máxima de experiencia sobre relaciones de pareja —propia para valorar la prueba y construir una regla de inferencial, no para interpretar los alcances típicos el hecho incriminado (origen delictivo de los bienes y actos ulteriores de legitimación)—, además de dudosa generalización, con el objetivo de sostener la falta de dolo, sin siquiera hacer mención al elemento que lo niega: el error de tipo. Por lo demás, es de tener en cuenta que el tipo legal de lavado de activos también se comete mediante dolo eventual*³⁸. (el resaltado y las cursivas son atribución propia)

34 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 1881-2014 Lima, Lima: 30 de septiembre del 2015.

35 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2246-2016 Lima, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.º 7.

36 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2995-2012 Lima, Lima: 20 de marzo del 2013, f. j. n.º 11.

37 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2780-2017 Lima, Lima: 23 de mayo del 2018, f. j. n.º 9.

38 SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Sr. juez SAN MARTÍN CASTRO), Recurso de Nulidad N.º 2246-2016 Lima, Lima: 11 de julio del 2017, f. j. n.º 6.

Como se puede advertir en la doctrina mayoritaria y jurisprudencia, se han ido afirmando criterios mediante los cuales se señala que el delito de lavado de activos es netamente doloso, que abarca tanto el dolo directo como el dolo eventual, que siempre se exige el elemento de tendencia interna trascendente y que se trata de un delito de intención.

4. Conclusión

El delito de lavado de activos es un delito de intención, donde el propósito del agente es lavar activos de procedencia delictiva. Se trata de un delito doloso. Dada su configuración como delito de intención, no se admite el dolo eventual, únicamente el dolo directo. La referencia normativa al elemento “debía presumir”, describe el reproche de un comportamiento culposo. Sin embargo, dado que el legislador no hace distinción en la definición de penas y considerando los principios que regulan nuestro derecho penal, este supuesto culposo debe ser inaplicado.

5. Referencias bibliográficas

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4.a ed., (Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2015).

BLANCO CORDERO, I.; FABIÁN CAPARRÓS, E.; PRADO SALDARRIAGA, V.; SANTANDER ABRIL G.; ZARAGOZA AGUADO, J., *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, 5.a ed., (Washington: Organización de Estados Americanos, 2018).

BUSTINZA SIU, M. A., *Delimitación entre dolo eventual e imprudencia*, (Santiago: Ara, 2016).

CARO JHON, J., «Imputación subjetiva», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, vol. 1, n.º 7, Lima: 2006.

GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, (Lima: Jurista, 2015).

GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte especial*, 2.a ed., (Lima: Instituto Pacífico, 2015).

HAVA GARCÍA, Esther, «Dolo eventual y culpa consciente: Criterios diferenciadores», en *Anuario de derecho penal*, s/l: 2003, recuperado de <<https://bit.ly/3EntCQc>>.

JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1995).

KINDHÄUSER, U., «Acerca de la fundamentación de las exigencias de

cuidado», en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 22, Santiago: 2015.

MANZUELOS COELLO, J., «El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual», en *Anuario de derecho penal*, s/l: 2003.

MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado de activos: aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, (Lima: Instituto Pacífico, 2017).

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 10.a ed., (Barcelona: Reppertor, 2016).

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8.a ed., (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010).

PEÑA CABRERA, R., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. II, (Lima: Ediciones Jurídicas, 1993).

PÉREZ BARBERÁ, G., «El concepto de dolo en el derecho penal: hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como un estado mental», en *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 6, Bogotá: 2012.

PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad organizada. Parte especial*, (Lima: Instituto Pacífico, 2016).

PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, (Lima: Idemsa, 2019).

RAGUÉS I VALLÈS, R., «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4, Santiago: 2004.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, (Madrid: Civitas, 1997).

SALINAS SICCHA, R., *Derecho penal. Parte especial*, vol. II, 6.a ed., (Lima: Iustitia, 2014).

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «El delito de blanqueo de capitales en el derecho español», en CERVINI, R.; CESANO J. D.; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España*, (Córdoba: Alveroni, 2008).

VILLAVICENCIO TERREROS, F., *Derecho penal. Parte general*, (Lima: Grijley, 2006).

Reflexiones sobre el trigésimo año de vigencia del Código penal y de la criminalización del lavado de activos*

Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Criminalización del lavado de activos / 2.1. Americanización del Derecho penal con la adopción de la Convención de Viena de 1988 y su incorporación como derecho interno / 2.2. Desarrollo de la tipificación del lavado de activos / 3. Estructura del tipo penal / 3.1. Sujetos del delito: en particular el autolavado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas / 3.2. Procedencia criminal de los activos y objeto material: la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017 / 3.2.1. Delimitación progresiva en la investigación preparatoria. / 3.2.2. Delimitación progresiva en la etapa intermedia y juicio oral / 3.3. Conductas típicas / 3.3.1. Actos de conversión y transferencia / 3.3.2. Actos de ocultamiento y tenencia / 3.3.3. Actos de transporte e ingreso o salida de activos de origen delictivo / 3.4. Aspecto subjetivo / 3.4.1. Tipo subjetivo doloso / 3.4.2. Elemento subjetivo del injusto / 4. A modo de conclusión / 5. Bibliografía.

1. Introducción

El Código Penal [CP en adelante] peruano es el resultado de un progresivo proceso de reforma. Su elaboración estuvo inspirada por la legislación penal del sistema europeo continental, mientras que determinadas enmiendas, particularmente en el ámbito del derecho penal económico, han tenido influencia significativa de la tradición angloamericana. El proyecto de julio de 1990 –base orientativa del CP en vigor– tuvo como fuentes principales

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Penal por la misma casa de estudios. Profesor del curso “Derecho Penal Empresarial” de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor de la Academia de la Magistratura. Socio de MENDOZA & HERRERA Abogados.

al CP alemán de 1975 y su Proyecto alternativo de 1962, así como los proyectos españoles de 1980 y 1983¹. El vencimiento del plazo de la delegación de facultades legislativas, otorgada al Ejecutivo de tal contexto, motivó el nombramiento de una comisión revisora cuyo trabajo produjo, sin cambios significativos, el Proyecto de enero de 1991. Este último fue promulgado como Código, mediante D. Leg. N° 635 (del 3-Abr-1991)².

El CP presenta múltiples modificaciones. La legislación penal producida, sea la incorporada en el cuerpo del mismo CP o en las leyes penales especiales, ha tenido también influencia de la tradición angloamericana, cuyas premisas y comprensión del delito difieren sustancialmente del sistema romano germánico que inspiró al texto original de 1991. Por tanto, en nuestro sistema penal coexisten ambos modelos de manifiesto contraste. Se trata de una yuxtaposición normativa de lo que NINO denominó como “enfoque conceptualista” –atribuible al sistema europeo continental– y el “enfoque predominantemente intuicionista”³ –característico del modelo angloamericano–. Este fenómeno jurídico se debe, entre otras razones, a la intervención decisiva de organismos supranacionales y el surgimiento de obligaciones internacionales asumidas por nuestro país con la suscripción de Convenios, con el fin de dar respuesta global a la delincuencia transnacional. La presente contribución demostrará las razones por las cuales se incorporó, al poco tiempo de ser publicado el CP, un delito surgido de la política criminal estadounidense que nada tiene que ver con las instituciones de influencia eurocontinental presentes en su texto original, aprobado a penas siete meses antes. Se trata del delito de lavado de activos, tipificado el 12-Nov-1991, mediante el art. 1° del D. Leg. N° 736, por el cual se incorporaron al CP los arts. 296-A y 296-B. Nuestro objeto es formular reflexiones, por tanto, sobre el trigésimo año de la puesta en vigor tanto del CP como de la criminalización del lavado de activos.

2. Criminalización del lavado de activos

2.1. Americanización del Derecho penal con la adopción de la Convención de Viena de 1988 y su incorporación como derecho interno

La represión del lavado de activos constituyó objeto de deberes de armonización internacional establecidos por la ONU a través, en primer lugar,

1 HURTADO POZO, J., «§ 3 Evolución del derecho penal peruano», en Hurtado Pozo, J.; Prado Saldarriaga, V., Manual de derecho penal. Parte general, Tomo I, 4ª ed., (Lima: Idemsa, 2011), p. 119.

2 ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., «El nuevo Código penal peruano», en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 44, N° 2, Madrid: Ministerio de Justicia español, 1991, p. 516

3 SANTIAGO NINO, C., Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito (Buenos Aires: Astrea - Depalma, 1980), p. 30.

de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena de 1988). La figura delictiva prevista en dicho Convenio, referida sólo a la criminalización de las operaciones efectuadas sobre los rendimientos económicos producidos por el narcotráfico, fue la misma que empleó, poco tiempo después, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) para la elaboración de sus conocidas “Cuarenta Recomendaciones” de 1990, dirigidas a la tipificación del blanqueo y al establecimiento de los sistemas de prevención administrativa de dicho fenómeno criminal⁴.

Los posteriores instrumentos de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo de 2000, aprobada el 8-Oct-2001, mediante RLeg N° 27527) y contra la Corrupción (Convención de Mérida de 2003, aprobada el 6-Oct-2004, mediante RLeg N° 28357), adoptaron la estructura delictual promovida por la Convención de Viena de 1988, aunque ampliándose la base de potenciales delitos fuente, asumiéndose por consiguiente la tradición angloamericana en los Estados parte suscriptores del Convenio, aun cuando sus ordenamientos jurídicos estuvieren influidos por el derecho romano germánico como fue el caso peruano. Esto se debió a la influencia predominante de la política criminal estadounidense impresa en la Convención de Viena por razón de su hegemonía política en las Naciones Unidas. La configuración del injusto penal que el citado instrumento propuso tipificar, no siguió la estructura de las instituciones del derecho penal desarrolladas en el sistema romano germánico, de significativa influencia en los ordenamientos penales de Latinoamérica, sino la referida tradición angloamericana.

El fenómeno político criminal descrito, denominado como “*americanización del derecho penal económico*”⁵, trajo consigo, en relación con el delito de lavado de activos, la configuración de un injusto penal caracterizado por su amplitud, casuismo y complejidad de técnica legislativa que ha flexibilizado las reglas de imputación⁶ desarrolladas en la tradición europea continental. Las cuales permitían con cierta nitidez distinguir los institutos de la autoría y la participación –configurándose al tipo penal de lavado desde

4 DURRIEU FIGUEROA, R., La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo (Madrid: Marcial Pons, 2017), pp. 132-133.

5 MENDOZA LLAMACPONCCA, F., El delito de lavado de activos (Lima: Instituto Pacífico, 2017), pp. 129-136; VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», en Revista Penal, N° 1, (Trad. de Ontiveros, M.), Madrid: La Ley, 2003, p. 141; NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», en Revista Penal, N° 19, Madrid: La Ley, 2007, pp. 121-122; EDWARDS, A.; GILL, P., Transnational organised crime. Perspectives on global security, (London: Routledge, 2003), p. 3; FERNÁNDEZ STEINKO, A., Delincuencia, finanzas y globalización, (Madrid: CIS, 2013), p. 249.

6 SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 3ª ed., (Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2020), pp. 179-180.

la perspectiva de un concepto unitario de autor–, los actos preparatorios, consumación y tentativa. Es manifiesto que el casuismo imperante en la estructura típica obedece a la lógica jurisprudencialista preponderante en el modelo angloamericano.

La política criminal antidrogas de los EE.UU., expandida internacionalmente bajo la administración del ex Presidente Ronald Reagan, provocó la discusión y aprobación de la Convención de Viena. Este instrumento del *hard law* –refiere CASSANI⁷– si bien fue elaborado bajo el amparo de la ONU, no obstante, fue tributaria de la guerra internacional contra el narcotráfico dirigida por la administración Reagan, de modo que se incorporó en su contenido elementos característicos de la normativa antidrogas estadounidense. La denominada “guerra contra las drogas” se constituyó –precisa MITSILEGAS⁸– en un concepto clave de la política interna e internacional de los EE.UU., cuyo enfoque abarcó a la lucha contra el aspecto financiero del tráfico ilícito de drogas. La estructura incriminatoria del lavado diseñada por la Convención de Viena, sin embargo, no se ajusta a las reglas de imputación propias de un modelo de derecho penal europeo continental imperante en Alemania, Italia, España o Suiza –países que han influido las legislaciones penales del ámbito latinoamericano–. En efecto, la dogmática de la teoría del delito construida a partir del sistema codificado, dista profundamente de la concepción que sobre el delito se tiene en los países de modelo angloamericano⁹, particularmente, los EE. UU.¹⁰.

Si se tuviere que examinar el origen de las normativas supranacionales vinculantes para los diversos Estados –apunta NIETO MARTÍN– “veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacen de los EE.UU. y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de «soluciones jurídicas» entre los distintos ordenamientos en que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante en los EE.UU.¹¹”. Son múltiples las causas de la “americanización” como también lo son sus actores. Entre ellos cabría citar a diversos organismos intergubernamentales

7 CASSANI, U., «L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: La lutte contre le blanchiment d'argent», en *Revue de Droit Suisse*, Vol. II, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, p. 243.

8 MISTILEGAS, V., *Money Laundering Counter-Measures in the European Union: A New Paradigm of Security Governance versus Fundamental Legal Principles*, (The Hague - London - New York: Kluwer Law International, 2003), p. 37.

9 GILES, F., *El derecho penal inglés y su procedimiento*, (Santiago de Chile: Olejnik, 2019), p. 73.

10 SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, (Madrid: Marcial Pons, 2020), p. 55.

11 NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», op. cit., p. 121

(ONU, OEA, Unión Europea, Consejo de Europa, entre otros), los cuales, a través de Convenios, Acuerdos o Recomendaciones han universalizado los modelos legislativos norteamericanos. La influencia de los EE.UU. en dichos instrumentos se manifiesta, particularmente, en la tipificación y control del lavado de activos. La incriminación del blanqueo de dinero, por ello, constituye uno de los paradigmas de la “americanización” del Derecho penal económico. Tal es así que el propio contenido material del concepto de *money laundering*—de acuerdo VOGEL¹²—, era totalmente desconocido para Europa hasta la segunda mitad de los años 80 del siglo XX. Su primera formulación se produce en el Informe *Organized Crime and Money Laundering*, Washington D.C. de 1984, presentado por la Comisión presidencial en delincuencia organizada nombrada por la administración Reagan. La tipificación del lavado de activos, tal como había sido estructurado por los EE.UU. en los años 80, se convierte para Europa en un asunto de importantes consecuencias de política criminal por efecto de las presiones ejercidas por dicho país a fin de que, a través de las Naciones Unidas, los Estados establezcan preceptos relativos a la represión y control de dicho fenómeno criminal.

Mediante la Convención de Viena, los EE.UU. lograron globalizar jurídicamente su guerra contra las drogas y contra el lavado de activos procedentes del narcotráfico. Desde el punto de vista político, VOGEL señala con acierto que los EE.UU. procedieron “tanto desde un modo bilateral como multilateral, en la cumbre de París del Grupo G7 de 1989, mediante el establecimiento de la *Financial Action Task Force*. Las recomendaciones de este Grupo aprobadas en 1990, con el fin de impedir el blanqueo de capitales, fueron el fundamento de la Directiva del Consejo Europeo de 10-Jun-1991, establecida con el fin de impedir la utilización de sistema financiero para el blanqueo de capitales”¹³.

Esta constatación pone en evidencia que la criminalización del lavado de activos promovida por la Convención de Viena, se caracteriza por la elaboración de un tipo legal cuya amplitud, casuismo y defecto de técnica

12 Apreciando como “considerable” el influjo de los Estados Unidos en la reciente evolución del derecho penal europeo, Cfr. KUHLEN, L., «El derecho penal del futuro», en Arroyo Zapatero, L.; Neumann, U.; Nieto Martín, A. (coords.), en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2013), p. 227. Al respecto, Joachim Vogel—en su análisis de la globalización y la política criminal internacional—, señala “...en la Parte Especial han de mencionarse... al blanqueo de capitales... como ámbito cuyas regulaciones fueron concebidas en los EE.UU. antes de extenderse al resto del mundo, en el pasado, el presente y el futuro. De hecho, debe considerarse que la política criminal estadounidense es la más influyente a escala planetaria”, Cfr. VOGEL, J., «Derecho penal y globalización», en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: *Globalización y derecho*, N° 9 (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2006), p. 118.

13 VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», op. cit., p. 141.

legislativa conduce a la flexibilización de las reglas de imputación y al desdibujamiento de los contornos que estructuran los diversos institutos dogmáticos de la teoría del delito producida por la tradición eurocontinental y legados al ámbito latinoamericano, especialmente, en la Parte General de sus Códigos penales. El casuismo imperante en la estructura típica obedece, claramente, a la lógica jurisprudencialista preponderante en la tradición del *common law*¹⁴. La desestructurada concepción del delito que caracteriza al modelo estadounidense, más allá de la bipartición poco clara entre el *actus reus* y la *mens rea*¹⁵, se contrapone a la racionalidad dogmática de la teoría del delito de la tradición europeo continental de predominante influencia en Latinoamérica.

En suma, ponemos de manifiesto la realidad subyacente al origen de la criminalización mundial de este fenómeno delictivo¹⁶. La naturaleza pragmática con que fue concebida la tipificación penal del lavado de activos, a través de la Convención de Viena de 1988 fue seguida tanto por las Convenios de las Naciones Unidas posteriores, como también por las conocidas 40 Recomendaciones de 1990 del GAFI. En efecto, en la cumbre celebrada el 16-Jul-1989, un año después de emitida la Convención de Viena, el Grupo de los 7 países más industrializados del mundo, denominado en dicha época como G-7 (encabezado por los EEUU junto a Italia, Francia, Reino Unido, Japón, Canadá y Alemania), decidieron crear al GAFI como entidad encargada de promover políticas internacionales de lucha global contra el lavado de activos. Estas iniciativas se han mostrado eficaces en la respuesta sancionatoria contra dicho fenómeno criminal lo cual impone el desarrollo de estrategias y herramientas legales de alcance internacional.

En el Perú las obligaciones internacionales adoptadas, en el marco del descrito fenómeno relativo a la americanización del derecho penal económico, condujeron a la emisión del D. Leg. N° 736 (del 12-Nov-1991), criminalizándose conductas tan disímiles entre sí como lo son la inversión, venta, pignoración, transferencia, posesión, conversión e intervención en procesos de lavado. Las múltiples modificaciones y emisión de leyes penales especiales no alteraron significativamente la represión de dichos comportamientos, antes bien, se ampliaron para abarcar a todos aquellos que pudieran representar algún aporte en los diversos segmentos del proceso de reciclaje. Por tanto, se aprecia que el D. Leg. N° 1106 sigue la misma técnica legislativa omnicompreensiva de sus predecesoras, como lo fue también la Ley N° 27765. Actualmente, el delito de lavado de activos se configura

14 GILES, F., *El derecho penal inglés y su procedimiento*, op. cit., p. 79.

15 SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, op. cit., pp. 56-60.

16 Desarrollamos más ampliamente estas ideas en MENDOZA LLAMAPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 134.

indistintamente mediante alguna de las quince (15) formas de realización típica, previstas en los tres primeros artículos de dicho Decreto, tratándose, en estricto, de un tipo penal alternativo. Entre otros ejemplos, puede sostenerse que es tanto autor de este delito tanto quien efectúa operaciones económicas concretas sobre el patrimonio criminal (como lo puede ser realizar una inversión inmobiliaria), como también quien se limita a ejercer un acto de transporte a favor de un beneficiario final –además del cumplimiento de los diversos presupuestos legales del tipo–.

2.2. Desarrollo de la tipificación del lavado de activos

El Parlamento peruano aprobó la Convención de Viena, mediante RLeg N° 25352 (emitida el 22-Nov-1991), sin desconocerse que preexistían los compromisos internacionales derivados de su suscripción por parte de nuestra representación estatal ante la ONU. Fue el Ejecutivo, en ejercicio de facultades legislativas delegadas, quien emitió el D. Leg. N° 736 (publicado el 12-Nov-1991), incorporando los arts. 296-A y 296-B al CP. Se redactó, sin embargo, un tipo penal de defectuosa técnica jurídica y que evidenciaba la voluntad omnicomprendiva del legislador. Las fuentes comparativas inmediatas fueron la Ley argentina 23.737 (promulgada el 10-Oct-1989) y la Convención de Viena –esta última explicitada en el preámbulo del Decreto–.

El legislador derogó D. Leg. N° 736, mediante la Ley N° 25399 (del 19/Feb/1992). Luego, a través de la Ley N° 25404 (del 26/Feb/1992), tipificó al lavado de activos como una circunstancia agravante del delito de recepción patrimonial, previéndola en el art. 195, inc. 2 del CP. Posteriormente, se derogó esta última Ley, mediante el DLEY N° 25428 (del 11/Abr/1992) por el cual se reincorporó la incriminación del lavado vinculado al narcotráfico (art. 296-A) y ampliado a la conexión de los activos criminales con el narcoterrorismo (art. 296-B). La Ley N° 26223 (del 21/Ago/1993) y la Ley N° 27225 (del 17/Dic/1999) no realizaron cambios significativos a la estructura del injusto penal previsto en dichos artículos del CP, aunque sí se incorporó, en ésta última, un párrafo adicional al art. 296-B: “La condición de miembro del directorio, gerente, socio, accionista, directivo, titular o asociado de una persona jurídica de derecho privado, no constituye indicio suficiente de responsabilidad en la comisión del delito de lavado de dinero, en cuyo proceso penal se encuentre comprendido otro miembro de dicha persona jurídica”. El cual reconoce implícitamente la proscripción de la responsabilidad objetiva en el ámbito empresarial, dado que, como es correcto, no resulta indicio de cargo suficiente que el potencial investigado en un caso de lavado de activos ejerza un rol en la persona jurídica en cuyo seno hubiere actuado otro integrante de la misma sujeto al proceso penal.

La primera ley penal especial que realizó un tratamiento más acorde con la realidad criminológica del blanqueo fue la Ley N° 27765 (del 27-Jun-2002), la denominada Ley Penal contra el Lavado de Activos. Esta norma –emitida previo debate y modificación de los Proyectos de Ley N° 01084-2001/CR (del 22-Oct-2001) y N° 01931-2001/CR (del 30-Ene-2002)–, derogó sólo formalmente los arts. 296-A y 296-B del CP, pues recogió plenamente su contenido material. En lo relativo al acto criminal previo idóneo para producir ganancias susceptibles de dar lugar a la imputación por lavado, el legislador lo amplió a diferentes modalidades delictivas enumeradas en su catálogo referencial (art. 6, segundo párrafo), distintas del solo narcotráfico o narcoterrorismo, las cuales se caracterizan tanto por su especial gravedad cuanto por su aptitud para producir ganancias ilegales. En dicho precepto legal, se incorporó una disposición por la cual se incluía como delito fuente a “otros «similares» que generen ganancias ilegales”. En términos generales esta cláusula –con los matices propios de la reforma y derogación de Ley N° 27765– es la que se ha impuesto en el sistema penal peruano hasta la actualidad.

Se aprecia de la técnica legislativa empleada que no se tuvo por objeto determinar un catálogo excluyente de delitos previos sino, antes bien, realizar una numeración ejemplificativa de aquellas actividades delictivas idóneas para producir rendimientos económicos. Sin embargo, a pesar que un sector de la doctrina nacional sostuvo que ésta abarcaba a los “activos originados o derivados de cualquier delito de aquellos que generen ganancias ilegales”, la interpretación de la “relación de similitud” (aludida en el art. 6, segundo párrafo) conducía a sostener, fundadamente, que no cualquier ilícito penal tendría aptitud para ser considerado como delito fuente. Ni siquiera todos aquellos capaces de producir rentas ilícitas, sino que, por el contrario, era necesario corroborar la característica de “gravedad similar” a las actividades delictivas ejemplificadas en dicho precepto legal¹⁷.

Las normas modificatorias de la Ley N° 27765 no variaron los elementos típicos relativos al objeto material y al delito fuente. Ni siquiera al momento de incorporarse la referencia a la “trata de personas y tráfico ilícito de migrantes” (Ley N° 28950, del 16-Ene-2007) o al “terrorismo, extorsión y delitos patrimoniales agravados” (D. Leg. N° 986, del 22-Jul-2007), como delitos fuente no enunciados en el texto original de la Ley N° 27765. Las aludidas conductas delictivas, por su especial gravedad y aptitud para generar ganancias ilegales –como bien refirió el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116–, indudablemente se encontraban contenidas en la cláusula “otros similares”, que había sido prevista en el art. 6, segundo párrafo, antes de las modificatorias experimentadas el 2007.

17 MENDOZA LLAMAPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 309.

Así mismo, como expresión de la política criminal de lucha del Estado contra la minería ilegal, el crimen organizado y el lavado de activos, se emitió el vigente D. Leg. N° 1106 (del 19-Abr-2012). En esta norma, además de derogarse la Ley N° 27765, adoptándose su contenido, el legislador consideró relevante incorporar a la terminología asentada desde el 2002, la referencia a los “títulos valores” (art. 3), sin considerar que este concepto ya se encontraba suficientemente abarcado por la noción de “bien”, por lo que nada nuevo se añadía al derecho vigente. Sin embargo, es destacar que por primera vez en nuestra legislación se reconoce al valor económico del objeto material como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal (“agravante”, según prevé el art. 4, primer párrafo, inc. 3; o, “atenuante”, de acuerdo a lo previsto en el art. 4 in fine). Adicionalmente, se reformuló la cláusula general sobre el delito fuente, para reconocer que su procedencia se sitúa en “cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales” (art. 10, segundo párrafo), y ya no sólo los similares al catálogo referencial.

El D. Leg. N° 1106 ha sido modificado por el D. Leg. N° 1249 (del 26-Nov-2016) y por la Ley N° 31178 (del 28-Abr-2021). Entre las novedades que trajo este Decreto se tiene que, por ejemplo, se criminalizó por vez primera la omisión imprudente de comunicar operaciones sospechosas (art. 5, 2do párr.), como el delito de incumplimiento de los deberes de suministro de información financiera, contable, mercantil o empresarial en el marco de investigaciones y procesos por lavado de activos (art. 6). Finalmente, la reforma más significativa que se ha producido es el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos, de acuerdo con lo previsto en el art. 1 del D. Leg. N° 1352 (del 7-Ene-2017, en vigor desde el 1-Ene-2018) que modificó la Ley N° 30424 (del 21-Abr-2016), Decreto emitido poco tiempo después que el Departamento de Justicia de los EE.UU. comunicó oficialmente a nuestro Estado que el grupo ODEBRECHT reconoció haber cometido actos de corrupción a favor de altos funcionarios de nuestro país y lavado de activos, entre otros crímenes.

La jurisprudencia, por su parte, ha aportado interesantes discusiones y propuestas de interpretación de los múltiples problemas de índole sustantivo y procesal que presenta el tipo penal de lavado de activos. Entre los pronunciamientos de la Corte Suprema, es de fundamental estudio la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017¹⁸ (del 25-Oct-2017), especial-

18 El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales de la Corte Suprema resolvió, en citada la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, el requerimiento formulado por la Fiscalía de la Nación (mediante Oficio N° 287-2017-MP-FN, del 29 de agosto de 2017) relativo a abordar la incongruencia que representó la Casación N° 92-2017/Arequipa, de efecto vinculante (del 8-Ago-2017), con respecto a resoluciones supremas anteriores, entre éstas, las recaídas sobre el RN N° 2071-2011-Lima, RN N°

mente por su carácter vinculante para los órganos de la administración de justicia, así como los Acuerdos Plenarios N° 3-2010 y 7-2011 (del 16-Nov-2010 y 6-Dic-2011, respectivamente). Finalmente, en el Proyecto de Ley de Nuevo CP (del 9-May-2016), es oportuno mencionar que, más allá de no plantearse modificaciones en la estructura del tipo legal, es particularmente relevante que se resalte expresamente la naturaleza socioeconómica del injusto penal de lavado. Además, se propuso incorporarlo, en el texto del Proyecto de Nuevo CP, como el primero de los atentados contra el orden económico (Sección XIII, Título I, Libro Segundo del CP, arts. 396 al 402).

3. Estructura del tipo penal

3.1. Sujetos del delito: en particular el autolavado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El delito de lavado es un delito común, esto es, puede cometerlo cualquier persona, incluso el autor o partícipe del delito precedente o la persona jurídica que generó las condiciones determinantes para la comisión del blanqueo en su seno, beneficiándose del mismo, evidenciando defectos estructurales en su organización preventiva antilavado o, más simplemente, careciendo completamente de un programa de cumplimiento destinado a la gestión de riesgos antiblanqueo. Si bien la naturaleza de delito común que puede ser efectuado por cualquier incluso quien intervino en la producción de los activos de origen criminal, resulta clara con la actual redacción del D. Leg. N° 1106, así como en la misma Ley N° 27765 de acuerdo con la modificación que sobre sí estableció el D. Leg. N° 986 (del 22-Jul-2007), existió sin embargo discrepancia sobre la aplicación temporal de esta última norma. Para un sector minoritario de la doctrina y de la jurisprudencia –como pudo apreciarse en el R.N. 3657-2012 (del 26-Mar-2014)– la modificación precitada de Jul-2007 no podía aplicarse para los autolavados efectuados con antelación a dicha fecha, ya que, de hacerlo, supuestamente, se infringiría el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

4003-2011-Lima, RN N° 244-2013-Lima y RN N° 399-2014-Lima. Los puntos objeto de discusión plenaria fueron: (i) La autonomía del delito de lavado de activos (reconocida en el art. 10° del D. Leg. N° 1106) en relación con la “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”; (ii) La necesidad de la noción de “gravedad” de los delitos fuente y vínculo con la expresión legal “cualquier [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales”, contenida en el citado art. 10; (iii) El estándar de prueba del delito de lavado de activos, vinculado con el principio de determinación progresiva del objeto del proceso, y su relación con el “origen delictivo” de los bienes o con la “actividad criminal que los produce”. Para el estudio integral de las diferentes materias que fueron resueltas por la Sentencia Plenaria precitada, Cfr. URQUIZO OLAECHEA, J., «Comentarios al I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año 24, N° 31, (Lima: Idemsa, 2017) p. 275 y ss.

En otra publicación¹⁹ hemos justificado ampliamente las razones por las cuales la sanción del autolavado no dependió del reconocimiento explícito del legislador, toda vez que en dicha norma (D. Leg. N° 986) no se estableció un nuevo criterio de imputación inexistente de modo previo, tampoco se tipificó un nuevo “delito de autolavado”, ni se incriminó un hecho que precedente se encontraba cubierto por privilegios de impunidad. Antes bien, esta modificación legal vino a solventar una discrepancia doctrinal y mejorar la ley previa. En el sistema penal peruano, de modo similar al de España con la reforma de 2010, aunque a diferencia de ordenamientos jurídicos como el italiano o el argentino, no se siguió el denominado *sistema alternativo* (por el que sólo se reconoce la viabilidad de reprimir por lavado a quien no comete el delito previo, por efecto de privilegios de impunidad legislados) ni el *acumulativo* (por el cual expresamente el legislador prevé la represión por lavado de aquellos quienes produjeron delictuosamente los activos) en la determinación de los potenciales sujetos activos del delito de lavado. Sólo en el caso de códigos penales como el de Italia o el de Argentina –hasta sus reformas de 2014 y 2011, respectivamente–, que incorporaron en sus sistemas cláusulas de reserva o privilegios de impunidad en favor del autolavado, infringe el principio de irretroactividad desfavorable sancionar a este potencial sujeto activo si los hechos cometidos se realizaron durante el vigor de la norma que establecía tal cláusula de reserva. Esta nunca fue la realidad legislativa del Perú.

La Convención de Viena de 1988, conforme a lo sustentado en el acápite II.1, dio lugar con su adopción por los Estados parte, al fenómeno denominado como la americanización del derecho penal económico en el ámbito del lavado de activos. La incorporación en nuestro sistema legal de la perspectiva que, sobre el delito, se tiene en la tradición angloamericana, provoca entre otros efectos que la legislación penal promovida no deba ser analizada estrictamente desde una lectura romano germánica. La finalidad de la legislación internacional y de las obligaciones adoptadas por los Estados se dirigió a la lucha global contra la base económica del narcotráfico. Se buscó reprimir no sólo la producción de sustancias estupefacientes sino, además, las operaciones económicas efectuadas sobre el patrimonio criminal producido por el tráfico ilícito de drogas. Esto se debió a que los líderes de los cárteles internacionales de droga además de narcotraficantes eran lavadores de los activos que obtendrían criminalmente. Se buscó por ello luchar contra los actos efectuados por aquellos además de los que ejecutaron sus organizaciones y testaferros. Dicha Convención, así como los Estados que la aprobaron, no privilegiaron con impunidad a los productores

19 En un desarrollo más extenso sobre el análisis del sujeto activo de este delito, con particular incidencia en el autolavado de activos, Cfr. MENDOZA LLAMACONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 405 ss.

del narcopatrimonio que, a su vez, los sometieron a procesos de blanqueo. Todo lo contrario, se dirigió esta política criminal teniendo como punto central reprimir sus conductas, no solo de quienes efectuaron lavado a su nombre o en su beneficio. Por lo tanto, en nuestro país el autolavado fue reprimible desde el 12-Nov-1991. La norma del 22-Jul-2007 sólo fue declarativa, no creó un delito nuevo ni un injusto que antes no fuere sancionado penalmente. Sólo se limitó a explicitar la potencial comisión del lavado por un sujeto activo que, a su vez, generó el patrimonio criminal por un hecho totalmente independiente y más allá del mero agotamiento del delito previo. Por otra parte, en el Perú, de conformidad con la citada Ley N° 30424 (del 21-Abr-2016), debidamente modificada por el referido D. Leg. N° 1352 (del 7-Ene-2017, en vigor desde el 1-Ene-2018), las personas jurídicas responden autónomamente por su propio injusto corporativo de lavado de activos cuando dicho acto criminal haya sido cometido en su nombre o por su cuenta, beneficiándola –directa o indirectamente–, por alguno de los siguientes agentes: (i) Sus socios, directores, administradores, representantes legales o apoderados –sean de la entidad, filiales o de sus subsidiarias–; (ii) Personas naturales que ejecutaron alguna conducta de lavado de activos bajo órdenes o autorización de los órganos corporativos precitados, siempre que se encuentren sometidos a su sujeción y control corporativos; o, finalmente, (iii) Dichas personas naturales que ejecutaron el lavado como consecuencia del incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que atribuibles jurídicamente a dichos órganos corporativos.

El principio de responsabilidad por el propio injusto no es privativo de las conductas de personas naturales, antes bien, como expresión del principio de culpabilidad también abarca las actuaciones societarias. La responsabilidad de la persona jurídica no se fundamenta, por tanto, en el modelo vicarial, basado en la atribución del hecho efectuado por otro –realizado sea por directivos, administradores o representantes, cuando tampoco por actos de lavado de los subordinados y dependientes de los primeros–, sino por a partir de un modelo de responsabilidad por su propio injusto corporativo: haber generado las condiciones materiales determinantes para la comisión del lavado en su seno, beneficiándose del mismo, evidenciando defectos estructurales en su organización²⁰. Lo cual equivale a no contar con un programa de cumplimiento antilavado o, aun teniéndolo, resulte manifiestamente ineficaz. Este defecto de organización corporativo es el que debe haber permitido o provocado las razones determinantes para la comisión del blanqueo por parte de la persona física –sea órgano corporativo o sus subordinados o dependientes–. A la persona jurídica no se le

20 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo*, 2ª ed. (Madrid: Civitas, 2016), p. 126.

sanciona penalmente por el hecho cometido por otros, sino por haberse estructurado admitiendo la comisión de actos de lavado en su seno o por no haberlo prevenido a través de programas de *compliance* antilavado. Asimismo, por haber expresado, a través del defecto estructural de organización contra el lavado (injusto corporativo), una cultura de incumplimiento de la normativa antiblanqueo (culpabilidad corporativa).

3.2. Procedencia criminal de los activos y objeto material: la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017

3.2.1. Delimitación progresiva en la investigación preparatoria o en el inicio de la instrucción judicial

El objeto material del delito de lavado de activos constituye elemento nuclear del tipo de injusto alrededor del cual giran los otros²¹ y sobre el que, además de proyectarse las diferentes conductas típicas, se representa el bien jurídico protegido (la libre y leal competencia). Es característica fundamental del objeto material que tenga su “origen” (“provenza”, sea “producto” o esté “generado” —expresiones empleadas por nuestro legislador—) o sea motivado o maculado por un acto criminal previo. Tratándose de un elemento integrante del tipo de injusto, es distinto al concepto de efecto o ganancia, aunque puedan llegar en ocasiones a coincidir. El objeto material del lavado de activos está constituido por bienes, dinero, ganancias, efectos o —en el caso de los actos típicos de transporte de activos maculados— instrumentos financieros negociables emitidos al portador. Asimismo, no existe obstáculo alguno en la actualidad para entender incluidos en el objeto material del delito de lavado tanto a los bienes que directamente procedan de un delito provechoso, cuanto también a los que hayan sustituido a éstos por conversión o transformación. Hay que entender, pues, incluida aquí la conducta de blanqueo “en cadena”, ya que son precisamente las ulteriores transformaciones las que suelen resultar más relevantes a la hora de ocultar o encubrir el origen delictuoso de los bienes.

En relación con la procedencia criminal de los activos, al igual que los demás elementos que integran el objeto penal del proceso, se ciñe al principio de progresividad. Resulta fundamental para la interpretación de este elemento típico recurrir a la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, especialmente para comprender su configuración progresiva en los diversos estadios procesales. Al respecto, el fundamento 12 señala explícitamente que “*para admitir judicialmente una imputación por delito de lavado de activos y habilitar su procesamiento sólo será necesario...*”. Se aprecian dos actos pro-

²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), p. 607; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2015), p. 241.

cesales necesariamente concurrentes: la formulación de la imputación y su correspondiente admisión judicial que habilita el procesamiento. No se trata de una situación disyuntiva sino copulativa, de concurrencia sucesiva. Por tanto, en primer lugar, en los casos sometidos al Código de Procedimientos Penales, es palmario que el fundamento 12 se sitúa únicamente en la fase de calificación judicial de la formalización de denuncia penal, pues en ésta el juez instructor –si así lo estima– resuelve admitir la imputación contenida en la denuncia formalizada y, consecuentemente, habilita el procesamiento penal mediante el auto de inicio de instrucción. En segundo lugar, similar situación se presenta en los casos seguidos con el Código Procesal Penal en relación con el auto por el cual el juez de garantías tiene por comunicado el inicio de la formalización y continuación de la investigación preparatoria, auto con el cual inicia oficialmente el proceso penal (antes de éste, solo se dio lugar a la fase de diligencias preliminares o investigación preliminar). En síntesis, el auto que resuelve tener por comunicado el inicio de la investigación preparatoria constituye la admisión de la imputación fiscal que, a su vez, da lugar y habilita el inicio del procesamiento penal.

La procedencia criminal de los bienes, o también denominado como “origen delictivo”, en su condición de elemento normativo, ha sido reconocido por el Acuerdo C de dicha Sentencia Plenaria Casatoria N^o, como un elemento integrante del tipo penal y, por ello, forma parte integrante del objeto penal en los casos de lavado de activos ya desde el inicio del procesamiento²². Sea que éste inicie, conforme a lo ya explicado, mediante el auto de inicio de instrucción o por el auto con el cual se tiene por comunicado el inicio de la investigación preparatoria. Por tanto, la procedencia delictiva de los activos es un elemento normativo del tipo penal que debe ser incorporado e intimado en la imputación contenida en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria (o auto de abrir instrucción, para el viejo sistema). En dicha Disposición, con fundamento en la “sospecha reveladora”, el Ministerio Público tiene el deber constitucional de determinar (aun sin el perfeccionamiento exigible para la acusación basada en la “sospecha suficiente”): (i) La operación económica efectuada, a modo de “transacción u operación sospechosa o inusual” –conforme describe el fundamento 12– que represente alguno de los quince verbos rectores del tipo penal de lavado; (ii) Los potenciales intervinientes en los actos de lavado atribuidos; (iii) La procedencia delictiva de los activos, en su carácter de “elemento normativo” del tipo penal –de conformidad con el Acuerdo C–; (iv) Los hechos indicadores de cuya base se deduce el dolo típico.

22 MENDOZA LLAMAPONCCA, F., «La procedencia delictiva de los bienes como elemento típico del delito de lavado de activos y su determinación conforme al principio de progresividad», en *Debate Penal Contemporáneo. Reflexiones sobre el sistema penal*, Lima: ADPC, 2021, p. 242.

En suma, puede concluirse que la intimación de este elemento típico constituye exigencia derivada del derecho a ser informado de los términos de la imputación y debe ser comunicada debidamente al sujeto pasivo del proceso, a fin de darle posibilidad de ejercer contradicción. Ya desde la formalización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público tiene el deber de comunicar debidamente al imputado, la hipótesis –y los elementos de convicción que la sustentan– de la procedencia delictuosa de los activos, con el evidente menor rigor que ulteriores etapas. El objeto procesal se irá perfeccionando a lo largo del procesamiento, de modo que dicha hipótesis puede reforzarse o descartarse²³.

3.2.2. Delimitación progresiva en la etapa intermedia y juicio oral

El fundamento 21 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017 establece con claridad que el carácter criminal de los activos y su relación con el acto criminal previo idóneo, constituyen elementos del tipo penal de lavado de activos. Asimismo, entre uno de sus alcances se sitúa en la emisión de la correspondiente sentencia, al señalarse explícitamente que *“para la condena de un delito de lavado de activos... es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable..., de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: (i) una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos...”*. A primera vista, pareciere que la fase procesal en la que se sitúa este fundamento sería el juicio oral, al momento de la deliberación y sentencia (*“para la condena...”*). Sin embargo, desde un análisis del principio acusatorio y del principio de correlación entre acusación y sentencia, es el Ministerio Público quien, a través de la acusación, incorpora la pretensión condenatoria. En tal sentido, al no poder el órgano de juzgamiento condenar por aquello que no ha sido materia de acusación, y ser la Fiscalía quien postula la pretensión condenatoria, la declaración –establecida en el fundamento 21– *“para la condena...”* no es un mandato que vincule únicamente a la emisión de la sentencia condenatoria, sino además a la pretensión de la misma: el Ministerio Público acusa *“para obtener la condena”*.

Por tanto, el fundamento 21, de conformidad con el principio de progresividad del objeto procesal, se sitúa tanto en la etapa intermedia (en la adopción del requerimiento fiscal de fondo) como en el juicio oral (en la adopción de la sentencia)²⁴. Dicho fundamento establece un doble mandato: *En primer lugar, uno dirigido al órgano de juzgamiento pues éste, al concluir el juicio oral “decide la condena”* –de arribarse a dicho tipo de sentencia–.

²³ MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 300.

²⁴ MENDOZA LLAMACPONCCA, F., «La procedencia delictiva de los bienes como elemento típico del delito de lavado de activos y su determinación conforme al principio de progresividad», op. cit., pp. 244-245.

En segundo término, también fija un mandato dirigido tanto a la fiscalía al ser ésta quien formula la acusación “para obtener la condena” –con la excepción prevista en el art. 387, inc. 4 del CPP, por medio de la cual renuncia a la pretensión de condena–, como también es un mandato dirigido al juez de etapa intermedia (quien controlará la acusación). La base legal de esta propuesta interpretativa se sitúa en el art. 397, incs. 1 y 2, del CPP que consagra al principio de correlación entre acusación y sentencia. No puede entenderse el FJ 21 como un mandato únicamente dirigido al órgano jurisdiccional “para condenar” –en caso así lo decida–, ya que éste no puede desvincularse de los términos de la acusación (principio de correlación entre acusación y sentencia). Por ello, es también un mandato dirigido a quien pretende la condena: el Ministerio Público, y al Juez que controla la acusación. En síntesis, la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017 impone que, en la etapa intermedia, la Fiscalía se pronuncie sobre la concurrencia o no del elemento típico relativo al acto criminal previo idóneo (genérico) y la procedencia criminal de los activos.

Asimismo, dado que el fundamento 21 reconoce a la procedencia delictiva de los bienes y al acto criminal previo idóneo (genérico) como elementos típicos y, conforme a lo sostenido, incorpora un mandato dirigido a la fiscalía para emitir su pronunciamiento, consecuentemente, el Ministerio Público puede pronunciarse en etapa intermedia sobre la concurrencia o no de activos de origen delictivo y del acto criminal previo idóneo (genérico). En tal sentido, este mandato se dirige tanto para la formulación de la acusación como para la emisión del requerimiento de sobreseimiento. Entre los diversos motivos que fundamentan al sobreseimiento, se tiene a la causal sobre que el hecho imputado no es típico (art. 344, inc. 2, lit. b). Por ello, la fiscalía puede formular su requerimiento de sobreseimiento en los términos de ausencia de tipicidad cuando la investigación preparatoria haya permitido verificar la inexistencia de procedencia delictiva en los activos –materia de proceso– o que no existía conexión con algún hecho delictivo previo.

El debate del Pleno Casatorio concluyó en la formulación de seis acuerdos, entre estos, el Acuerdo C (fundamento 29-C de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017). De conformidad con el mismo, la Corte Suprema resolvió establecer como doctrina legal –vinculante como pauta de interpretación para los casos de lavado de activos– que: “C) *El “origen delictivo” mencionado por el citado artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos*”. El art. 10 al que se hace referencia en este acuerdo es el precepto correspondiente del D. Leg. N° 1106.

Esta no es una cuestión de menor relevancia, ya que el Pleno de las Salas Penales Supremas ha reconocido una autonomía material relativa, por lo que para la imputación del delito de lavado de activos no es suficiente establecer una situación patrimonial de desbalance o la simple identificación de operaciones sospechosas o inusuales (como indica el fundamento jurídico 12 de la Sentencia Plenaria Casatoria). Sino que resulta indispensable la conexión del patrimonio (cuestionado) con actos criminales previos idóneos, toda vez que el origen delictivo de los activos es un elemento normativo del tipo penal, por ello, debe formar parte del objeto procesal incorporado desde la Disposición de formalización de la investigación preparatoria y progresivamente perfeccionado en la acusación fiscal.

La Corte Suprema no creó nada que no estuviere previamente establecido en la ley penal. El legislador, en el art. 10 segundo párrafo del D. Leg. N° 1106, limitó la amplitud legislativa que parecía haberse incorporado en los arts. 1, 2 o 3, pues en estos últimos nada se dice sobre la “procedencia delictiva” de los activos, sino sólo se alude a su “origen ilícito”. Esta expresión absolutamente amplia indujo a error a algunos intérpretes, quienes señalaron equívocamente que nuestro sistema penal reprime como lavado de activos, actuaciones económicas sobre bienes procedentes de cualquier ilicitud, incluida la extrapenal. Sin embargo, consideraciones irrenunciables derivadas del carácter fragmentario del derecho penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, obligan a interpretar sistemáticamente las indicadas disposiciones con el citado art. 10, segundo párrafo (que hace referencia a “las actividades criminales”), efectuando un control de convencionalidad del derecho interno procedente de las Convenciones sobre la materia. Es pues indispensable efectuar una interpretación global de las normas del mismo rango legal que permiten identificar a la procedencia delictiva de los activos como elemento típico de carácter normativo, tanto a nivel del propio D. Leg. N° 1106 (art. 10, segundo párrafo), como por la inexorable aplicabilidad de las Convenciones de Viena de 1988, de Palermo de 2000 y la de Mérida de 2003 que son normas de derecho interno y se encuentran en pleno vigor²⁵.

3.3. Conductas típicas

3.3.1. Actos de conversión y transferencia

Las conductas de conversión y transferencia importan, de un lado, todas las formas de colocación o movilización inicial de los activos, así como,

25 MENDOZA LLAMACPONCCA, F., «La procedencia delictiva de los bienes como elemento típico del delito de lavado de activos y su determinación conforme al principio de progresividad», op. cit., pp. 244-245.

de otro, la fase de estratificación²⁶. En efecto, Los actos de conversión y transferencia –de activos de procedencia delictiva–, se sitúan de modo general en las primeras etapas del proceso de reciclaje: la «colocación» y el «ensombrecimiento». La incriminación de estas modalidades tiene por fuente a la Convención de Viena de 1988 (art. 3, inc. 1, lit. b.i), siendo, ulteriormente, incorporada en la Convención de Palermo de 2000 (art. 6, inc. 1, lit. a.i) y en la de Mérida de 2003 (art. 23, inc. 1, lit. a.i). En relación con nuestra regulación, el antecedente legislativo de esta modalidad delictiva del lavado se sitúa en los derogados arts. 296-A y 296-B del CP, aunque limitado a las actividades criminales previas de tráfico ilícito de drogas y narcoterrorismo.

Las conductas típicas de conversión y transferencia fueron, de igual modo, previstas en la Ley N° 27765 (art. 1), aunque –conforme al espíritu de esta normativa–, convenientemente ampliadas a fuentes productivas delictuosas situadas más allá del tráfico ilícito de drogas o el narcoterrorismo. Finalmente, luego de su derogatoria por el D. Leg. N° 1106, tales comportamientos se encuentran recogidos en su art. 1. Esta modalidad del lavado presenta una estructura típica de *consumación instantánea*, conforme ha sido reconocido en el Acuerdo Plenario N° 3-2010. El momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley”. Las consideraciones formuladas en el referido Acuerdo se mantienen vigentes, resultando plenamente aplicables al art. 1 del D. Leg. N° 1106.

La identificación de la estructura consumativa instantánea tiene incidencia en los institutos de la intervención delictiva y de la prescripción. Sobre el primer aspecto, enfatizamos la inviabilidad jurídica de la participación criminal postconsumativa. Por ello, es atípica una pretendida “complicidad” en el delito de lavado –como en cualquier otro tipo delictivo– cuando la conducta de colaboración fue ejecutada luego de consumados los actos de conversión, o de modo ulterior a las transferencias, ya que, en ambos supuestos, ésta no supone una prestación de auxilio “para la realización del hecho punible” –exigencia prevista en el art. 25 del CP–. No se configura la complicidad cuando el delito ha sido ya realizado. Esto sin embargo no implica que la conducta de ayuda o colaboración –en el enmascaramiento del origen de los activos blanqueados–, no pueda dar lugar a otras modalidades del lavado. Por el contrario, es posible que nos encontremos frente a un comportamiento autónomo de autoría delictiva por ocultamiento o tenencia (art. 2 del D. Leg. N° 1106), o constitutiva de las modalidades de transporte o traslado (art. 3). Por otro lado, en relación con el instituto

²⁶ RADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad organizada: Parte especial*, (Lima: Instituto Pacífico, 2016), p. 260.

de la prescripción, conforme al art. 82, inc. 2 del CP, el cómputo del plazo prescriptorio en los delitos instantáneos comienza “a partir del día en que se consumó”.

De acuerdo con DEL CARPIO DELGADO, el acto de conversión puede ser definido como el “proceso de «transformación» que sufren los bienes que tienen su origen en la comisión de un delito grave, dando como resultado un bien parcial o totalmente diferente al originario”²⁷. Estamos, por esto, ante conductas de colocación de los activos de origen delictivo en negocios, inversiones o intercambios comerciales –realizados en el ámbito nacional o internacional–, con el objeto de transformarlos en otros que pueden ser total o parcialmente distintos. No es indispensable que las inversiones se efectúen necesariamente con dinero efectivo o electrónico, sino incluso a través del intercambio de acciones, títulos valores, bonos o cualquier otro bien susceptible de ser transformado.

Desde una perspectiva fenomenológica o puramente económica, “convertir” es transformar o variar un bien. Esta conceptualización prejurídica no es la que puede desprenderse del injusto penal del lavado. Antes bien, como elemento normativo del tipo, la «conversión» implica revestir de aparente licitud al origen de los activos delictuosamente obtenidos. El derecho penal, a través de la represión de esta modalidad de blanqueo, prohíbe alterar el estatus jurídico de determinados bienes –producidos por el delito–, modificándolo por un nuevo estado de aparente licitud²⁸. El acto típico de “conversión” puede recaer sobre bienes inmediatamente obtenidos por el delito fuente, como también sobre aquellos que han sufrido previas transformaciones o sustituciones. Hemos ya sustentado la viabilidad del lavado de activos en cadena²⁹. La transformación o transmutación de bienes de fuente criminal en otros activos, debe efectuarse –para subsumirse en el injusto típico– con conocimiento, o debiéndose presumir, de que los bienes tienen origen delictuoso, realizándose la conversión con la finalidad de evitar la identificación de la procedencia delictiva, su incautación o decomiso. Estos actos típicos pueden verificarse en actos jurídicos comunes como lo son la compra-venta, el contrato de permuta, el mutuo o préstamo, etc. En estos casos la conversión de dinero de origen delictuoso

27 DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997), p. 177.

28 CALDERÓN TELLO, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, (Navarra: Aranzadi, 2016), p. 181.

29 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., pp. 612-613; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales* (Madrid: Marcial Pons, 2000), p. 200; DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 137-138; BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, op. cit., pp. 431-432; GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos* (Lima: Jurista Editores, 2013), p. 104; MENDOZA LLAMACONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 279.

se produce, por ejemplo, a través de la compra de inmuebles, vehículos, títulos valores, obras de arte, joyas y piedras preciosas, o de acciones societarias. Asimismo, en los aportes de capital para la constitución de sociedades, los aumentos del capital social, la compra de activos, siempre que en estos supuestos los actos societarios se efectúen con activos provenientes del delito. La transformación puede inclusive producirse a través del intercambio de divisas o de denominación circulante en las llamadas «casas de cambio». En todos estos supuestos se modifica la situación jurídica de los activos de origen delictuoso, cubriéndolos de un manto de aparente legitimidad.

Las operaciones de lavado de activos no persiguen, para ser típicas, la obtención de rentabilidad o superávit económico. Es posible, antes bien, que mediante la conversión se produzcan pérdidas o detrimentos en el patrimonio (criminal). Desde la perspectiva penal, de acuerdo a la estructura prevista en el precepto legal, el lavado no persigue aprovechamiento lucrativo o rentabilidad económica, sino evitar que sea descubierta la verdadera fuente productiva de los activos. En consecuencia, es indiferente si mediante el acto de conversión se logra una mayor rentabilidad, por tanto, se realizará el tipo penal aun cuando, en el caso concreto, se verifique una merma económica.

Finalmente, el verbo típico transferir se refiere a la transmisión de activos, sea título oneroso o gratuito, pudiendo implicar la transferencia del dominio o de la propiedad, así como de la posesión o simple tenencia. Esta modalidad delictiva se produce, principalmente, a través de las transferencias electrónicas de fondos realizadas en las instituciones financieras o bancarias, así como en las agencias de transferencia de dinero o las dedicadas al servicio de remesas o de giros postales. Estas maniobras económicas pueden ser efectuadas tanto al interior del tráfico económico nacional, como también involucrando operaciones de alcance transfronterizo o internacional.

3.3.2. Actos de ocultamiento y tenencia

Estas modalidades criminales representan la fase final del proceso de reciclaje, esto es, la etapa de integración. El art. 2 del D. Leg. N° 1106 (modificado por el D. Leg. N° 1249) prevé hasta nueve verbos típicos: adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar y mantener en el poder. En relación con las fuentes normativas que inspiraron su tipificación, es de señalar la *ocultación* de activos de procedencia criminal fue dispuesta por la Convención de Viena de 1988 (art. 3, inc. 1, lit. b.ii), así como por las Convenciones de Palermo de 2000 (art. 6, inc. 1, lit. a.ii) y la

de Mérida de 2003 (art. 23, inc. 1, lit. a.ii). Mientras que la incriminación de la modalidad de *tenencia* –en los verbos típicos de «adquirir», «poseer» o «utilizar»– de bienes provenientes del delito fue exigida por la primera convención citada (art. 3, inc. 1, lit. c.i), la segunda (art. 6, inc. 1, lit. b.i) y la tercera (art. 23, inc. 1, lit. b.i), respectivamente.

Es oportuno precisar que la tipificación de los *actos de tenencia* se encuentra admitida por dichos Convenios, siempre que se formule en cumplimiento de la cláusula de reserva “con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico” –esto es, en caso se sitúe dentro de límites constitucionales–. La fuente nacional de estas modalidades del lavado de activos, previstas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106, se sitúa en el también art. 2 de la derogada Ley N° 27765. Debemos precisar, no obstante, que la conducta de “administración” fue incorporada en la modificatoria de esta última, dispuesta por el D. Leg. N° 986 (del 22/Jul/2007). Mientras que el verbo típico “poseer” ha sido recientemente integrado en el citado D. Leg. N° 1106, por efecto de la reforma establecida por el art. 5 del D. Leg. N° 1249.

Las modalidades de conducta previstas en el art. 2 de la norma penal contra el lavado –con excepción del acto de “recibir” o “adquirir” activos de origen delictuoso– se configuran como *delitos permanentes*. Sobre esta cuestión dogmática, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 –plenamente aplicable a las disposiciones correspondientes del D. Leg. N° 1106, a pesar que haya sido emitido durante la vigencia de la Ley N° 27765– no establece distinciones entre los comportamientos incriminados en dicho precepto, considerándolos en conjunto como delitos permanentes. Así, sostuvo la Corte Suprema –en el FJ 16°– que “en lo concerniente a los actos que tipifica el art. 2 como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente”. No obstante, desde nuestra perspectiva, los comportamientos de “recepción” y “adquisición” de activos –de origen criminal– constituyen modalidades delictivas de *consumación instantánea*. La primera implica el inicio de una tenencia material y efectiva, transitoria o permanente, de dichos bienes; mientras que, la segunda, supone la incorporación del bien –que previamente no se tenía– en el patrimonio por medio de cualquier título, sin importar que sea logrado a título gratuito u oneroso. Ambas conductas típicas se perfeccionan o consuman con el acto de sentido unívoco de recibir o adquirir tales activos, momento a partir del cual podrán efectuarse, ulteriormente, las otras modalidades incriminadas en el art. 2, tales como poseer, mantener en el poder, guardar, ocultar, custodiar, administrar o utilizar.

La identificación de cuáles de los actos típicos, previstos en el art. 2, tienen la naturaleza de delito de consumación instantánea o, por el contrario, de delito permanente, es trascendente para los institutos de la intervención delictiva y de la prescripción. Asimismo, dichas consecuencias abarcan la discusión acerca de la cualificación como «actos típicos del lavado» tanto al ocultamiento como a la tenencia de activos producidos por delitos previos cometidos antes de la tipificación del delito de blanqueo, o de la ampliación de sus posibles delitos precedentes. Sobre la primera cuestión, conforme hemos aludido en lo relativo a las modalidades de conversión y transferencia, la participación criminal –a título de cooperación necesaria, complicidad o instigación– es imposible cuando el aporte es efectuado con posterioridad a la consumación delictiva. En efecto, no es posible “instigar” o “auxiliar” la creación de un riesgo penalmente desaprobado cuando éste ya fue previamente creado o, más aún, cuando ya se ha producido el resultado típico. No puede instigarse o auxiliarse la realización de un hecho ya realizado. Por consiguiente, en los delitos de consumación instantánea no cabe la participación criminal postdelictiva, lo cual no implica que el aporte quede impune ya que podrían existir –de ser el caso– otros tipos delictivos de cobertura que abarquen su desvalor.

En los delitos instantáneos la prescripción comienza a computarse, de acuerdo con el CP, “a partir del día en que se consumó” (art. 82, inc. 2). En el lavado de activos el cómputo del plazo prescriptorio se iniciará cuando se produzca el mismo acto de *conversión* (como lo puede ser el aumento de capital de una sociedad anónima con dinero procedente del narcotráfico –R.N. N° 2202-2003-Callao, del 26-May-2004–), la *transferencia* (por ejemplo, la realización de una orden de pago o envío de giros con cargo a una cuenta corriente –R.N. N° 4295-2007-Lima, del 2-Jul-2008–), la *recepción* (hecho que se configura con la percepción de giros de dinero –R.N. N° 538-2008-Lima, del 10-Set-2008–) o la *adquisición* de bienes con activos de fuente criminal (por ejemplo, la compra de vehículos –R.N. N° 538-2008-Lima, del 10-Set-2008–).

3.3.3. Actos de transporte e ingreso o salida de activos de origen delictivo

Estas conductas típicas fueron explicitadas en el D. Leg. N° 986 (del 22/Jul/2007), que modificó la derogada Ley N° 27765. Se incorporó en el art. 2 de dicho decreto la represión de quien “transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo... dinero, bienes, efectos o ganancias” de origen delictuoso. Este precepto se mantuvo inalterado hasta que el D. Leg. N° 1106 independizó la represión de dichos actos en el art. 3, modificando al objeto material e incorporando el verbo típico

«trasladar». De acuerdo con el texto original de dicho decreto, se incrimina a quien “transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores... o hace ingresar o salir del país tales bienes”. Finalmente, el D. Leg. N° 1249, que modificó el anterior citado, ha incorporado precisiones adicionales a esta modalidad delictiva, tanto en lo relativo a las circunstancias de ejecución, como al contenido del objeto material. La norma modificatoria establece que el sujeto activo ha de realizar el acto típico –transporte, traslado, ingreso o salida– “consigo o por cualquier medio”, debiéndolo efectuar únicamente sobre “dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos «al portador»”.

La normativa penal precitada permite armonizar nuestra legislación con las disposiciones de *soft law* promovidas por el GAFI. Dicha institución, en lo relativo al transporte clandestino de dinero de origen criminal –ratificando sus Recomendaciones Especiales contra el Financiamiento del Terrorismo (IX Recomendación)–, ha precisado en sus «Estándares Internacionales» que “los países deben contar con medidas establecidas para detectar el transporte físico transfronterizo de moneda e instrumentos negociables, incluyendo a través de un sistema de declaración y/o revelación”. Asimismo, señaló el GAFI que los países “deben asegurar que sus autoridades cuenten con la autoridad legal para detener o restringir moneda o instrumentos negociables al portador sobre los que se sospecha una relación con el financiamiento del terrorismo, el lavado de activos o los delitos determinantes” (Recomendación N° 32).

3.4. Aspecto subjetivo

3.4.1. Tipo subjetivo doloso

En el Perú, a diferencia de lo dispuesto en España (art. 301, inc. 3, del CP), Alemania (§ 261, apartado 5, del StGB) y Chile (art. 27, párrafo quinto, de la Ley N° 19.913), que incriminan al blanqueo imprudente de activos, la tipicidad subjetiva sólo es dolosa. Sea cual fuere la perspectiva que se adopte acerca del contenido del dolo –planteamiento cognitivo o voluntarista–, elemento común de ambas propuestas es que el dolo tiene como objeto de referencia o de imputación a los elementos (descriptivos o normativos) que estructuran al tipo objetivo. Con relación al delito de lavado de activos los elementos de tipicidad objetiva sobre los que se proyectará el dolo típico son la realización de la conducta incriminada y la procedencia delictiva de los activos. En el sistema peruano el dolo típico puede ser directo como también eventual, de cuyo contenido se desprende que los comportamientos típicos deberán ser efectuados por el agente “conociendo” (dolo directo) o “debiendo presumir” (dolo eventual) el origen delictuoso de los bienes.

Los instrumentos internacionales describieron al tipo subjetivo doloso (directo) del lavado de activos a través de la expresión “a sabiendas” (art. 3, inc. 1, lits. b.i y b.ii –Convención de Viena de 1988–; art. 6, inc. 1, lits. a.i y a.ii –Convención de Palermo de 2000–; y art. 23, inc. 1, lits. a.i y a.ii –Convención de Mérida de 2003–). En relación con la prueba indiciaria para acreditar el dolo (descrito por los Convenios citados como “conocimiento, intención o finalidad”), se establece que “podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso” (art. 3, inc. 3, de la primera; art. 6, inc. 2, lit. f, de la segunda; y art. 28 de la última citada). De forma similar a ésta última, el art. 10, párrafo segundo, del D. Leg. N° 1106 establece que “el origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”. Por tanto, conforme a la legislación penal peruana y la de procedencia convencional, que constituye derecho interno por disposición constitucional, mediante el lavado de activos se reprime a quien, con la finalidad de dificultar la identificación de la fuente criminal, convierte, transfiere, oculta, mantiene en su poder, transporta o hace ingresar o salir al país activos cuyo origen delictivo conoce o debía presumir. Sobre la primera modalidad subjetiva aludida concierne sin duda al dolo directo, mientras que la segunda, conforme nosotros sostenemos coincidentemente con la doctrina mayoritaria, se refiere al dolo eventual.

El dolo, al constituir el conocimiento de los elementos objetivamente típicos, debe abarcar, por un lado, a la realización de la conducta típica. El sujeto activo debe saber que está realizando una operación económica con activos de procedencia criminal situada en un proceso –por iniciar o ya desarrollado– de reciclaje de activos. Adicionalmente, dicho conocimiento debe tener alcance sobre la naturaleza delictuosa de los bienes objeto de los actos incriminados. El tipo penal no exige, para la subsunción subjetiva, un conocimiento finiquito, en plenitud de detalles de los caracteres integrales del delito fuente, cuanto tampoco de sus concretos intervinientes, autores o partícipes, ni la calificación jurídica del delito que produjo los activos maculados. Inclusive, según reconoce el Acuerdo Plenario N° 3-2010, en las modalidades de ocultamiento, tenencia o transporte, no será siquiera necesario que el agente sepa o deba presumir quiénes realizaron los previos actos de colocación o transferencia. Al respecto, señaló –en su FJ 18°– que “no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas”. Será suficiente, de conformidad con lo dispuesto por el FJ 21 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, “la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal”. Forma parte por tanto de la carga de la prueba atribuible al

órgano persecutor la postulación de evidencia de cargo a partir de la cual pueda establecer la conclusión inferencial que prueba el doble componente del objeto de prueba de la tipicidad dolosa: la consciencia de la anormalidad de la operación y, a su vez, que sea razonable inferir que la misma está vinculada con operaciones delictivas provechosas.

En los casos de tipo agravado (art. 4, penúltimo párrafo), por razón del delito previo —esto es, cuando los activos proceden de la minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el secuestro, la extorsión o la trata de personas—, la exigencia de conocimiento será más intensa. En estos últimos supuestos, la verificación de la imputación subjetiva dependerá del conocimiento cabal de la naturaleza del delito precedente en cuestión, cuya ausencia produce un supuesto de error de tipo, seguidamente, la inaplicación de las consecuencias punitivas del tipo agravado.

3.4.2. Elemento subjetivo del injusto

Los actos incriminados como blanqueo, ejecutados con el conocimiento de que los bienes involucrados tienen origen delictivo —o debiéndolo presumir—, son todavía insuficientes para configurar el injusto penal de lavado, al no ser hasta aquí posible diferenciarlos nítidamente de los injustos típicos de la receptación o el encubrimiento real. Ejemplificando esta problemática, con base en la reforma establecida por el D. Leg. N° 1249, se tiene que los actos de adquisición, guardianía, recepción u ocultamiento de bienes cuya procedencia delictuosa se conoce —o se debe presumir—, cumplen la tipicidad objetiva y subjetiva no sólo del delito de lavado de activos (en la modalidad de ocultamiento y tenencia), sino también del delito de receptación. El dolo típico, conforme a lo ya sustentado, implica que el sujeto activo conozca, por un lado, que se encuentran realizando actividades de transferencia, conversión, transporte, ocultamiento o tenencia, y, por otro, que sepa que tales operaciones las realiza con bienes de naturaleza delictiva. Sin embargo, tales conductas no necesariamente se encuentran encaminadas al inicio, prosecución, continuación, desarrollo de un proceso de reciclaje de activos, que implica el enmascaramiento del origen delictuoso de los bienes, recubriéndolos con un manto de aparente licitud. Antes bien, como se ha dicho, pueden sencillamente tratarse de conductas típicas de receptación o encubrimiento.

El injusto penal de lavado de activos va más allá del conocimiento (dolo) de los elementos objetivos del tipo (la conducta típica y la procedencia criminal de los activos o delito precedente), singularizándose su represión en la proyección de una sucesión de hechos dirigidos a un objetivo particular: evitar que la fuente real (delictuosa) de producción de los activos sea iden-

tificada. Esta finalidad ulterior y diferenciable de los actos del blanqueo se encuentra incorporada como elemento subjetivo del injusto típico ya en las convenciones internacionales. En éstas se la tipifica como el “objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes” (art. 3, inc. 1, lits. b.i de la Convención de Viena de 1988; art. 6, inc. 1, lit. a.i de la Convención de Palermo de 2000; y art. 23, inc. 1, lit. a.i de la Convención de Mérida de 2003).

El texto original de la Ley N° 27765 contempló que los actos incriminados como lavado deben efectuarse “con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”, estableciéndolo como componente del injusto penal del tipo base (arts. 1 y 2). En una reforma posterior se transformó dicha finalidad en un resultado material, por el cual los actos para configurarse en típicos debían producir el resultado de “dificultar la identificación del origen, incautación o decomiso” de los bienes de origen delictuoso (D. Leg. N° 986, del 22-Jul-2007). Esta construcción del delito de lavado tuvo vigencia hasta el 19-Abr-2012 en que el legislador reincorporó a la finalidad aludida como elemento subjetivo del injusto (D. Leg. N° 1106). Sin embargo, aún con la variación reseñada, de finalidad típica a otro de resultado material, no se tenía mayor inconveniente en singularizar al delito de lavado de otros de estructura similar, como la receptación o el encubrimiento real. Esta diferenciación no es posible realizarla a la fecha, por efecto de la reforma del D. Leg. N° 1106, dispuesta por el D. Leg. N° 1249, concretamente en la modificación del art. 2 (que incrimina la modalidad de ocultamiento y tenencia). La cual, si bien deja indemne la exigencia subjetiva de la “finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso” para las modalidades de conversión y transferencia (art. 1) o transporte e ingreso y salida de activos (art. 3), no obstante, genera la situación crítica de no poderse establecer límites con el delito de receptación.

En tal sentido, entre las varias modalidades típicas del reformado art. 2 se tienen a los actos de adquirir, guardar, recibir y ocultar “dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”. Sin más que aquello, en la actualidad, por efecto de dicha reforma, nos encontramos frente al injusto penal de lavado de activos (por ocultamiento o tenencia), cuya penalidad se sitúa entre los 8 y 15 años de pena de prisión. Sin embargo, en un análisis comparativo de esta norma con el art. 94 del CP –que prevé al delito de receptación– apreciamos que en éste se incriminan, entre otras, las conductas de adquirir, recibir, guardar y esconder “un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito”. De modo tal que, cumplidos tales elementos típicos, idénticos a los previstos como lavado por ocultamiento y tenencia

(art. 2 del D. Leg. N° 1106), se aplicará una penalidad de entre 1 y 4 años de privación de libertad. No obstante, como hemos argumentado en otra publicación, sólo la interpretación teleológica a partir de identificación del bien jurídico del lavado como uno de naturaleza socioeconómica³⁰, permite establecer diferencias entre el injusto penal del blanqueo frente al de receptación patrimonial.

4. A modo de conclusión

El análisis del delito de lavado de activos debe efectuarse a partir del entendimiento de que no se trata de un injusto producido en el marco de la tradición romano germánica. Las estructuras de imputación e instituciones dogmáticas construidas en la sistemática de la teoría del delito del derecho penal europeo continental, de notable influencia en Latinoamérica, no han sido desarrolladas en la comprensión que del delito se tiene en el *common law*. El injusto penal de lavado de activos procede de la tradición jurídica angloamericana en la cual no tiene predicamento la teoría del delito tal como la conocemos.

Los países suscriptores de la Convención de Viena de 1988 adoptaron en sus ordenamientos la tradición angloamericana y, aun cuando sea ajena al sistema de derecho penal recogido en sus Códigos –como ocurre, especialmente, en la Parte General de nuestro CP–, contribuye en la hermenéutica el empleo del desarrollo jurisprudencial de su tradición de origen, en la medida claro está que no infrinja el principio de legalidad y sea compatible con los principios constitucionales de nuestro derecho penal. Esto es particularmente significativo en el ámbito de la intervención delictiva, debido a que la configuración del tipo penal de lavado se ha diseñado a partir del “concepto unitario” de autor. Lo mismo puede decirse con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de blanqueo, frente al otrora incuestionable principio del *societas delinquere non potest* afianzado en el *civil law*. Similar situación se presentación en relación con el tipo subjetivo doloso, comprendido como la “consciencia de la anormalidad de la operación económica a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal”, el cual incluso constituye un criterio de imputación subjetiva reconocida, aunque no desarrollada, en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, FJ 21, el que incluso hace referencia a la operatividad de la *willful blindness*.

La coexistencia de tradiciones jurídicas en el ámbito del blanqueo impone que la interpretación del tipo penal; no obstante, lo referido debe efectuarse empleando adicionalmente, aunque de modo secuencial, las reglas de

30 MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, op. cit., pp. 492-493.

imputación vigentes en la Parte General. Los 30 años del CP y de la criminalización del lavado de activos han exhibido una tendencia expansionista y omnicomprensiva del legislador. No cabe duda que las operaciones de blanqueo constituyen el destino de los delitos provechosos, la delincuencia económica y el crimen organizado, ante el cual el Estado debe reaccionar con todos los mecanismos con que cuenta para hacerle frente dentro del marco constitucional.

5. Bibliografía

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, (Madrid: Marcial Pons, 2000).

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., (Navarra: Aranzadi, 2015).

CALDERÓN TELLO, L., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, (Navarra: Aranzadi, 2016).

CASSANI, U., «L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse: La lutte contre le blanchiment d'argent», en *Revue de Droit Suisse*, Vol. II, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, pp. 227-398.

DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1997).

DURRIEU FIGUEROA, R., *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*, (Madrid: Marcial Pons, 2017).

EDWARDS, A.; GILL, P., *Transnational organised crime. Perspectives on global security*, (London: Routledge, 2003).

FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo*, 2ª ed., (Madrid: Civitas, 2016).

FERNÁNDEZ STEINKO, A., *Delincuencia, finanzas y globalización*, (Madrid: CIS, 2013).

GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, (Lima: Jurista Editores, 2013).

GILES, F., *El derecho penal inglés y su procedimiento*, (Santiago de Chile: Olejnik, 2019).

HURTADO POZO, J., «§ 11 Tipicidad», en Hurtado Pozo, J.; Prado Saldarriaga, V., *Manual de derecho penal. Parte general*, Tomo I, 4ª ed., (Lima: Idemsa, 2011)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado de activos*, (Lima: Instituto Pacífico, 2017).

MENDOZA LLAMACPONCCA, F., «La procedencia delictiva de los bienes como elemento típico del delito de lavado de activos y su determinación conforme al principio de progresividad», en *Debate Penal Contemporáneo. Reflexiones sobre el sistema penal*, Lima: ADPC, 2021, pp. 235-257.

MISTILEGAS, V., *Money Laundering Counter-Measures in the European Union: A New Paradigm of Security Governance versus Fundamental Legal Principles*, (The Hague - London - New York: Kluwer Law International, 2003).

NIETO MARTÍN, A., «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», en *Revista Penal*, N° 19, Madrid: La Ley, 2007, pp. 120-136.

PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad organizada: Parte especial*, (Lima: Instituto Pacífico, 2016).

SANTIAGO NINO, C., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, (Buenos Aires: Editorial Astrea – Depalma, 1980).

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., (Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2020).

SÁNCHEZ-MÁLAGA, A., *Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano. Una aproximación a los sistemas judiciales inglés y estadounidense*, (Madrid: Marcial Pons, 2020).

URQUIZO OLAECHEA, J., «Comentarios al I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433», en Urquízo Olaechea, J. (dir.), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año 24, N° 31, (Lima: Idemsa, 2017), pp. 275-301.

VOGEL, J., «Política criminal y dogmática penal europeas», en *Revista Penal*, N° 1, (Trad. de Ontiveros, M.), Madrid: La Ley, 2003, pp. 138-150.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El nuevo Código penal peruano», en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 44, N° 2, Madrid: Ministerio de Justicia español, 1991, pp. 515-524.

La expansión del delito de lavado de activos en el contexto de la pandemia del Covid-19*

Fernando Vicente Núñez Pérez**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. La pandemia del lavado de activos y del Covid-19 / 2. La afectación del orden económico por medio del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19 / 3. La dimensión internacional o global del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19 / 4. El combate preventivo del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19 / 5. El crecimiento exponencial de la delincuencia informática generadora del patrimonio criminal en tiempos de la pandemia del Covid-19 / 6. El carácter de la difícil detección del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19 / 7. El carácter de fácil contagio del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19 / 8. Reflexiones finales de la pandemia del lavado de activos y la del Covid-19 / 9. Referencias bibliográficas.

1. La pandemia del lavado de activos y del Covid-19

En términos comparativos, conforme a lo que se viene sosteniendo en la actualidad, así como el COVID-19 es considerado una pandemia, de la misma manera el lavado de activos debe ser asumido también como otra pandemia por los daños que viene produciendo a diversos ámbitos¹, ya que el mundo

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal-Criminal Compliance por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (Pregrado y Posgrado). Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Email: fernu_dpنال@hotmail.com

¹ El presente apartado tiene influencia en lo desarrollado académicamente por el jurista español Dr. Miguel Abel Souto. Para ello véanse las siguientes clases académicas desarrolladas por este Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela (España):

viene adoleciendo por varias décadas de esta enfermedad delictiva que es igualmente destructiva como de difícil detección y control². El análisis de estas dos pandemias (COVID-19 y lavado de activos) es lo que servirá a continuación el desarrollo del presente aporte académico interpretativo, por ostentar ambos males características parecidas: Son amenazas globales, difíciles de detectar y de fácil contagio³.



Conforme lo sostiene la Real Academia Española por medio del Diccionario de la Lengua Española, la **epidemia** es una “enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas”, así como un “mal o daño que se expande de forma intensa e indiscriminada”⁴, en tanto que la **pandemia** es una “enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”⁵.

ABEL SOUTO, M., «Covid y Blanqueo de Dinero. Análisis comparado de las dos pandemias en Perú y España», Curso Internacional de Alta Especialización en Derecho Penal, Procesal Penal y Litigación Oral, organizado por el Colegio de Abogados del Cusco, Facebook, 9 de febrero de 2021, video recuperado de <<https://www.facebook.com/watch/live/?v=164316888828382&ref=search>>; ABEL SOUTO, M., «Covid y Blanqueo de Dinero. Análisis comparado de las dos pandemias en Perú y España», Curso Internacional en Lavado de Activos, Extinción de Dominio, Corrupción, Compliance y Litigación Estratégica, organizado por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC) y la Universidad de Salamanca (España), YouTube, 15 de mayo de 2021, video recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=LkclVRB3Pmk>>

2 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión*, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

3 Cfr. INFOLAFT, “Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en *Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT)*, 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>. En esa línea de paralelismo, se agrega que ambos males presentan riesgo de contagio.

4 RAE, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2020, s.v. «epidemia», recuperado de <<https://dle.rae.es/epidemia?m=form>>

5 RAE, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2020, s.v. «pan-



2. La afectación del orden económico por medio del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19

El aumento de la criminalidad y las recesiones económicas es un fenómeno que ha sido recurrente a lo largo de la historia, por lo que, en tiempos de crisis los delincuentes encuentran las circunstancias propicias para que puedan expandir sus actividades criminales, en donde este fenómeno se debe a varios factores, entre otros, porque durante los periodos de crisis existen escasos recursos económicos para invertir en seguridad y prevención de los delitos, existiendo menos personas que puedan monitorear las operaciones sospechosas así como para implementar sistemas de prevención de delitos. Por la pandemia del COVID-19, a nivel empresarial estas han comenzado a quebrar, a tener menos ingresos, a despedir personal, en tanto que a nivel estatal los recursos y la atención han estado enfocados en otras prioridades como centrando los esfuerzos en la lucha contra el virus y no contra la delincuencia⁶. Las mafias siempre se han beneficiado de las crisis económicas, en donde las recesiones han llenado los bolsillos de los mafiosos, elevando su posición social, siendo el crimen uno de los pocos sectores que prosperan en momentos de crisis financiera⁷.

Así como la pandemia del COVID-19 ha traído consigo, como bien se conoce, grandes perjuicios económicos, el lavado de activos, sin perjuicio de ser considerado como un delito pluriofensivo en el que se puede afectar el

demia», recuperado de <<https://dle.rae.es/pandemia>>

6 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión*, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

7 Cfr. SAVIANO, R., «Así es como las recesiones enriquecen a la mafia», en *Vice Magazine*, 19 de enero de 2015, recuperado de <<https://www.vice.com/es/article/zndx/dx/como-las-recesiones-enriquecen-a-la-mafia>>

correcto funcionamiento de la administración de justicia, viene afectando el orden económico por la introducción de bienes de origen delictivo en la economía legal en forma normalmente de inversión, dándosele apariencia de legalidad y ocultándose su real origen criminal, por este motivos, ambos males pandémicos han puesto y vienen poniendo en peligro la economía universal. Ambas pandemias, como fenómenos que son, han sido consideradas de complicado descubrimiento o detección, por lo que, si no se asumen importantes y neurálgicas medidas para enfrentarlas en forma efectiva, se permitiría que el contagio de tales males se lleve a cabo en forma rápida como de fácil expansión, en el que no se respeta, para nada, las fronteras estatales.

La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional nacional han apuntado concordantemente que el lavado de activos debe ser considerado como un delito que afecta diversos bienes jurídicos, esto es, de carácter pluriofensivo.

Así, por medio del Acuerdo Plenario N° 3-2010 del 16 de noviembre de 2010 (Asunto: El delito de lavado de activos), la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: “13°. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona Vidales Rodríguez, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. *Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94]”.

En tanto que a través del Exp. N° 05811-2015-PHC-Lima del 20 de octubre de 2015 (Nadine Heredia Alarcón), el Tribunal Constitucional apuntó lo siguiente: “10. En el caso concreto se trata de un proceso de hábeas corpus relacionado con una investigación fiscal por la presunta comisión del delito de lavado de activos. La comisión de este delito ha sido conside-

rada por el Tribunal Constitucional como pluriofensivo, dado que afecta diferentes y específicos bienes constitucionales como los siguientes: - **La credibilidad y transparencia del sistema financiero** (artículo 84 de la Constitución): los capitales financieros se colocan ahí donde el sistema mismo es fiable y transparente, y no en aquellos donde existe inseguridad y sospecha sobre la procedencia de los activos que ingresan al sistema económico a través de los instrumentos financieros legales. - **La libre competencia** (artículo 61 de la Constitución): ningún agente económico del sistema financiero que obtiene sus activos de manera legal y leal, puede competir en igualdad de condiciones con aquellos agentes que cuentan con activos originados en ilícitos. - **La estabilidad y seguridad del Estado** (artículo 44 de la Constitución): la sofisticación cada vez más creciente de las formas de “legalizar” dinero proveniente de actividades ilícitas de un particular o de organizaciones criminales nacionales o internacionales, desestabiliza y genera inseguridad en el Estados y en la sociedad. - **El sistema democrático** (artículo 43 de la Constitución): toda democracia se asienta no solo en la libertad, igualdad y propiedad, sino también en la estimulación permanente de creación de riqueza como señala el artículo 59 de la Constitución; sin embargo, la creación de riqueza a la que se alude es aquella que se genera mediante instrumentos y actividades permitidas legalmente, mas no aquellas que provienen de actividades ilícitas. - **La administración de justicia** (artículo 139 de la Constitución), por cuanto el delito de lavado de activos dificulta y obstaculiza ostensiblemente el proceso de investigación llevado a cabo por las autoridades competentes. (...) 12. De otro lado, la investigación de lavado de activos iniciada contra la demandante debe dilucidar si se ha afectado el artículo 35 de la Constitución, que establece como bien tutelado, en lo que le resulte aplicable, “**la transparencia en cuanto al origen de (los) recursos económicos (de las organizaciones políticas)**”; disposición constitucional que es desarrollada por la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos”.

3. La dimensión internacional o global del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19

Dentro de la historia es posible apreciar que las pandemias no se refieren a algo nuevo, ya que estas siempre han existido. Los actos de lavado de activos tampoco son un fenómeno nuevo, siempre ha existido, siendo tan antiguo como el dinero mismo, sin perjuicio de aquel sector doctrinal que sostiene que este delito es algo aparentemente nuevo que surgió en los Estados Unidos con el mafioso Al Capone cuando decidió abrir el negocio de lavanderías para poder darle apariencia de origen legal a sus ingresos, ingresos que en realidad eran producto de sus delitos (extorsión, apuestas ilegales, proxenetismo, contrabando de alcohol en el tiempo de su prohibi-

ción), actividad comercial que era realizada necesariamente con dinero en efectivo, dinero tangible que a la fecha tiene consideración criminógena.

Si bien el lavado de activos no es nada nuevo, sin embargo, queda claro que este fenómeno delictual tiene plena vigencia, encontrándose siempre de moda por su importancia que ha tenido, más aún en los últimos años. La dimensión internacional que tiene el lavado de activos es lo que ha generado seguramente el permanente interés que existe sobre esta peculiar delincuencia.

El lavado de activos es un mal o daño que no solo se produce en un concreto país, sino que sus efectos dañinos se extienden a muchos países, convirtiéndose en una pandemia, que debe ser perseguida y sancionada penalmente, por lo que se debe descartar su estimulación y aceptación para evitar que la economía sucumba y que el dinero deje de tener el valor que tiene. Téngase presente que el lavado de activos se caracteriza por su internacionalidad, tanto por la forma de su comisión, es decir, como una tipología delictiva que trasciende las fronteras nacionales, como por la forma que debe ser combatida, que como amenaza global que pone en riesgo a todos, debe ser considerada como un delito mundial en el que los delincuentes infectan diversos sectores de la economía con recursos ilícitos, generando distorsiones en los cálculos macroeconómicos e impidiendo la ejecución de políticas públicas efectivas, entre otras consecuencias negativas⁸.

Para combatir la pandemia del COVID-19, en forma sistemática y coordinada, se han creado unos protocolos de carácter internacional con la finalidad de que estas sean asumidas, en donde si los países deciden adoptar medidas sin un orden o las que les dé la gana, no existiría forma de poder frenar los efectos negativos de esta enfermedad. Queda claro que la lucha conjunta contra el COVID-19 es toda una necesidad no solo nacional sino internacional, como las establecidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en donde si bien esta enfermedad se ha originado en China, sin embargo, la misma ha venido a perjudicar, por su expansión veloz, a diversos países del mundo.

El lavado de activos es considerado como un fenómeno internacional en donde, similar a lo que ocurre con el COVID-19, para poder enfrentarlo en forma pertinente y eficaz, no puede ser solo con aisladas iniciativas legislativas nacionales, ya que esta forma reducida de lucha podría conducirnos al fracaso. Las normas nacionales punitivas contra el lavado de activos son

⁸ Cfr. INFOLAFT, “Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en *Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT)*, 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>

muy importantes, pero no son suficientes⁹, ya que se requiere de todas maneras una coordinación internacional.

El lavado de activos puede cometerse a través de grandes transacciones o transferencias económicas realizadas de un país a otro, pudiéndose acudir a los denominados paraísos financieros, siendo por este motivo correcto que la comunidad internacional reaccione en forma concordante contra este fenómeno. La lucha conjunta contra el lavado de activos debe ser también considerado como una necesidad no solo nacional sino también internacional, más aún cuando es conocido que el dinero sucio de las mafias internacionales se viene irrigando por todo el planeta con una velocidad exponencial¹⁰.

En esa línea interpretativa, véase que entre el lugar donde puede haberse cometido la actividad delictiva previa que haya podido generar el bien maculado, como el lugar del posterior acto de lavado de activos, pueden ser países distintos y diversos. Como parte de las cuestiones de extraterritorialidad del delito fuente se tiene regulado lo siguiente: La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida) por medio de su artículo 6.2.c), en donde se sostiene que los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de

9 Como parte del marco normativo nacional contra el delito de lavado de activos, específicamente como parte de la **estrategia represiva**, se encuentran las siguientes: Decreto Legislativo N° 736 del 12 de noviembre de 1991 (“Incorporan dos artículos a la Sección II Capítulo III del Título XII del Código Penal”); Ley N° 25399 del 10 de febrero de 1992 (“Derogan los Decretos Legislativos N°s. 647, 675, 687, 731, 736, 746, 747, 760, 762, 754”); Ley N° 25404 del 26 de febrero de 1992 (“Sustituyen el Artículo 195° del Código Penal, referido a la pena privativa de la libertad”); Decreto Ley N° 25428 del 11 de abril de 1992 (“Incorporan los Artículos 296-A y 296-A a la Sección II, Capítulo III del Título XII, del Código Penal”); Ley N° 26223 del 21 de agosto de 1993 (“Modifican el Código Penal respecto a la aplicación de la pena de cadena perpetua en el delito de tráfico ilícito de drogas o de narcoterrorismo”); Ley N° 27225 del 17 de diciembre de 1999 (“Ley que adiciona un último párrafo a los artículos 296-B y 402 del Código Penal”); La Ley N° 27765 del 27 de junio de 2002 (“Ley Penal contra el Lavado de Activos”); Ley N° 28355 del 06 de octubre de 2004 (“Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley Penal contra el Lavado de Activos”); Ley N° 28950 del 16 de enero de 2007 (“Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”); Decreto Legislativo 986 del 22 de julio de 2007 (“Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos”); Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012 (“Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Illegal y Crimen Organizado”); Decreto Legislativo N° 1249 del 26 de noviembre de 2016 (“Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la Prevención, Detección y Sanción del lavado de Activos y el Terrorismo”); Decreto Legislativo N° 1352 del 07 de enero de 2017 (“Decreto Legislativo que amplía la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas”); Decreto Legislativo N° 1367 del 29 de julio de 2018 (“Decreto Legislativo que amplía los alcances de los Decretos Legislativos 1243 y 1295”); Ley N° 31178 del 28 de abril de 2021 (“Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”).

10 Cfr. INFOLAFT, “Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19”, en Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT), 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>

la jurisdicción del Estado Parte interesado; La Recomendación N° 3 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) por medio de su 5° Nota Interpretativa, en donde se sostiene que los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país; El Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA) por medio de su artículo 4, en donde se sostiene que el lavado será investigado, enjuiciado o sancionado independientemente de que los delitos previos caracterizados por su gravedad hayan ocurrido en otra jurisdicción territorial.

El proceso de internacionalización de las políticas contra el lavado de activos presenta las siguientes manifestaciones: La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (Convención de Viena); La Declaración de Principios del Comité de Basilea sobre Prevención en la Utilización del Sistema Bancario para Blanquear Fondos de Origen Criminal de 1998; La creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en 1989 por medio del Grupo de los 7 (G7); Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) de 1990; La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo); La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida); A nivel del Consejo de Europa se encuentran la Convención sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Beneficios Económicos derivados del Delito de 1990 (Convención de Estrasburgo) y la Convención relativa al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito y a la Financiación del Terrorismo de 2005 (Convención de Varsovia); A nivel de la Unión Europea es de gran importancia la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal; A nivel de América Latina es relevante el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD-OEA), en sus versiones de 1992 y 2010. De acuerdo a lo que se puede apreciar, diversos son los organismos internacionales que han decidido aprobar una gran cantidad de normas con el objetivo de que exista una lucha coordinada contra el lavado de activos.

Debe recordarse que, conforme a la relación que puede existir entre el COVID-19 con respecto al lavado de activos, tan pronto esta enfermedad

fue declarada como una pandemia¹¹, instituciones importantes, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹², señalaron que los Estados debían garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad como de sus familias frente a esta pandemia, haciéndose un llamamiento reflexivo para sus posibles excarcelaciones porque justamente en los centros penitenciarios se propagaba esta enfermedad con mucha facilidad, más aún que la mayoría de estas personas cumplían prisión preventiva dentro del desarrollo de un proceso penal y no exactamente la imposición de una pena privativa de la libertad de carácter efectiva producto de una sentencia condenatoria. En esa lógica, debe tenerse en cuenta que las personas que se encuentran procesadas penalmente por el delito de lavado de activos, en donde muchas de ellas podrían venir cumpliendo prisión preventiva, en cantidad son más con respecto y a diferencia de las personas que al final van a recibir una sentencia condenatoria con valor de cosa juzgada, no existiendo por ello identidad o proporción entre las personas procesadas y condenadas por este delito.

Relacionado a lo anterior, debe resaltarse que, a nivel nacional, por el contexto de la pandemia del COVID-19, se han expedido algunas normas que han tenido como finalidad la obtención de la libertad anticipada de los internos que se encuentran en un centro penitenciario, sea que esté en calidad de imputado (prisión preventiva) o en calidad de condenado con sentencia firme con valor de cosa juzgada (pena privativa de la libertad efectiva), como las siguientes:

- Decreto Supremo N° 004-2020-JUS del 23 de abril de 2020 (“Decreto Supremo que establece supuestos especiales para la evaluación y propuesta de recomendación de Gracias Presidenciales, y determina su procedimiento, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19”): Esta norma ha tenido por objeto establecer, de manera excepcional y temporal, supuestos especiales para que la Comisión de Gracias Presidenciales proceda a evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes y por razones humanitarias, así como conmutaciones de penas, como el desarrollar su procedimiento, en el marco de la emergencia sanitaria declarada a nivel nacional por COVID-19. Para el caso del indulto por razones humanitarias, se apuntó que la Comisión de Gracias Presidenciales debía evaluar, siendo del caso, recomendar la concesión de esta gracia presidencial para

11 Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), profundamente preocupada por los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad y por su gravedad, como por los niveles también alarmantes de inacción, determinó en su evaluación que la COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia. Ver Organización Mundial de la Salud (OMS): <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

12 Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

las internas y los internos sentenciados condenatoriamente que se encuentren dentro del supuesto del padecer una enfermedad crónica, en etapa avanzada, que aumente el riesgo de infección por COVID-19 y el desarrollo de complicaciones, conforme a lo señalado por el Ministerio de Salud; o, el padecer de otras enfermedades crónicas que, teniendo en cuenta las condiciones penitenciarias, se consideren vulnerables al contagio de COVID-19. Por otro lado, para la concesión del indulto común o conmutación de la pena, se sostiene que la Comisión de Gracias Presidenciales puede recomendar la concesión de la gracia presidencial para las internas o internos sentenciados condenatoriamente que se encuentren en el supuesto, entre otros, que se le haya impuesto una pena privativa de la libertad efectiva no mayor de cuatro años o que el condenado sea una persona mayor de 60 años de edad, sin embargo, se prohíbe la recomendación de la gracia presidencial para estos casos cuando la sentencia condenatoria se encuentra referida a los delitos, entre otros que conforman el catálogo, de lavado de activos (Decreto Legislativo N° 1106, artículos 1-6). Además, se tiene establecido que este Decreto Supremo tendrá vigencia durante el periodo de Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud mediante el Decreto Supremo N° 008-2020-SA y su prórroga, en caso así se disponga.

- Decreto Legislativo N° 1513 del 04 de junio de 2020 (“Decreto Legislativo que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19”): Este Decreto Legislativo ha tenido por objeto establecer un cuerpo de disposiciones de carácter temporal o permanente, que regulan supuestos excepcionales de cesación de la prisión preventiva, remisión condicional de pena, beneficios penitenciarios y de justicia penal juvenil; así como sus respectivos procedimientos especiales cuando corresponda, en el marco de la emergencia sanitaria nacional por el COVID-19., agregándose que el fin de estas disposiciones ha sido el impactar positivamente en el deshacinamiento de la población penitenciaria y de centros juveniles a nivel nacional, para preservar la integridad, vida y salud de las personas internas en establecimientos penitenciarios y centros juveniles, y de manera indirecta, la vida e integridad de los servidores que trabajan en estos centros como de la ciudadanía en general. Para el supuesto de la cesación de la prisión preventiva se tiene regulado que esta se dispone para todos los internos e internas que se encuentren en calidad de procesados o procesadas, en tanto no cuenten con prisión preventiva dictada en una investigación o proceso por el delito, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1-6). Para el supuesto de la remisión condicional de la pena de los condenados y condenadas, esta procede para los supuestos del caso que se les hubiera impuesto una pena

privativa de libertad efectiva no mayor a ocho (08) años, que hayan cumplido la mitad de la pena impuesta y se encuentren ubicados en las etapas de tratamiento de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario; así como para el caso que se les hubiera impuesto una pena privativa de libertad efectiva no mayor a diez (10) años, que hayan cumplido nueve años de la pena impuesta y se encuentren ubicados en las etapas de tratamiento de mínima seguridad del régimen cerrado ordinario; sin embargo, esta remisión condicional de la pena no procede en el caso de los internos e internas que se encuentren condenados o condenados por el delito, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1-6). Para el supuesto de las medidas excepcionales para los adolescentes en centros juveniles se tiene previsto tanto la cesación de la medida de internación preventiva, siempre que la medida preventiva no haya sido impuesta en un proceso por infracción a la ley penal, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1 al 6); como la variación de la medida socioeducativa de internación, en el que se dispone esta cuando sea no mayor de seis años por la sanción de prestación de servicios a la comunidad de las y los adolescentes que se encuentren en un centro juvenil, no procediendo en el caso de los o las adolescentes que cuenten con sentencia por la comisión de la infracción a la ley penal, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1-6).

- Decreto Legislativo N° 1514 del 04 de junio de 2020 (“Decreto Legislativo que optimiza la aplicación de la medida de vigilancia electrónica personal como medida coercitiva personal y sanción penal a fin de reducir el hacinamiento”): Este Decreto Legislativo ha tenido por objeto modificar el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Decreto Legislativo N° 1300, Decreto Legislativo que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de la libertad por penas alternativas, en ejecución de condena, así como el Decreto Legislativo N° 1322, Decreto Legislativo que regula la vigilancia electrónica personal; para que se pueda optimizar la evaluación y utilización de dicha medida por parte de los Jueces Penales, como alternativa a la prisión preventiva, en el caso de las personas procesadas, y como pena sustitutoria a la de pena privativa de la libertad efectiva, para el caso de las personas sentenciadas condenatoriamente y de aquellos que se acogen a un beneficio penitenciario, conversión de pena o cualquier otra medida de liberación anticipada. Se tiene establecido que la vigilancia electrónica personal procede para las personas procesadas por delitos cuyas penas sean superiores a los cuatro (4) años, salvo que la imputación en su contra sea por el delito, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1-6). Además, se tiene regulado que la vigilancia electrónica personal procede para el caso de las personas conde-

nadas, a quienes se imponga una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no menor a cuatro (4) ni mayor a diez (10) años, salvo que la condena en su contra sea por el delito, entre otros, de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1-6).

4. El combate preventivo del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19

La relación que puede existir el COVID-19 y el lavado de activos nos lleva también a la perspectiva preventiva, siendo que, en forma análoga, para combatir ambos males el cumplimiento riguroso de normas de prevención es crucial¹³. Se apunta que es mejor prevenir o evitar el contagio de esta enfermedad, porque estamos hablando de un mal que puede derivar en su extremo máximo la lamentable muerte, en tanto que si esto último no se produce podría dejar al ser humano con algunas consecuencias negativas o deficiencias en el funcionamiento del sistema respiratorio, aparte de un posible perjuicio psicológico. De acuerdo a lo que se resalta, el tener ya la enfermedad implicaría un tratamiento desde ya complicado.

El combate preventivo contra el COVID-19 ha sido resaltado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), tanto para protegerse a sí mismo y a los demás, a través de diversas medidas de precaución que deben ser acatadas (Ejemplo: mantenimiento del distanciamiento físico de al menos un metro a fin de reducir el riesgo de infección cuando otros tosen, estornuden, o hablen; el uso de la mascarilla como una parte normal en la interacción con otras personas la que debe cubrir tanto la nariz, boca y mentón; la buena ventilación de las habitaciones; el evitación de las aglomeraciones; el lavado de las manos en forma periódica y cuidadosa con un gel hidroalcohólico o con agua y jabón, el cubrirse las boca y la nariz con el codo flexionado o con un pañuelo al momento de toser; el evitar tocarse los ojos, nariz y boca; la limpieza frecuente de las superficies en particular las que se tocan con regularidad; las reuniones al aire libre porque son más seguras que en interiores; el conocimiento de todos los síntomas de la COVID-19; el evitar darse las manos siendo mejor saludar con un gesto de la mano, con una inclinación de la cabeza o con una reverencia; etc)¹⁴.

13 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión, Unidad Editorial Información Económica*, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

14 Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): Orientaciones para el público», en World Health Organization (sitio web), 7 de octubre de 2020, recuperado de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public?gclid=CjwKCAjwxo61BhBKEiwAXSYBszw74ydfkkszYZJWMC5cOvyysOoW-dia1dM-3uWgTdowzWAN0cgFBB0CBhkQAvD_BwE>

No cabe duda que la principal herramienta para la prevención del COVID-19 es la vacunación, por lo que se espera que cuando la mayoría de la población se encuentre vacunada, esto es, entre el 70-85%, la transmisión del virus en la comunidad será mínima, destacando su importancia además porque estas vacunas reducen significativamente la posibilidad de presentar síntomas o complicaciones a causa de la infección por el SARS-CoV-2¹⁵.

Para el ámbito del combate del lavado de activos, tan importante es castigarlo penalmente como prevenirlo administrativamente, en donde ambos integran el denominado Sistema Nacional contra el Lavado de Activos. Este Sistema Nacional contra el Lavado de Activos está conformado por tres ejes o componentes fundamentales¹⁶, siendo los siguientes: **Prevención**, en donde los denominados como Sujetos Obligados, Organismos Supervisores y la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú), interactúan para implementar este sistema preventivo contra el lavado de activos, con el objetivo de que se proteja a los sectores económicos y financieros del país de ser utilizados en operaciones de este delito como de sus delitos conexos o reducir su exposición a ello; **Detección**, orientado a la identificación o descubrimiento de actos de lavado de activos por medio de las señales de alerta que nos lleve a apreciar la presencia de operaciones inusuales, operaciones sospechosas, así como a la elaboración y remisión de Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) como de los Informes de Inteligencia Financiera (IIF), garantizándose el mantenimiento de la confidencialidad de la información y el deber de reserva; **Represión Penal**, a cargo del Ministerio Público, la Policía Nacional, las Procuradurías y el Poder Judicial, para probar y sancionar eficazmente los delitos de lavado de activos en el marco del debido proceso, recuperándose los activos ilícitos a través del decomiso. Véase que el funcionamiento coordinado y articulado de este Sistema Nacional contra el Lavado de Activos, conformado por instituciones del sector público y privado, busca garantizar la existencia de medidas eficaces contra este delito en nuestro país. Por este motivo se sostiene que para la mayoría de las naciones el delito de lavado de activos representa un desafío complejo en lo relativo a su prevención, descubrimiento y acción penal, con un tratamiento de delito autónomo debido al peligro que este representa en las diversas legislaciones, cuyo origen ilícito de los activos proviene de una conducta criminal previa¹⁷.

15 Cfr. Formato de Consentimiento informado para la Vacunación contra la COVID-19. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/informes-publicaciones/1860894-formato-de-consentimiento-informado-para-la-vacunacion-contra-la-covid-19>

16 Ver Superintendencia de Banca, Seguros y AFP: <https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Organismos-Nacionales-que-integran-el-Sistema-Nacional-contra-el-LA-FT>

17 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión, Unidad Editorial Información Económica*, S.L.U., 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo-el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nue>

Cuando en la realidad se presente un caso de lavado de lavado de activos y este sea probado en un proceso penal, no queda más remedio que castigarlo penalmente, más aún que para los delincuentes es esencial que el dinero aparezca desligado de su fuente criminal como parte de su estrategia¹⁸, sin embargo, adicionalmente a lo afirmado, lo que se pretende sobre todo es que no se llegue a producirse su comisión delictiva. Por este motivo, los países además de adoptar medidas represivas que sancionan penalmente el lavado de activos, adoptan también normativas preventivas de carácter administrativas con el objetivo de poder prevenirlo o evitarlo¹⁹, intentando que esta no surja.

[va-ola-de-lavado-de-activos.html](#)>

18 Cfr. INFOLAFT, “Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en *Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT)*, 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>

19 Como parte del marco normativo nacional contra el delito de lavado de activos, específicamente como parte de la estrategia preventiva, se encuentran, entre otras, las siguientes: Ley N° 27693 del 12 de abril de 2002 (“Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú”); Ley N° 28009 del 21 de junio de 2003 (“Ley que modifica la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú”); Ley N° 28306 del 29 de julio de 2004 (“Ley que modifica artículos de la Ley N° 27693”); Decreto Supremo N° 018-2006-JUS del 25 de julio de 2006 (“Aprueban Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, UIF - Perú”); Ley N° 29038 del 12 de junio de 2007 (“Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”); Decreto Supremo N° 057-2011-PCM del 01 de julio de 2011 (“Decreto Supremo que Aprueba el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Creación de la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo”); Decreto Legislativo N° 1106 del 19 de abril de 2012 (“Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado”); Resolución SBS N° 6414-2014 del 28 de setiembre de 2014 (“Aprueban Norma que establece los requisitos y características de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS) que los organismos supervisores de los sujetos obligados a informar emitan a la UIF-Perú”); Ley N° 30437 del 25 de mayo de 2016 (“Ley que modifica el artículo 3 de la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú, para ampliar sus facultades en la lucha contra el terrorismo”); Resolución SBS N° 3862-2016 del 16 de julio de 2016 (“Aprueban Norma que regula los mecanismos y procedimientos para que la UIF - Perú congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo, así como de aquellas vinculadas a la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento, identificadas en el marco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y emiten otras disposiciones”); Resolución SBS N° 4349-2016 del 14 de agosto de 2016 (“Aprueban Norma sobre funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”); Resolución SBS N° 4349-2016 del 19 de agosto de 2016 (“Anexo de la Resolución SBS N° 4349-2016 que aprueba la Norma sobre funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”); Decreto Legislativo N° 1249 del 26 de noviembre de 2016 (“Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la Prevención, Detección y Sanción del lavado de Activos y el Terrorismo”); Decreto Supremo N° 018-2017-JUS del 15 de setiembre de 2017 (“Aprueban Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y fortalecen la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo - CONTRALAFIT”); Decreto Supremo N° 020-2017-JUS del 06 de octubre de 2017 (“Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (UIF - Perú)”); Resolución SBS N° 369-2018 del 03 de febrero de 2018 (“Aprueban la Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo el sistema acotado de prevención del lavado de activos y del financiamiento de terrorismo”); Resolución SBS N° 789-2018 del 03 de marzo de 2018

Desde el punto de vista administrativo, un adecuado Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) debe implicar que los denominados Sujetos Obligados deben gestionar los riesgos, es decir, identificar los riesgos inherentes de lavado de activos a que se encuentran expuestos al realizar sus actividades, teniéndose en cuenta los factores de riesgo (clientes, servicios que prestan, zonas geográficas); evaluando tanto la probabilidad de que el riesgo inherente se produzca, como el impacto que existiría en caso se presente en la realidad este riesgo inherente; mitigando o disminuyendo los riesgos inherentes a que se encuentran expuestas a través de la adopción de los mecanismos de control adecuados e idóneos; monitoreándose con el objetivo de realizarse el seguimiento para establecer si los riesgos han disminuido. Este enfoque basado en riesgos permitirá a los Sujetos Obligados aplicar las medidas de control conforme a la naturaleza de los riesgos de lavado de activos a que se encuentran expuestas, buscándose concentrar los esfuerzos y recursos de manera efectiva, debiendo quedar en claro que muchas personas, naturales o jurídicas, al realizar sus actividades económicas se encuentran expuestas al riesgo penal de ser utilizadas en la comisión de este delito.

Por lo que se explica, la lucha contra el lavado de activos no solo es un tarea de los Estados, sino que implica también la intervención necesaria del sector privado a nivel preventivo y en el ámbito administrativo, como el caso de las empresas, entendida esta como pieza clave de la existente política criminal de carácter internacional, más aun con la introducción en los ordenamientos jurídicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en donde las entidades privadas han venido incorporando en su estructura interna un Sistema de Prevención de Lavado de Activos (modelo obligatorio) o Modelo de Prevención (modelo facultativo), con el objetivo de que el ejercicio de sus labores se realicen conforme a la legalidad.

Por la crisis producida por la pandemia del COVID-19, se ha podido apreciar que en muchos países ha existido una suerte de relajación de las normas obligatorias de los programas cumplimiento normativo, es decir, para los sujetos obligados como parte de un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), como la suspen-

(“Norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”); Decreto Supremo N° 003-2018-JUS del 11 de marzo de 2018 (“Aprueban el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018-2021”); Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 273-2018-SUNARP/SN del 25 de octubre de 2018 (“Aprueban Directiva que regula el procedimiento para la presentación e inscripción de la medida de Congelamiento Administrativo de Activos de la UIF-Perú”); Resolución SBS N° 3949-2019 del 04 de setiembre de 2019 (“Aprueban la Plantilla ROSEL que deben utilizar sujetos obligados a informar a que se refieren la Ley N° 29038 y el D.S. N° 020-2017-JUS, para cumplir con su obligación de comunicar a la UIF-Perú y dictan otras disposiciones”).

sión temporal de sus normas y plazos por las limitaciones existentes de las actividades comerciales²⁰, así como que los funcionarios especializados en la prevención y lucha contra el lavado de activos se encontraran trabajando de manera remota, disminuyendo su capacidad de recopilar, procesar analizar y evaluar los casos²¹. En términos comparados, se ha apuntado por cierto sector que en algunos casos las ganancias de las organizaciones delictivas han sido los únicos activos líquidos de los que disponían algunos bancos para no colapsar durante determinadas crisis financieras que existieron, crisis que provocó que estos bancos se hicieran de la vista gorda e ignoraran las actividades ilícitas, buscándose con ello una forma de evadir la ley²².

En nuestro Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), la Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones a través de la Resolución SBS N° 1259-2020 del 16 de marzo de 2020, dispuso suspender el cómputo de los plazos administrativos relacionados con las funciones y atribuciones que corresponden a esta Superintendencia, precisándose que, mediante oficios múltiples, se establecerían medidas, instrucciones complementarias y excepciones aplicables a los sistemas supervisados por esta Superintendencia; en tanto que por medio de la Resolución SBS N° 1268-2020 del 29 de marzo de 2020, que amplió el plazo de dicha suspensión, dispuso también la suspensión del cómputo de los plazos establecidos para el cumplimiento de disposiciones emitidas por esta Superintendencia; sin embargo, por la Resolución SBS N° 1656-2020 del 17 de junio de 2020 (“Reanudan cómputo de plazos para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú UIF-Perú que hayan reanudado sus actividades; y disponen la reanudación de las actividades de supervisión en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo por parte de la UIF-Perú”), se ha reanudado el cómputo de los plazos para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Sujetos Obligados a informar

20 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión*, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>, en el que se da cuenta que en las Bahamas, los deberes y obligaciones de las instituciones financieras bajo la Ley de Registro de Propietarios Beneficiarios de 2018 fueron suspendidas temporalmente dado las restricciones en el comercio producto del surgimiento del COVID-19.

21 Cfr. SAMPEDRO, E., «Similitudes entre el lavado de activos y el covid-19», en *World Compliance Association* (sitio web), 27 de abril de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2704/articulo-similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19-.html>>

22 Cfr. SAVIANO, R., «Así es como las recesiones enriquecen a la mafia», en *Vice Magazine*, 19 de enero de 2015, recuperado de <<https://www.vice.com/es/article/zndxdx/como-las-recesiones-enriquecen-a-la-mafia>>

a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) y que hayan reanudado sus actividades, involucrando el cumplimiento de las siguientes obligaciones: Remisión del Registro de Operaciones (RO); Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS); Designación de oficial de cumplimiento; Respuesta a cualquier requerimiento de información respecto de su sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo; Implementación de cualquier obligación requerida por la UIF-Perú; obligación que también resulta de aplicación a los Sujetos Obligados a informar a la UIF-Perú que, por la naturaleza de sus servicios, no hubieran visto interrumpidos los mismos; disponiéndose además la reanudación de las actividades de supervisión en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, por parte de la UIF-Perú a los sujetos obligados bajo su supervisión en dicha materia; estableciéndose que la documentación que tuviera que ser remitida por los Sujetos Obligados ante esta Superintendencia, deberá ser entregada a través de la Mesa de Partes Virtual (<https://www.sbs.gob.pe/mesa-de-partes-virtual>).

Como parte del combate de la lucha contra la pandemia del COVID-19, en términos preventivos, se está buscando evitar la utilización del dinero en efectivo en su mínima expresión, ya que las personas que pueden intervenir en una relación comercial se pueden contagiar al tocar o palpar el mencionado dinero físico, fomentándose con ello más bien el uso del dinero electrónico. Por otro lado, en el combate de la lucha contra el lavado de activos, también en términos preventivos, así como administrativo, hay una tendencia que quiere hacer desaparecer el uso del dinero en efectivo para evitar este delito, bajo la idea de que tal instrumento cambio en físico tiene un carácter criminógeno, situación que podría criticarse por la probable afectación del derecho fundamental a la intimidad, porque podría ir a ámbitos más allá de la lucha contra el lavado de activos.

En términos de derecho comparado, debe apreciarse que el Banco Central Europeo ha mostrado su preocupación por la posición criminógena que puede asumir el uso de los billetes de 500 euros, ya que estos pueden facilitar la comisión de actividades delictivas, como el lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, terrorismo y corrupción, siendo que, como una forma de diferenciar para que se pueda reducir el peso y el volumen del dinero a transportar, un millón de dólares en billetes de 100 dólares pesa exactamente 10 kilos, en tanto que un millón de euros en billetes de 500 euros pesa 2,2 kilogramos²³.

²³ Con fecha 06 de enero de 2019, salió publicado en la página web del medio de comunicación digital infobae la siguiente nota periodística: "Sacarán de circulación el billete de 500 euros, el preferido de los narcos, corruptos y terroristas. Es uno de los billetes de mayor valor en el mundo y están sospechados de "facilitar" actividades ilícitas. A fin de mes, los bancos centrales de la eurozona comenzarán con el rescate de los que se encuentran en circulación. A partir del próximo 27 de enero los bancos centra-



Debe recordarse que, con respecto al delito de lavado de activos cuando el objeto material recae en dinero en efectivo o en instrumentos financieros negociables emitidos “al portador”, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1106 regula como conducta típica el trasportar o trasladar, consigo o por cualquier medio, dentro del territorio nacional, estos objetos materiales, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de

les de la eurozona comenzarán a retirar todos los billetes de 500 euros que reciban, aunque el Banco Central Europeo (BCE) indicó que el Banco Federal de Alemania y el Banco Nacional de Austria lo harán desde el 26 de abril, ya que “tienen un uso más extendido del efectivo en billetes de 500”. El BCE tomó esta medida “teniendo en cuenta la preocupación de que los billetes de esta denominación puedan facilitar la comisión de actividades ilícitas”, explicaron fuentes del Banco al diario español El País de España. Si bien a fines de enero ya no estará permitido entregarlos a bancos privados, los billetes de 500 euros seguirán siendo de curso legal, por lo que se podrán utilizar como medio de pago. Asimismo, desde el Banco Central Europeo explicaron que no habrá un tiempo límite para cambiarlos y aseguraron que mantendrán su valor. El hecho de que Alemania y Austria comiencen a aplicar esta medida meses después responde a garantizar “una transición armoniosa y por razones de logística”. Bautizado por sus críticos como “binladen”, el billete de 500 euros desde hace años es foco de profundos cuestionamientos por su amplio uso para el blanqueo de capitales, e incluso actividades relacionadas con el narcotráfico y el terrorismo. Las autoridades europeas han confirmado y demostrado esta habitual práctica. España llegó a ser el país de la eurozona con mayor circulación de esos billetes, con un 26% entre 2006 y 2007. De acuerdo a datos aportados por el Banco de España y el Banco Central Europeo, su valor ascendía a 209.680 millones de euros. Es decir, el 60% del total de dinero en circulación en el país. Luego llegó la crisis inmobiliaria y se descubrió que los billetes de 500 euros estuvieron muy ligados a tramas oscuras en ese mercado. Más de diez años después, en octubre pasado el valor redujo hasta los 9.946 millones, lo que representa una caída del 85%. El billete preferido por los narcos, terroristas y corruptos Por su denominación, el de 500 euros es uno de los billetes que mayor valor permiten acumular en el mundo. Equivalente a unos 570 dólares estadounidenses y se encuentra en el tercer lugar del podio, detrás del billete de 10.000 dólares de Singapur (equivalente a unos USD 7350) y el de 1.000 francos suizos (USD 1.010). Esa característica, sumado al hecho de que es más fácil de conseguir que los dólares singapurenses y los francos suizos, lo convirtió en el preferido de corruptos, traficantes y terroristas que deben manejar grandes cantidades de dinero en efectivo, fuera del circuito legal. Por caso, en la Argentina, el arrepentido Leonardo Fariña -un “valijero” que confesó haber participado en maniobras de “blanqueo” de dinero de coimas a funcionarios durante los gobiernos de Néstor y Cristina Kirchner- relató en sus declaraciones que durante el kirchnerismo los funcionarios exigían que los sobornos se pagaran en billetes de 500 euros, porque de ese modo reducían el peso y el volumen del dinero a transportar. Según información de la Reserva Federal de Estados Unidos y el Banco Central Europeo, 1 millón de dólares (100 fajos de 100 billetes de US\$100) pesa exactamente 10 kilos, mientras que un millón de euros en billetes de 500 euros (20 fajos de 100 billetes) pesa 2,2 kilogramos. Es decir, el equivalente a unos USD 1.140.000 pesa apenas un 22% de lo que pesa un millón de dólares estadounidenses (...). En: https://www.infobae.com/america/mundo/2019/01/06/se-despiden-los-binladen-comenzaran-a-retirar-los-billetes-de-500-euros-para-combatir-la-corrupcion/?fbclid=IwAR3d_CzUvJKEkUN7K3BA_7RTK3aqbCet3Ex6mu8FpM0C8xtdp1Owyd9zdr

evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso; así como el de hacer ingresar o salir del país, consigo o por cualquier medio, tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir con igual finalidad. Sobre estas conductas típicas propiamente no es relevante el quantum del monto dinerario que sea objeto de transportar, trasladar, hacer ingresar o salir, no existiendo legalmente un umbral al respecto.

Complementando a lo anterior, en este caso a nivel preventivo y administrativo, se debe apreciar que, de acuerdo a la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306 (Obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador”), existe la obligación para toda persona, nacional o extranjera, que ingrese o salga del país, de declarar bajo juramento instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” o dinero en efectivo que porte consigo por sumas superiores a US\$ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. De la misma manera, queda expresamente prohibido para toda persona, nacional o extranjera, que ingrese o salga del país, llevar consigo instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” o dinero en efectivo por montos superiores a US\$ 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera, en donde el ingreso o salida de dichos importes deberá efectuarse necesariamente a través de empresas legalmente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para realizar ese tipo de operaciones.

Apréciense que, en caso de incumplimiento de lo señalado anteriormente, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) podrá disponer lo siguiente: La retención temporal del monto íntegro del dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador”, en caso se haya omitido declarar o declarado falsamente, aplicándose una sanción equivalente al pago del treinta por ciento (30%) del valor no declarado, como consecuencia de la omisión o falsedad del importe declarado bajo juramento por parte de su portador; la retención temporal del monto del dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” que exceda los US \$30,000.00 (treinta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera, en caso se haya efectuado la declaración total del dinero en efectivo y/o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador”, pero su valor supere el monto indicado; en el marco de la intervención, el personal de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria

(SUNAT) procederá a elaborar un acta de retención que deberá ser suscrita por el personal designado de la SUNAT, la persona intervenida y el representante del Ministerio Público, quien procederá de acuerdo a sus atribuciones; en el caso que el Ministerio Público disponga la incautación, no procederá la retención temporal por parte de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), la que debe informar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) lo actuado para fines estadísticos; el dinero en efectivo o los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” retenidos se mantienen en custodia en el Banco de la Nación, por cuenta de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), hasta el pronunciamiento que realice el Ministerio Público o el Poder Judicial; la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) deberá informar inmediatamente a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) sobre la retención efectuada; corresponde al portador intervenido acreditar ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) el origen lícito del dinero en un plazo máximo de tres días hábiles de producida la retención; la no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” en el plazo establecido, se considerará indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos, siendo que en estos casos la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) deberá informar al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones; la devolución, por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), del dinero en efectivo o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” retenidos procederá cuando no se ha iniciado investigación fiscal y se ha acreditado su origen lícito ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú), cuando se ha dispuesto el archivo definitivo firme de la investigación fiscal o exista resolución judicial firme que resulte favorable al intervenido, por lo que, cuando se configure cualquiera de estos supuestos y el portador intervenido no haya cumplido con el pago de la sanción administrativa, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) procederá a descontar esta suma del monto retenido al momento de la devolución, instruyendo su transferencia a favor de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

En la lucha contra la pandemia del COVID-19 y evitar con ello su propagación, se ha planteado la utilización de las nuevas tecnologías con el objetivo de que se pueda controlar a las personas, es decir, para saber dónde se encuentran, si se vulnera o no las prohibiciones de desplazamiento o de

aproximación, así como para controlar si una persona con la enfermedad se mueve de un lugar a otro. Para el combate del lavado de activos también se pretende el uso de las nuevas tecnologías para que exista un control total en las investigaciones que existan sobre este delito.

5. El crecimiento exponencial de la delincuencia informática generadora del patrimonio criminal en tiempos de la pandemia del Covid-19

La pandemia del COVID-19 ha significado necesariamente un cambio de paradigma, concretamente en lo referido a la forma de hacer negocios, al modo de interacción que existe entre los seres humanos, al crecimiento acelerado y exponencial de los avances tecnológicos, como en el aumento del fenómeno criminal debiendo para ello estar preparados para enfrentarlos con herramientas más eficaces y precisas²⁴.

La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) ha puesto de manifiesto, por medio de un informe, la existencia de un aumento alarmante de la comisión de delitos informáticos o ciberataques durante la pandemia del COVID-19²⁵. Esta institución apuntó que ahora que las diversas organizaciones están desplegando rápidamente redes y sistemas a distancia para que el personal pueda trabajar desde sus hogares, los delincuentes se aprovechan del aumento de las vulnerabilidades en materia de seguridad con el objetivo de que se puedan robar datos, obtener beneficios y ocasionar disfunciones. Es evidente que antes el delincuente patrimonial normalmente buscaba a su víctima en forma presencial o personal para despojarle ilícitamente de su patrimonio, sea por un hurto, robo, estafa o extorsión por citar algunos ejemplos delictivos, sin embargo, por las medidas establecidas por los Estados, como el aislamiento social, los trabajos remotos, las cuarentenas o los toques de queda, el delincuente, adaptándose a la realidad, busca a sus potenciales víctimas en donde ahora se encuentran, en este caso en el ciberespacio.

Entre las constataciones principales que puso de relieve la evaluación de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) sobre el panorama de la ciberdelincuencia en relación con la pandemia de COVID-19, cabe señalar las siguientes: Estafas por Internet y el phishing; mal ware

²⁴ Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en Expansión, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo-el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

²⁵ Ver Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL): <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Un-informe-de-INTERPOL-muestra-un-aumento-alar-mante-de-los-ciberataques-durante-la-epidemia-de-COVID-19#:~:text=Entre%20febrero%20y%20marzo%20de,riesgo%20hab%C3%ADan%20subido%20un%20788%20%25>

disruptivos (ransomware y DDoS); malware destinados a la obtención de datos; dominios malignos; desinformación. No cabe duda que por lo señalado, la delincuencia informática en sus diversas modalidades, como las estafas online o fraudes informáticos para la adquisición de productos necesarios para combatir la pandemia del COVID-19, podrían ser catalogadas como las actividades delictivas previas que pueden producir el patrimonio maculado, los mismos que serían luego objeto de los posteriores actos de lavado de activos (dinero generado por la estafas virtuales que luego serán lavados), delitos que en sus ambos extremos podrían configurarse en diversos países. Sin lugar a dudas, relacionado a los fraudes informáticos existe el delito de lavado de activos, que se le puede investigar y sancionar en forma separada²⁶.

Cabe afirmar que, conforme a los estudios especializados²⁷, el internet consta de una parte visible denominada como surface o clear web que se encuentra a través de Google y otros buscadores, con un 10% aproximadamente, así como otra parte no visible para contenidos no indexables denominada como deep web o internet profundo, como un 90% aproximadamente, espacio último en el que no todo lo que se cruce o circula por ahí es delictivo, en el que se ubican servidores protegidos (bancos con los datos de los clientes, contenidos audiovisuales de pago, cuentas de correos electrónicos, portales de contactos, páginas dinámicas para búsqueda de hoteles y vuelos). Teniendo la deep web o internet profundo un amplio espacio, es ahí donde los delincuentes y clientes buscan su lugar, existiendo de esta una pequeña parte denominada como la dark web, la misma que se accede a través de navegadores especiales como TOR (The onion router) o I2P (Invisible Internet Project) permitiendo que se oculte la identidad y la dirección IP del usuario. Si bien el ingreso a la dark web, como un lugar reservado a potenciales delincuentes, por sí solo no es propiamente delictivo, sin embargo, quien accede a este espacio normalmente lo hace con fines delictivos diversos o en la búsqueda de cosas ilegales que podrían generar ganancias criminales, como los casos delictivos de pornografía infantil,

26 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión, Unidad Editorial Información Económica*, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

27 Cfr. GALISTEO, A., «Cuánto cuesta contratar a un delincuente en la dark web. Ciberdelincuencia», en *Expansión, Unidad Editorial Información Económica*, S.L.U, 4 de mayo de 2020, recuperado de <<https://amp-expansion-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2020/05/04/5eaaf8dde5fdeac40f8b4672.html>>. En este mismo aporte se ha descrito que en el año 2015 Alemania vivió una de las mayores operaciones antidroga de su historia, en donde la policía dismanteló Shiny Flakes, que era una red que distribuía MDMA, éxtasis, cocaína y marihuana en cualquier punto del país, cuyo cerebro de la trama era un joven de 20 años, que vivía en la ciudad de Leipzig con su madre que apenas salía de su cuarto, lugar donde encontraron 320 kilos de droga por valor de 4.1 millones de euros que se iba a vender gracias a la estructura que brinda la mencionada dark web.

tráfico de drogas, tráfico de armas, sicariato, conspiración para el sicariato, ofrecimiento o solicitud para el sicariato²⁸, entre otros.

Dentro de esta variedad de delitos informáticos que se pueden estar presentando en el contexto de la pandemia del COVID-19, es posible también sostener la existencia de formas de lavado de activos por medio del internet, como el caso de la recepción de un correo electrónico en cuyo interior se ofrece un supuesto trabajo fácil a realizar desde casa y a cualquier hora, con solo hecho de enviar el nombre completo y el número de la cuenta de ahorros del banco respectivo, esto con el objetivo de poder recibir montos dinerarios en esa cuenta a cambio de quedarse con un porcentaje de aquello, dinero que tendría que ser extraído para luego ser enviado a otra cuenta bancaria, oferta que en sí sería para trabajar como lavador de activos, existiendo toda la posibilidad de recibir como retribución la persecución y condena por este delito. La idea del delincuente online es que esos montos dinerarios, producto de previos delitos informáticos patrimoniales, sean movidos de un lugar a otro a cambio de un porcentaje, lo que podría configurar supuestos típicos de lavado de activos.

Las organizaciones criminales que han incursionado en actividades delictivas a raíz de la pandemia del COVID-19, podrán incurrir en el delito de lavado de activos para que puedan gozar de las ganancias ilícitamente obtenidas por sus delitos, correspondiendo a los Estados identificarlos, investigarlos y sancionarlos; por este motivo, como forma de predicción que probablemente se hará realidad, es válido sostener que por esta crisis económica las cifras de lavado de activos crecerán vertiginosamente²⁹. Para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el lavado de activos sigue siendo un facilitador central de la delincuencia organizada transnacional relacionada con el COVID-19, con un aumento tangible del fraude³⁰.

28 Cfr. NÚÑEZ PÉREZ, F. V., *El delito de sicariato como expresión del Derecho Penal del enemigo. La problemática de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico vida humana por medio de la conspiración, ofrecimiento y solicitud al sicariato*, 1era ed., (Lima: Fondo Editorial Escuela Iberoamericana de Posgrado y Educación Continua, 2016), pp. 97-133

29 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en Expansión, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

30 Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, «Lavado de Activos y COVID: Garantías y Pérdidas», », en World Compliance Association (sitio web), 14 de abril de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>, en donde la criminalidad citada con frecuencia incluye: la compra de equipos y medicamentos médicos genuinos obtenidos de manera fraudulenta; no entrega del equipo anunciado; la redirección, interceptación y mal uso de donaciones de caridad; recolección fraudulenta de fondos estatales que forman parte de los esfuerzos de ayuda económica y de salud pública.

De acuerdo a la casuística nacional, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República a través del Recurso de Nulidad N° 1475-2018 del 06 de junio de 2019, en un importe caso se pronunció sobre la existencia de una organización criminal dedicada a sustraer dinero ilícitamente de las cuentas bancarias en soles y dólares aperturadas en el Banco BBVA Continental del Perú, acto delictivo que se cometió mediante la transferencia electrónica de fondos violándose clases secretas a través del envío de correos electrónicos masivos, tomándose la denominación social de empresas e instituciones de gran prestigio y reconocimiento, adjuntándose archivos gratuitos que ofrecían mejorar y dar mayor rapidez al sistema de internet, siendo así que una vez aceptado y descargado el enlace de acceso por el usuario se aloja en la carpeta del sistema operativo Windows modificándose el archivo host, por lo que cuando el usuario accede a la página web de la entidad el programa conocido como troyano lo direcciona a una página web clonada, donde este termina descargando sus datos personales y financieros, como claves de acceso a sus cuentas bancarias, información que luego es utilizada para hacer transferencias dinerarias a cuentas de terceros. En el caso en concreto, a la persona condenada se le atribuyó el hecho de haber sido una de las personas que recibió en su cuenta bancaria la transferencia que configuraba el ilícito penal, ello a pedido de una coprocesada, no cuestionando la recurrente que se haya recibido en su cuenta bancaria los montos dinerarios producto del acto ilícito sino que ella haya conocido el origen ilícito de los mismos, sin embargo, la Corte Suprema nacional haciendo uso de la prueba indiciaria asume que la condenada tenía conocimiento de los actos ilícitos realizados por sus coprocesados (conocimiento de la ilicitud del dinero que se recibió en la cuenta de ahorros), en términos de dolo eventual como modalidad del elemento subjetivo del tipo penal, ya que esta recibió un cantidad de dinero por parte de uno de ellos como contraprestación para prestar su cuenta bancaria, por ser la persona que retiró el dinero por ventanilla del banco, pudiéndose suponer que se trataba de un ilícito en tanto que la cantidad de dinero transferida a la cuenta bancaria fue elevada el cual ascendió a ocho mil quinientos sesenta dólares, por haberse notado que una de sus coprocesadas tenía cierto apuro en que se retire el dinero, además que el mismo día del depósito recibió una nueva llamada en horas de la tarde en la que se le comunica que se le había depositado más dinero en su cuenta necesitándose retirar en forma urgente. Como punto adicional se pudo valorar que la persona condenada era una persona adulta, con instrucción superior, con una economía estable en la época del evento delictivo, siendo dudoso que haya sucumbido con aparente facilidad a proporcionar su cuenta de ahorros en el banco para que se retire grandes cantidades de dinero, pudiéndose deducir su procedencia ilícita, tanto más si es de

conocimiento general que se viene realizando en forma indebida el uso de tarjetas de crédito y débito como parte de las estafas bancarias a través de los canales electrónicos, así como la amplia facilidad que existe para que se pueda abrir cuentas de ahorros en los bancos, no siendo común que se pida prestadas estas cuentas bancarias para efectuar transferencias elevadas. En conclusión, la existencia de estas circunstancias objetivas (indicios) son los que permitieron atribuir a la persona condenada la posibilidad prever que las transferencias en las que intervino existieron vicios de ilegalidad con contenido penal, mostrándose indiferente frente a tal situación por el pago recibido, aceptándose que se realicen las operaciones bancarias en su cuenta sin mayor cuestionamiento.

El nacimiento de novedosas e inventivas técnicas destinadas a lavar activos, que tienen como característica ser cada vez más refinadas y complicadas, hace crecer la dificultad para poder combatir este delito, como el caso del desarrollo y revolución tecnológica que viene permitiendo que los delincuentes tengan mayores opciones ilícitas, esto es, tanto para cometer sus delitos como para poder ocultar el producto de sus previas actividades criminales, más aún con las nuevas formas para cometer este delito que han aparecido en el contexto de la crisis generada por la pandemia del COVID-19. Conforme apunta un estudio especializado, un ejemplo claro de esto es el surgimiento de las criptomonedas y otros activos digitales que viene permitiendo a los delincuentes, como una herramienta eficaz, ocultar la procedencia ilícitas de sus actividades delictivas, en el que se debe tener en cuenta la problemática que representan los mixers o mezcladoras de criptomonedas para descubrir el lavado de activos, instrumento virtual que se realiza normalmente en el espacio de la deep web o internet profundo, el mismo que permite el incremento del anonimato de las transacciones de criptomonedas³¹.

6. El carácter de la difícil detección del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19

31 Cfr. GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en *Expansión, Unidad Editorial Información Económica*, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>. En este mismo aporte se hace mención que a raíz del inicio de la pandemia del COVID-19 se ha evidenciado el crecimiento en la incurrencia de ciertos tipos delictivos, en donde la mayoría de estos delitos son los delitos informáticos: phishing, hacking, cracking, fraude informativo, etc; evidenciándose también el aumento de estafas piramidales (esquemas ponzi), adulteración y/o falsificación de productos médicos, crímenes relacionados con la corrupción como peculado o malversación de fondos públicos en contratos estatales para adquirir insumos médicos con sobreprecios, etc. Además, se agregó que la Oficina de Investigaciones (HSI) rama investigativa del Departamento de Seguridad Nacional (DHS) de los Estados Unidos y la Fiscalía del Distrito de Columbia, en Estados Unidos, dentro de la Operación Promesa Robada, confiscaron un dominio de internet fraudulento que iba a ser empleado por un delincuente para vender kits para diagnosticar el COVID 19 falsos a través de ese dominio de internet aprovechándose de la emergente crisis de salud.

En lo que se refiere al carácter de difícil detección de la pandemia del COVID-19, se ha podido apreciar que varios de sus síntomas se vinculan a otras enfermedades respiratorias, existiendo confusiones y falsas alarmas que llevan a que el sistema de salud se desgaste, por lo que, la existencia de ciertos síntomas similares no significa que la persona tenga esta específica enfermedad, dificultad de identificación que se acrecienta con respecto a las personas asintomáticas que portan el virus pero sin saberlo.

Esta difícil detección también es apreciable en el combate contra el lavado de activos, en donde si bien el Sujeto Obligado, a través de su Oficial de Cumplimiento, al hacer uso de las señales de alerta puede identificar, en un primer momento, operaciones inusuales, para que, en un segundo momento producto de un debido análisis y evaluación, pueda identificar operaciones sospechosas, esto es, en la identificación de supuestos actos de lavado de activos realizadas en el ámbito privado y a nivel administrativo, sin embargo, muchas de estas conductas (operaciones inusuales u operaciones sospechosas) pueden haber sido realizadas con su debida justificación, generando que el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) se desgaste³².

De acuerdo a lo sostenido, en orden evolutivo un Oficial de Cumplimiento del Sujeto Obligado podrá identificar operaciones inusuales y operaciones sospechosas de lavado de activos por medio de sus señales de alerta; el Oficial de Cumplimiento del Sujeto Obligado podrá remitir el Reporte de Operación de Sospechosa (ROS) a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú); la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-PERÚ), luego de la debida investigación, análisis y evaluación, podrá remitir al Ministerio Público un Informe de Inteligencia Financiera (IIF); empero, la convalidación final o certeza de estar frente a un caso de lavado de activos requiere de la necesaria presencia del Sistema Penal que expida en su oportunidad una sentencia de condena firme con valor de cosa juzgada.

Un Oficial de Cumplimiento del Sujeto Obligado se encuentra con el deber de realizar el debido análisis y evaluación de las operaciones inusuales detectadas, en la que, producto de esto, podrán ser calificadas como operaciones sospechosas que tendrán que ser reportadas ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-PERÚ) para no incurrir en el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5 del

32 Cfr. INFOLAFT, "Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en *Infolaft (Anti-corrupción, fraude y LA/FT)*, 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>, apuntándose que los Oficiales de Cumplimiento pueden creer saber con exactitud en que consiste el delito de lavado de activos y como identificarlo (síntomas), pero solo se tendrá certeza de su existencia cuando las autoridades judiciales presenten las pruebas.

Decreto Legislativo N° 1106), sin embargo, si estas operaciones inusuales no llegan a ser tipificadas como operaciones sospechosas por están debidamente justificadas, no podrán ser reportadas ante la autoridad señalada con el objetivo de no desacreditar al Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT), algo así como cuando se llega a concluir que tal síntoma se debe a un problema respiratorio que no tiene nada que ver con el COVID-19.

El Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) será muy importante, sin embargo, necesita igualmente del Sistema Penal, como de seguro el Sistema Penal necesita del Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT). Ambas buscan combatir el lavado de activos.

7. El carácter de fácil contagio del lavado de activos y de la pandemia del Covid-19

La característica del fácil contagio es apreciable tanto en la pandemia del COVID-19 como en el lavado de activos. Una persona puede haber tomado todas las precauciones para evitar el contagio de la enfermedad, sin embargo, si un miembro de su familia o una amistad cercana no se comporta responsablemente en el cuidado de su salud, puede en forma lamentable generar un riesgo de contagio al círculo de personas con quien mantiene contacto; por esta enfermedad, al haberse esparcido por todo el mundo, ciudades y países enteros se han visto en la necesidad de cerrarlos, cancelándose vuelos y demás eventos³³ .

Con respecto al lavado de activos, aparte del riesgo legal, riesgo reputacional, riesgo operativo, existe el riesgo de contagio, como cuando un accionista de una importante empresa que, al verse involucrado en un caso de lavado de activos, esta persona jurídica sin tener nada que ver con esta imputación penal puede sufrir los efectos negativos de esta conducta delictiva³⁴ .

8. Reflexiones finales de la pandemia del lavado de activos y la del Covid-19

Así como el COVID-19 es una pandemia porque es una enfermedad que se ha expandido por todas partes, de la misma manera el lavado de activos

33 Cfr. SAMPEDRO, E., «Similitudes entre el lavado de activos y el covid-19», en *World Compliance Association (sitio web)*, 27 de abril de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2704/articulo-similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19-.html>>

34 Cfr. INFOLAFT, «Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en *Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT)*, 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>

es otra pandemia porque es un mal que se viene expandiendo por todo el mundo. El Sistema Nacional contra el Lavado de Activos (sistema administrativo y sistema penal), que implica tanto la prevención, detección y represión penal de este delito, debe encontrarse a la orden para poder enfrentar una posible nueva ola de casos de lavado de activos, más aún que los delincuentes, al producir sus ganancias por medio de sus delitos, necesitan del lavado de activos para poder darles apariencia de legalidad.

Tan importante es la lucha que existe contra el lavado de activos, que se busca que los ciudadanos puedan adoptar reglas de conducta en su vida diaria reflexionando sobre la gravedad de este delito, conforme a los denominados 10 mandamientos contra el lavado de activos³⁵, como las siguientes:

1. No crea todo: verifique a las personas y los documentos que soportan la transacción.
2. No le dé pena: pregunte cuando algo en un negocio le genere dudas.
3. Exija documentos adicionales: pida la cédula y que firmen delante suyo.
4. Haga la tarea: realice gestiones para tratar de identificar si su contraparte tiene antecedentes judiciales. Revíselos en motores de búsqueda.
5. A más riesgo, mayor debida diligencia: entre más grande el negocio, más cuidados se deben tener.
6. No se preste para enredos: no preste su nombre, sus productos financieros ni su documento de identidad.
7. Todo sobre la mesa: documente las transacciones correctamente para demostrar la buena fe, en caso de meterse en problemas.
8. Sin máscaras: conozca quien está detrás del negocio. Recuerde que los intermediarios no son las personas que realmente están haciendo el negocio.
9. No se meta en problemas: cuando el negocio no es claro, lo mejor es dejarlo pasar.
10. Levante la mano: si cree que lo están utilizando para lavar activos o financiar el terrorismo, acuda a las autoridades.

35 Cfr. INFOLAFT, «¿Qué es lavado de activos?», en Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT), s/f, recuperado de <<https://www.infolaft.com/que-es-lavado-de-activos/>>

Para un sector importante de la doctrina penal la expansión penal del castigo del lavado de activos es también otra pandemia por considerarlo hasta un vicio, en el que, si bien este delito debe ser combatido en forma preventiva y represiva por ser algo pernicioso al orden económico principalmente, sin embargo, se está presentando excesos en su configuración por irse demasiado lejos. Se apunta que, desde su creación e incorporación en los ordenamientos jurídicos penales, no se ha hecho más que ampliar y ampliar la cobertura del lavado de activos en todo el mundo, ampliándose con ello los ámbitos de intervención penal.

En el ordenamiento jurídico penal peruano, el delito de lavado de activos desde su incorporación por medio del Decreto Legislativo N° 736 del 12 de noviembre de 1991 hasta la modificación producida por medio de la Ley N° 31178 del 28 de abril de 2021, ha presentado quince modificatorias como parte de su expansión punitiva (nuevas conductas típicas o verbos rectores; aumento de las actividades delictivas previas; mayor punibilidad en la pena privativa de la libertad; incorporación de penas principales y conjuntas; previsión de la pena de inhabilitación perpetua; establecimiento de circunstancias agravantes y atenuantes específicas; responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas).

9. Referencias bibliográficas

ABEL SOUTO, M., «Covid y Blanqueo de Dinero. Análisis comparado de las dos pandemias en Perú y España», Curso Internacional de Alta Especialización en Derecho Penal, Procesal Penal y Litigación Oral, organizado por el Colegio de Abogados del Cusco, Facebook, 9 de febrero de 2021, video recuperado de <<https://www.facebook.com/watch/live/?v=164316888828382&ref=search>>

ABEL SOUTO, M., «Covid y Blanqueo de Dinero. Análisis comparado de las dos pandemias en Perú y España», Curso Internacional en Lavado de Activos, Extinción de Dominio, Corrupción, Compliance y Litigación Estratégica, organizado por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC) y la Universidad de Salamanca (España), YouTube, 15 de mayo de 2021, video recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=LkclVRB3Pmk>>

RAE, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2020, s.v. «epidemia», recuperado de <<https://dle.rae.es/epidemia?m=form>>

RAE, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2020, s.v. «pandemia», recuperado de <<https://dle.rae.es/pan->

demia>

GABELA, R., «El COVID 19 abrió las puertas para una nueva ola de lavado de activos», en Expansión, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 9 de mayo de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

GALISTEO, A., «Cuánto cuesta contratar a un delincuente en la dark web. Ciberdelincuencia», en Expansión, Unidad Editorial Información Económica, S.L.U, 4 de mayo de 2020, recuperado de <<https://amp-expansion-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2020/05/04/5eaaf8dde5fdeac40f8b4672.html>>

INFOLAFT, «Las similitudes entre el lavado de activos y el Covid-19», en Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT), 25 de marzo de 2020, recuperado de <<https://www.infolaft.com/similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19/>>

INFOLAFT, «¿Qué es lavado de activos?», en Infolaft (Anticorrupción, fraude y LA/FT), s/f, recuperado de <<https://www.infolaft.com/que-es-lavado-de-activos/>>

NÚÑEZ PÉREZ, F. V., El delito de sicariato como expresión del Derecho Penal del enemigo. La problemática de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico vida humana por medio de la conspiración, ofrecimiento y solicitud al sicariato, 1era ed., (Lima: Fondo Editorial Escuela Iberoamericana de Posgrado y Educación Continua, 2016), pp. 97-133.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): Orientaciones para el público», en World Health Organization (sitio web), 7 de octubre de 2020, recuperado de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public?gclid=CjwKCAjwxo6IBhBKEiwAXSYBSzw74ydfklszYZJWMC5cOvyysOoWdiai1dM-3uWgTd0wzWANOCgFBBoc-BhkQAvD_BwE>

SAMPEDRO, E., «Similitudes entre el lavado de activos y el covid-19», en World Compliance Association (sitio web), 27 de abril de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2704/articulo-similitudes-entre-el-lavado-de-activos-y-el-covid-19.html>>

SAVIANO, R., «Así es como las recesiones enriquecen a la mafia», en Vice

Magazine, 19 de enero de 2015, recuperado de <<https://www.vice.com/es/article/zndxdx/como-las-recesiones-enriquecen-a-la-mafia>>

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, «Lavado de Activos y COVID: Garantías y Pérdidas», », en World Compliance Association (sitio web), 14 de abril de 2020, recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2685/articulo--el-covid-19-abrio-las-puertas-para-una-nueva-ola-de-lavado-de-activos.html>>

IV. DERECHO PROCESAL PENAL

Reforma penal y crimen. Evaluación del impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad*

Giuliana Luzmarina Guanilo Montoya**
Universidad Cesar Vallejo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las reformas procesales penales en América Latina y el Perú / 3. Victimización Delictiva / 4. Percepción de inseguridad / 5. Conclusiones / 6.. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN: En el año 2006 se da inicio en el Perú a la implementación de la Reforma al Sistema Procesal Penal, modificando sustancialmente la intervención del Estado en la investigación, proceso y sanción del delito. Esta reforma ha traído consigo nuevos elementos que deberían ser considerados como un aporte a la seguridad ciudadana. Así lo establece la misma Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 957, el cual determina que el Código Procesal Penal es un “instrumento normativo cuyo último fin es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: Seguridad Ciudadana y Garantía.

Es obvio, que la incorporación de cualquier reforma definida por el Estado, requiere necesariamente de instrumentos adecuados que permitan medir el impacto de aquella reforma sobre su ámbito de competencia, a fin de introducir los ajustes y correcciones que permitan dar cumplimiento a los objetivos establecidos para ella.

Y, teniendo en cuenta, que, la Reforma Procesal Penal, se inició el 01 de Julio del año 2006 en el Distrito Judicial de Huaura, continuando el 01 de abril del año 2007 en el Distrito Judicial La Libertad, y posteriormente, aplicada de manera progresiva en los demás Distritos Judiciales, como en Lima- Callao, resulta entonces necesario, contar con investigación y análi-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada por la Universidad Cesar Vallejo- Filial Trujillo. Magister en Gestión Pública, por la Universidad Cesar Vallejo. Egresada de la Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Trujillo. Asistente en Función Fiscal del Distrito Fiscal de Lima Noroeste.

sis que nos informen de los posibles efectos que esta reforma está teniendo sobre aquellas mismas dimensiones que tradicionalmente se han utilizado para medir o evaluar el estado de la Seguridad Ciudadana, es decir: percepción de inseguridad frente al delito, temor, victimización y denuncias oficiales.

A nuestro entender, ni en el Perú ni en América Latina se ha evaluado oficialmente, el impacto de las reformas procesales penales sobre la victimización y la percepción de inseguridad. Sin embargo, se cuenta con un trabajo, emitido por la Universidad de Lima, es el primero en su tipo, usando el estimador de diferencias en diferencias con emparejamiento estadístico, donde el resultado, es que el NCPP reduciría ligeramente el índice de victimización agregada y el índice de victimización patrimonial, pero este efecto es temporal y confirma parcialmente los hallazgos de investigadores internacionales, en el sentido que existe una relación no lineal entre procesos rápidos y disminución del crimen.

El nuevo sistema procesal penal, es evaluado también desde la perspectiva de la percepción de la población, realizándose encuestas sobre la percepción de la ciudadanía en torno a la forma cómo funciona la nueva justicia penal y a la sensación de seguridad que ésta viene generando en la población de los Distritos Judiciales donde inicialmente se fue aplicando esta reforma.

ABSTRACT: In 2006, Peru began implementing the Reform of the Criminal Procedure System, substantially modifying the Intervention of the State in the investigation, prosecution and punishment of the crime. This reform has brought with it new elements that should be considered as a contribution to citizen security. This is established in the same Explanatory Memorandum of Legislative Decree No. 957, which determines that the Code of Criminal Procedure is a “normative instrument whose ultimate purpose is to achieve the balance of two transcendent values: Citizen Security and Guarantee.

It is obvious that the incorporation of any reform defined by the State necessarily requires adequate instruments that allow measuring the impact of that reform on its field of competence, in order to introduce the adjustments and corrections that allow compliance with the objectives established for it. And, taking into account that the Criminal Procedure Reform began on July 1, 2006 in the Judicial District of Huaura, continuing on April 1, 2007 in the La Libertad Judicial District, and later, applied progressively in the other Judicial Districts, such as Lima-Callao, it is then necessary, have research and analysis that inform us of the pos-

sible effects that this reform is having on those same dimensions that have traditionally been used to measure or evaluate the state of Citizen Security, that is: perception of insecurity in the face of crime, fear, victimization and official complaints.

In our view, neither Peru nor Latin America has officially evaluated the impact of criminal procedure reforms on victimization and the perception of insecurity. However, there is a work, issued by the University of Lima, is the first of its kind, using the estimator of differences in differences with statistical matching, where the result is that the NCPP would slightly reduce the aggregate victimization index and the patrimonial victimization index, but this effect is temporary and partially confirms the findings of international researchers, in the sense that there is a non-linear relationship between rapid processes and decreased crime. The new criminal procedure system is also evaluated from the perspective of the perception of the population, conducting surveys on the perception of citizens about the way the new criminal justice works and the sense of security that it has been generating in the population.

1. Introducción

En América Latina, la justicia penal ha sido inquisitiva y, por extensión, lenta. La base de estos sistemas está íntegramente recogida en los Códigos Procesales Penales, los que plantean los pasos, principios, funciones y reglas generales para procesar una denuncia penal. El problema es que en sistemas inquisitivos estos Códigos no propician la transparencia y limitan las garantías de las partes. Pero, más importante aún es que concentraban en el juez las tareas de acusación, investigación y decisión, creando con ello un sistema ralentizado, burocrático y ritualista que, en última instancia, limita su potencial disuasivo frente a la delincuencia.

En el 2006, el Perú se sumó a la ola de reformas procesales penales en América Latina. El centro de estas reformas es la creación de nuevas y ágiles reglas de investigación y juzgamiento recogidas en un nuevo Código Procesal Penal (NCPP) asentado en la oralidad. En última instancia, el NCPP debería reducir la victimización y la percepción de inseguridad. A nuestro entender, no ha habido una evaluación rigurosa del impacto del NCPP en el Perú ni en América Latina. la misma que se obtendría mediante la aplicación de métodos cuasi experimentales, sin embargo, las consecuencias del anterior modelo siguen aún vigentes.

Durante las investigaciones plasmadas en el libro: La aplicación del Nuevo

Código Procesal Penal en Huaura, una experiencia positiva, realizada por el Instituto de Defensa Legal, se le atribuyen al antiguo Código responsabilidad por el número de presos sin condena, la generación de incentivos para la corrupción, la realización de procesos sumarios sin garantías, la investigación de denuncias de menor importancia, el aumento de la sobrecarga de procesos y los altos índices de inseguridad ciudadana. Pero una de las debilidades más extendidas del sistema inquisitivo es la lentitud de los procesos judiciales. Además, la lentitud en los procesos ha coexistido con el crecimiento de la población penitenciaria como consecuencia de la naturaleza de la política criminal en el Perú: represiva, de corto plazo y sin el sustento empírico, lo cual por ejemplo ha llevado al Congreso a aumentar las penas imponibles y reducir los beneficios penitenciarios como ejes de política.

Este tipo de razones, hicieron que el eje central de las reformas penales en América Latina se centrara en la modificación integral de las reglas contenidas en los Códigos Procesales Penales. En la región latinoamericana, la implementación de nuevos Códigos se retomó con fuerza en la década del 90 y llegó tardíamente al Perú en el año 2006. Pese a que las reformas penales no son nuevas, a nuestro entender, no existen evaluaciones de impacto rigurosas en ninguno de los países que las implementaron.

2. Las reformas procesales penales en América Latina y el Perú

En América Latina, la lentitud de los procesos penales es en parte histórica. En el siglo XIX las nuevas e independientes repúblicas latinoamericanas optaron por reemplazar su sistema de reglas para juzgar los delitos penales (Código Procesal Penal) por uno de corte inquisitivo muy apegado al que había regido en Europa entre los siglos XIII y XIX pero que justamente por entonces estaba siendo abandonado en el viejo continente por uno más protector y menos inquisitorial. Aunque desde entonces los países latinoamericanos introdujeron cambios en el modelo inquisitivo, mantuvieron su estructura básica inquisitiva.

La necesidad de reformar la justicia penal mediante un nuevo Código Procesal Penal se hizo poco a poco evidente, pero no todos los países en América Latina aplicaron estas reformas al mismo tiempo ni bajo las mismas motivaciones. Mientras que en los 80 fueron los nuevos gobiernos democráticos los que implementaron nuevos Códigos Procesales Penales con el fin de mejorar los estándares de protección de derechos humanos, en los 90 las motivaciones fueron otras.

En esta década, la ola de reformas que llevó posteriormente a catorce paí-

ses latinoamericanos a cambiar sus Códigos obedeció a la confluencia de actores que se fortalecieron con en el tiempo (redes de expertos activistas sudamericanos y locales, instituciones especializadas y organismos internacionales de cooperación) y que justificaron la necesidad de reforma en aspectos políticos, pero también técnicos.

Las reformas procesales penales tienen matices propios a cada país, pero también muchas características en común. Una de las importantes es la oralidad, la que restringe la presentación de recursos orales de las partes a audiencias puntuales, en lugar de hacerlo en forma escrita en cualquier momento del proceso como es posible con el sistema inquisitorial. La oralidad es positiva en tanto reduce el tiempo promedio de cada proceso. Una segunda característica importante común a los Códigos Procesales Penales latinoamericanos es la creación de filtros cuyo fin es que el juez se concentre únicamente en casos relevantes. Para lograrlo, no solo las denuncias pueden ser archivadas en forma temprana por el fiscal (sin intervención del juez) sino que el caso puede ser resuelto en forma anticipada (salidas alternativas donde, por ejemplo, la pena es negociada con el fiscal).

En el Perú, el NCPP empieza a implementarse progresivamente en el 2006. Desde el punto de vista judicial, el Perú está dividido en 31 jurisdicciones, llamadas distritos judiciales (similares a las 24 regiones en que el país se divide políticamente). Para graficar su importancia, solo hasta abril del 2011 se había destinado más de 300 millones de dólares para iniciar su implementación en 18 de 31 distritos judiciales (Ministerio de Economía y Finanzas, 2013).

Asimismo, con el NCPP, se pudo eliminar pasos innecesarios entre la denuncia y la sentencia, concentrar la investigación del delito en el fiscal y en una única etapa, fijar plazos antes inexistentes para cada etapa de la investigación y del juzgamiento, reemplazar la presentación de argumentos escritos por su presentación oral en audiencias, archivar tempranamente denuncias sin fundamento o sin posibilidad de vencer al juez de la comisión del delito, propiciar salidas alternativas (y previas) a la sentencia, entre otros.

Estos arreglos condujeron a asociar el NCPP a tres grandes objetivos: procesos más rápidos (celeridad), mayor producción de sentencias (productividad) y penas más elevadas (intensidad de la pena). Producto de ello, el delito se reduciría. Por limitaciones presupuestales y estratégicas, el NCPP se implementó gradualmente. Para determinar el orden de implementación de cada distrito judicial, el órgano que dirigió su implementación (Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal) elaboró un calendario oficial. La decisión fue en apariencia simple. Se basó

en cuatro indicadores: carga procesal, capacidades humanas (recursos humanos y soporte tecnológico), infraestructura (número de juzgados y logística) y factores sociales (desarrollo humano y delincuencia común). A cada indicador se le asignó una ponderación para luego construir un índice resumen que definiría el orden final de implementación.

En la práctica, la elaboración del calendario de implementación tuvo varias complicaciones. Recibió insumos dispares, se nutrió de distintos enfoques e incluso se agregaron indicadores aparentemente subjetivos que sirvieron para valorar la viabilidad política e institucional de implementar el NCPP en cada distrito judicial, ello según la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal.

En el calendario final y oficial de implementación se dispuso que el NCPP se implementaría progresivamente en seis bloques. Se iniciaría en dos distritos judiciales en el 2006 y terminaría en la capital en el 2011; En la práctica, este calendario respetó su inicio, pero sufrió demasiados cambios (9 entre el 2006 y 2013)

Al cierre del 2015, aún había 4 distritos judiciales operando con el antiguo Código Procesal Penal (Lima y los recién creados Lima Norte, Lima Sur y Lima Este, antes bajo la jurisdicción de Lima). La implementación de la reforma procesal penal en el Perú no ha estado libre de críticas.

Los retrasos en su implementación, así como su propio funcionamiento han sido asociados a la falta de presupuesto, la escasa preparación de los actores (jueces, policías y fiscales), la carencia de un adecuado sistema de producción de estadísticas y la tardía adecuación de la gestión a las nuevas exigencias. Además, pese al reconocimiento extendido que los cambios en la orientación penal también están ligados al cambio cultural de los actores, se ha hecho poco al respecto en el Perú.

En Panamá, por ejemplo, la reforma procesal penal implicó crear una nueva cultura y prácticas de gestión con el fin de evitar malas prácticas, corrupción y resistencia al cambio¹. El mejor detalle de las críticas al proceso de implementación del NCPP se halla en reportes oficiales. En un sentido amplio, junto a las bondades de su aplicación, el mismo Ministerio de Justicia, reconoció que es necesario fortalecer la participación de jueces, fiscales y policías, y mejorar continuamente la capacidad de gestión e implementación de políticas públicas con una visión moderna y sistemática que sirva para consolidar el NCPP y darle sostenibilidad a sus resultados.

¹ CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *Evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio*, (Panamá: UNODC, 2014).

3. Victimización Delictiva

La victimización delictiva en el Perú es un fenómeno bastante extendido. En el 2014, el Perú fue el país con mayor victimización, pero también con mayor percepción de inseguridad en América Latina, según datos del Latinamerican Public Opinion Project. Ocupa el primer lugar pese a que la victimización ha caído en forma constante en el país desde el 2010. En agosto del 2011, la victimización alcanzó 31%. Desde entonces ha tenido una caída a la baja hasta marzo del 2015 cuando llegó a 26%².

En el 2015, el más frecuente fue el robo de dinero, cartera o celular. Afectó al 20% a nivel nacional. El segundo más común fue el robo a vivienda (14%), seguido de lejos por las amenazas o intimidaciones (2.3%). Este patrón se repite donde no se implementó el NCPP, pero es ligeramente distinto en donde sí está vigente. Donde no opera el NCPP, los hechos delictivos más frecuentes siguen siendo el robo de dinero, cartera o celular, el robo a vivienda (14% en el grupo de implementación temprana; 10% en el grupo de implementación tardía) y las amenazas o intimidaciones. Sin embargo, donde funciona el NCPP, el hecho delictivo más frecuente es el robo a vivienda y, en segundo lugar, el robo de dinero, cartera o celular.

La incidencia de la victimización no es homogénea entre distritos judiciales. El distrito judicial con mayor victimización supera en más de cuatro veces al de menor victimización. Asimismo, mientras que seis distritos judiciales tienen índices de victimización menores o iguales a 20%, otros seis tienen tasas mayores iguales a 30%. La victimización y la percepción de inseguridad son fenómenos relacionados. No obstante, en el Perú la percepción de inseguridad ha sido poco flexible a la caída de la victimización.

Por el contrario, mientras que la victimización cayó, la percepción de riesgo aumentó de 70% en mayo del 2010 a 80% en abril del 2015. Lo particular de la percepción de inseguridad es que no guarda relación con la frecuencia de cada hecho delictivo. En principio, el porcentaje de personas que percibe que será víctima de algún delito siempre es mayor a su frecuencia de ocurrencia. Lo importante es cuán mayor es dicha cifra. A nivel nacional, mientras que el 11% teme ser secuestrado, la frecuencia de este delito fue bastante baja (0.1%). Igual sucede con el robo de bicicletas. Afectó al 0.4% de la muestra, aunque un 29% teme que le suceda. Pero la brecha más amplia está en quienes perciben que serán víctimas de robo de auto. El 35% considera este riesgo como probable aun cuando solo un 0.3% lo ha sufrido.

² Latinamerican Public Opinion Project.

Esta información, emitida por la Universidad de Lima, exactamente por la Facultad de economía³ señala una diferencia a favor del NCPP en términos de menores victimización y percepción de inseguridad. Pero, como estas cifras no controlan diversas características observables en el tiempo y características distintas entre distritos judiciales, las diferencias pueden ser solo descriptivas.

Finalmente, el estudio ha señalado, mediante tablas estadísticas sobre la performance de los jueces bajo el NCPP. En primer lugar, tendencias similares en el número de denuncias penales y el número de casos terminados entre 2008 y 2012. Incluso, han realizado una comparación de las cifras, muestran que los casos terminados aumentaron a un ritmo mayor que las denuncias. Esto ha hecho que la tasa de resolución (denuncias interpuestas entre casos resueltos) aumente en el tiempo, pasando de 66% en el 2008 a 93% en el 2011.

En segundo lugar, sin embargo, en el 2012 la tasa de resolución cayó en forma importante (hasta 84%) debido a un cambio similar en los casos resueltos y al continuo número de denuncias. Pese a que no existen datos actuales sobre la duración de los procesos, los indicadores mostrados son signos de mayor demora al resolver los procesos penales.

En tercer lugar, los indicadores de performance revelan que a lo largo de los años un mayor porcentaje de denuncias ha recibido sentencia. Entre el 2008 y el 2012, este indicador pasó de 3% a 8%. Esto significa que los jueces son más productivos al sentenciar, lo que es básicamente la consecuencia de tener más denuncias ingresadas. No obstante, la tasa de sentencia es bastante baja (no supera el 10% de las denuncias ingresadas), lo que en términos prácticos significa que un porcentaje incluso menor recibe sentencia condenatoria.

4. Percepción de inseguridad

A pesar de las características del impacto del NCPP sobre la victimización (bajo, selectivo, diferenciado y volátil), el impacto sobre la percepción de riesgo de inseguridad es homogéneo (mayormente la reduce), de mayor cobertura (afecta una mayor cantidad de hechos delictivos que en el caso de la victimización) y más alto (en términos de los coeficientes de impacto).

Aquí la autora deberá volver a citar, los datos cuantificados, obtenidos del estudio realizado por la Universidad de Lima, específicamente por la Fa-

³ HERNÁNDEZ BREÑA, W., «Reforma penal y crimen. Evaluación de impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad», en Anuario de Investigaciones, 2015, pp. 92-93).

cultad de Economía, el mismo que detalla: Que, a diferencia del impacto sobre la victimización, el efecto del NCPP sobre la percepción de inseguridad es bastante homogéneo debido a que la mayor parte de las medidas de crimen (agregado o por tipo de hecho delictivo) muestran una reducción con significancia estadística.

En el grupo de implementación temprana, la percepción de inseguridad agregada cayó continuamente hasta el 2014 (con disminuciones que variaron entre -1.4% y -7.6%), aunque el efecto al 2015 no fue significativo. La percepción de inseguridad frente a la victimización patrimonial siguió el mismo patrón (se redujo entre 2.5% a 4.0%). Situación similar fue hallada en el grupo de implementación tardía. Efectos más bajos se registraron en la percepción de inseguridad por victimización agregada (2012/13: entre -1.2% y -2.5%). Se obtuvieron conclusiones similares cuando analizamos el impacto de la percepción de inseguridad por cada hecho delictivo.

Según esta investigación, el NCPP reduce la mayoría de estos y casi siempre con significancia estadística; es esta razón, la que haría calificar al impacto del NCPP como de mayor cobertura.

Por ejemplo, en el grupo de implementación temprana, para el 2015, la percepción de inseguridad de ser víctima de robo de auto cayó en 10.5% y la de ser víctima de robo de bicicleta cayó en 7.8%.

En el grupo de implementación tardía, la percepción de inseguridad de ser víctima de robo de bicicleta cayó en 11.9% y la de ser víctima de autopartes se redujo en 9.4%. Pero no en todos los casos el impacto tuvo este mismo sentido. Algunos miedos presentan impactos irregulares. Por ejemplo, luego de una inicial reducción en el 2011 (-3.4%) en la percepción de inseguridad al robo de autopartes, esta percepción aumentó al 2015 (2.7%).

En tercer lugar, los impactos del NCPP sobre la percepción de inseguridad fueron más altos que los que tuvo sobre la victimización. El supuesto que la percepción de inseguridad reacciona débilmente ante la caída del crimen es solo una hipótesis parcialmente cierta.

5. Conclusiones

La implementación progresiva del NCPP implicó grandes cambios que en última instancia disminuirían la victimización y la percepción de inseguridad mediante tres mecanismos esencialmente disuasivos: procesos más rápidos, más sentencias y penas más altas.

A nuestro entender, ni en el Perú ni en América Latina se ha evaluado el impacto de las reformas procesales penales sobre la victimización y la percepción de inseguridad. El trabajo emitido por la Universidad de Lima, es el primero en su tipo. Usando el estimador de diferencias en diferencias con emparejamiento estadístico, se halló que el NCPP reduciría ligeramente el índice de victimización agregada y el índice de victimización patrimonial, pero este efecto es temporal y confirma parcialmente los hallazgos de investigadores internacionales, en el sentido que existe una relación no lineal entre procesos rápidos y disminución del crimen.

En conjunto, el impacto sobre cada una de las formas de victimización evaluada mostró ser bajo, pero además fue selectivo, diferenciado y volátil. Es selectivo puesto que solo disminuyeron algunas formas de victimización (no afectó ofensas sexuales ni secuestro). Es diferenciado porque mientras disminuyó significativamente algunos hechos delictivos, aumentó otros (robo de auto, robo de autopartes, amenazas e intimidaciones, robo de dinero, cartera o celular en el grupo de implementación temprana; y robo de moto en el grupo de implementación tardía). Finalmente, es volátil porque el efecto (significativo) del NCPP sobre un determinado hecho delictivo para cierto año cambia de dirección en años siguientes. Efectos de este tipo se registraron solo en el grupo de implementación temprana y fue el caso de robo a vivienda y abuso físico y/o psicológico perpetrado por un miembro de la familia. Además, el NCPP reduce en forma importante los delitos violentos (aquellos cometidos con arma) pero solo aquellos de mayor frecuencia como el robo a vivienda, robo de dinero, cartera o celular y amenazas e intimidaciones.

Lo que estos resultados sugieren (obtenidos cuantitativamente por la UL), es que los mecanismos de impacto del NCPP crean mecanismos distintos cuyos incentivos varían en el tiempo y contexto y crean distintas respuestas en quienes cometen los delitos. Algunos desisten, pero otros persisten debido a que cambios o reformas (como el NCPP) afectan en forma diferenciada la decisión (sensibilidad) de las personas al cometer delitos.

Tres hipótesis explican las conclusiones. En primer lugar, al nivel del impacto sobre mediciones generales de victimización, el impacto del NCPP puede haber estado inicialmente alentado, pero luego debilitado por las condiciones bajo las que se implementó esta reforma (presupuesto, capacitación de recursos humanos, etc.). Críticas de este tipo han sido documentadas para el caso peruano, pero no han logrado establecer efectos causales entre este tipo de problemas y la efectividad de los mecanismos de impacto del NCPP.

Además, las estadísticas sobre el desempeño de los jueces bajo el NCPP muestran evidencias claras sobre el aumento en la duración de los procesos y una baja tasa de sentencia. Ambos factores erosionan la celeridad, la productividad y la severidad como mecanismos de impacto de los que el NCPP depende para controlar el crimen.

En segundo lugar, una hipótesis complementaria está basada en los principios de la economía del crimen. Bajo esta perspectiva, se asume que la caída en la victimización en el grupo de implementación temprana como consecuencia del NCPP aumentó las probabilidades de ser detenido, ser sentenciado y recibir una pena alta, actualizando la percepción que los delincuentes tienen sobre estas mismas probabilidades.

Se esperaba que el NCPP reduzca los delitos contra la propiedad y así lo mostraron los resultados para robo a vivienda y robo de dinero, cartera y celular. Sin embargo, según la investigación que se está tomando en cuenta (Universidad de Lima) se hallaron resultados aparentemente contradictorios. La evaluación año a año, mostró más periodos donde la victimización aumentó en lugar de reducirse.

Pero lejos de reflejar inconsistencias, los hallazgos obtenidos en resultados cuantificables, contribuirían a la hipótesis de la no inmutabilidad de los incentivos en el tiempo (lo que explica efectos de signos opuestos) y espacio (lo que explica resultados distintos en los grupos de implementación temprana y tardía) y de la continua retroalimentación de los incentivos por el desempeño del sistema de justicia.

En tercer lugar, el sentido de los hallazgos en cuanto a efectos opuestos en la reducción de la victimización sigue la literatura de cómo el crimen y sus elementos disuasivos varían en función de las características de los delincuentes. Es decir, los perfiles de los delincuentes varían por tipo de delito y ello hace que respondan en forma distinta a los incentivos, como los que están detrás de los mecanismos de impacto del NCPP.

En el referido estudio, los resultados muestran que mientras el robo de dinero, cartera y celular y las amenazas e intimidaciones cayeron continuamente con el NCPP, otros hechos delictivos como el robo de auto y de autopartes aumentaron constantemente. El supuesto es que los delincuentes modifican su percepción acerca de la probabilidad de ser detenidos, sancionados y de recibir un castigo alto porque reciben información sobre los resultados (buenos o malos) del sistema de justicia (o parte de este), afectando sus preferencias inter-temporales y su decisión de delinquir.

A pesar del impacto del NCPP sobre la victimización, su impacto sobre

la percepción de riesgo de inseguridad es homogéneo (mayormente la reduce), de mayor cobertura (afecta una mayor cantidad de ítems que en el caso de la victimización) y más alto (en términos de los coeficientes de impacto). Además, la variación de la percepción de inseguridad sigue la variación de la victimización, pero con una intensidad mayor, sugiriendo que la percepción de inseguridad es bastante flexible a cambios menores (positivos o negativos) en la criminalidad, especialmente cuando estos se derivan de reformas importantes como la del NCPP.

En el contexto de alta criminalidad en el Perú (la más alta en América Latina), estos resultados sugieren que la percepción de inseguridad también se alimenta de factores subjetivos y no conectados con el hecho de ser no víctima de un delito. Este resultado se alinea en forma particular con la literatura de miedo al crimen. El principal determinante de la percepción de inseguridad es haber sido víctima de algún delito. El resto de determinantes son subjetivos y tienen un menor efecto marginal sobre la percepción de inseguridad.

6. Referencias Bibliográficas

BALCARCE, F., «Derecho penal de los marginados. Líneas de política criminal argentina», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 41, 122, 2008, pp. 597-63.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, *Evaluación de la implementación del Sistema Penal Acusatorio*, (Panamá: UNODC, 2014).

COSTA, G.; ROMERO, C., *¿Quiénes son delincuentes en el Perú y por qué?*, (Lima: Ciudad Nuestra, 2015).

DE LA JARA, E.; DEL MASTRO VASCO MUJICA, F.; RAMÍREZ, G., «Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en Huaura. Una experiencia positiva», en *Justicia viva. Instituto de Defensa Legal*, Lima.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial 126. La aplicación de la justicia penal ante casos de violación sexual perpetrados contra niños, niñas y adolescentes*, (Lima: Defensoría del pueblo, 2007).

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe defensorial 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, (Lima: Defensoría del pueblo, 2015).

EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL CPP, *Propuesta de indicadores para el seguimiento y evaluación de la re-*

forma procesal penal en el Poder Judicial, (Lima: Poder Judicial, 2014).

HERNÁNDEZ BREÑA, W., «Reforma penal y crimen. Evaluación de impacto del Nuevo Código Procesal Penal sobre victimización y percepción de inseguridad», en *Anuario de Investigaciones*, 2015, pp. 92-93), recuperado de <<https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/3246?locale-attribute=en>>

HERNÁNDEZ, W., «Derecho versus sentido común y estereotipos: El tratamiento de los procesos judiciales de pensión de alimentos de mujeres de clase alta y baja en el Perú», en *Sortuz: Onati International Institute for the Sociology of Law*, 7, 1, 2015, pp. 29-58, recuperado de <<http://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/viewFile/559/700>>

HERNÁNDEZ, W., **Carga y descarga procesal: De lo general a lo particular, de lo cotidiano a lo preocupante**, (Lima: Justicia Viva, 2005).

MALDONADO, F., «Anticipación de la tutela penal, seguridad ciudadana y delincuencia común o cotidiana», en *Revista de Estudios de la Justicia*, 21, 2014, pp. 93-107.

MARTÍNEZ, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», en *Revisa para el Análisis del Derecho*, 2014, pp. 1-77.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *Evaluación de diseño y ejecución presupuestal. Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*, (Lima: DGPP-MEF, 2014).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *Evaluación del diseño y ejecución presupuestal -EDEP. Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*, (Lima: DGPP-MEF, 2013).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Evaluación del proceso de implementación del Código Procesal Penal*, (Lima: MINJUS, 2014).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Plan local para la consolidación de la Reforma Procesal Penal*, (Lima: MINJUS, 2014).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Política nacional frente a los delitos patrimoniales*, (Lima: Consejo Nacional de Política Criminal, 2014).

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Informe general sobre los resultados de la apli-*

cación del Código Procesal Penal, (Lima: Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, 2010).

MINISTERIO PÚBLICO, *Propuesta del Ministerio Público para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal. Diseño del nuevo sistema de gestión fiscal*, (Lima: MP, 2005).

MOHOR, A.; COVARRUBIAS, V., *El nuevo procedimiento penal en Chile. Una aproximación empírica desde la seguridad ciudadana*, (Santiago de Chile: RIL Ed, 2007).

PODER JUDICIAL, *Plan de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal*, (Lima: CEIPP, 2005).

La justificación racional de las decisiones judiciales en materia penal*

Eduardo Alejos Toribio**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Es lo mismo “principio” que “garantía” o “derecho fundamental”? / 3. Teoría Estándar / 4. Teoría Pragmática / 5. Las tres funciones de la motivación / 6. Problemas y críticas al razonamiento / 7. La estructuración de las máximas de la experiencia / 8. El estándar del MATODURA / 9. Las tres velocidades del razonamiento probatorio

1. Introducción

La justificación judicial, también llamada motivación, es la institución jurídica más trascendental que existe en cuanto a la argumentación jurídica y al proceso penal. Además, cabe decir que esta pertenece a la colección de afirmaciones comunes y es la más horizontal e importante del Derecho Procesal Penal; pues, al estar ligada al fin del proceso penal, puede llegar a la búsqueda de la verdad más aproximativa, toda vez que no existe una verdad absoluta; ya que el juez no se encuentra en el momento de los hechos o en la comisión de algún delito.

Asimismo, se puede aludir la existencia de dos enfoques. El primero, referido al deber de motivación jurídica que surge en la Constitución de 1828, donde existían dos normas: una destinada a los juicios de carácter civil (art. 122°); y, la otra, a causas de índole penal (art. 123°). Posterior a ello, a partir de la Constitución de 1834 hasta la de 1933 se estableció que “las

* Conferencia virtual llevada a cabo en la cuarta fecha del II Congreso Nacional de Ciencias Penales, Homenaje Jurídico a las Legislaciones Penales peruanas, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 14 de octubre del 2021.

** Abogado litigante e investigador académico en Ciencias Penales. Maestría en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director ejecutivo del portal jurídico LP Pasión por el Derecho. Presidente de la comisión de Derecho Penal en la Sociedad peruana de Derecho.

sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen". Ello implica, en el plano formal, las expectativas sobre seguridad jurídica que pueden tener las personas al momento de ejercer la acción en un determinado proceso.

Por otro lado, respecto al segundo enfoque, desde un panorama objetivo se comprende que la motivación jurídica, al ser una garantía constitucional, se encuentra en *"el conjunto de medidas técnicas e institucionales que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarias para la adecuada integración en la convivencia de los individuos y grupos sociales"*. Así también, se señala el derecho que todo ciudadano posee, como parte del contenido del debido proceso, esto es, como una garantía a la sujeción de la Constitución y la Ley en respaldo del Estado democrático de Derecho, la legitimidad democrática; así como, el contenido del derecho a la certeza judicial.

2. ¿Es lo mismo "principio" que "garantía" o "derecho fundamental"?

En aras de comprender mejor lo que implica la interrogante formulada, se puede realizar una analogía con un auto. En ese sentido, se puede desprender que la persona que lo conduce tiene derechos fundamentales; mientras que, la carcasa del auto hace de protección dicho individuo, asemejándose a la garantía. Por otro lado, la carretera, que lleva un rumbo —es decir, una dirección o un fin— representaría al principio, porque es el que dirige dicha garantía protectora del derecho fundamental.

Así pues, las funciones y la naturaleza de estas tres categorías son de distintos contextos. Por ejemplo, en cuanto al derecho fundamental, una persona tiene el derecho a la prueba, pues protege la libertad de las personas; por su parte, la garantía vendría a ser la motivación de las resoluciones judiciales, porque salvaguarda que se aplique correctamente el derecho referido; y, el principio, sería el debido proceso, pues direcciona a la segunda. Además, cabe decir que el principio primordial es el debido proceso y la motivación es una garantía constitucional que salvaguarda otros derechos.

También, se puede mencionar que existen tres aspectos que afectan la mala justificación de la decisión judicial, tanto la interna como la externa, las cuales se enmarcan en la argumentación jurídica estática; y, por otro lado, la justificación pragmática, que es parte de la argumentación en movimiento.

3. Teoría Estándar

Esta teoría –o argumentación estática– comprende tanto a la justificación interna como externa. Así mismo, ostenta como máximos representantes a Robert Alexy y Neil Maccomick, quienes configuraron sus puntos esenciales. En cuanto a la justificación interna, al interior de ella debe existir logicidad; esto es, la conclusión debe ser lógica y coherente. Además, se le debe adicionar la justificación externa, es decir, dichas decisiones deben encontrarse acorde a parámetros constitucionales y legales.

4. Teoría Pragmática

Por otro lado, en la Teoría Pragmática –o argumentación en movimiento– posee como máximo representante a Manuel Atienza, quien señala que: si bien es importante que exista una argumentación formal –justificación interna– y otra material –justificación externa–; también es necesario que –sumado a ello– se ostente una argumentación pragmática, relacionada al buen criterio, es decir, la aplicación de la retórica y de la dialéctica.

En ese sentido, la retórica –como el arte de persuadir– y la dialéctica –como la lucha de argumento– se relacionan con las técnicas de litigación oral. Además, en Juicio oral, se presenta lagunas; por ende, debe preguntarse al testigo, en aras de que se aclare alguna novedad y, con ello, el juez pueda obtener una información pragmática. Ergo, para que se lleve a cabo una correcta motivación, se debe tomar en cuenta los tres ítems, es decir, los tres tipos de argumentación descritos.

5. Las tres funciones de la motivación

Al respecto, la motivación posee tres funciones sustanciales: la endoprocesal, la extraprocesal y la preventiva. Respecto a la primera, se encuentra vinculada con la impugnación; puesto que está orientada a facilitar o permitir –a las partes que intervienen en un proceso– que conozcan el sentido de la decisión, en aras de que –ante un eventual desacuerdo con ella– se pueda refutar ante las instancias superiores. Así, en esta función se resalta lo concerniente a la razonabilidad de la decisión adoptada, pues se interpreta y aplica enunciados jurídicos en general; de forma tal que estos sean plausibles, pero sin excluir la posibilidad de que puedan ser empleados como una noción específica; es decir, no se pretende dar a conocer una verdad demostrable, sino una premisa aceptable, motivo por el cual depende de la aceptación que se tenga. Por consiguiente, tanto el juez como el fiscal poseen el deber de justificar correctamente para que la parte pueda impugnar.

Por otro lado, en la función extraprocésal, se tiene como referencia el control democrático de la función jurisdiccional, la unidad e igualdad en la aplicación del derecho, la verificación de la validez constitucional del sistema de fuentes, el dinamismo del derecho y el derecho al análisis y crítica de las decisiones. En ese sentido, la citada actividad centra su atención en la racionalidad de la decisión; puesto que tiene como base las inferencias lógico-deductivas, ya que de esta manera se puede formar una cadena de razonamientos, iniciando desde las premisas hasta llegar a una conclusión. En efecto, llega a suponer ciertas capacidades de reflexión y de lenguaje, que determinan conceptos acordes a las reglas del entendimiento.

Por último, en lo relacionado a la función preventiva, se destacan los magistrados; pues estos, aun siendo conscientes de la obligación que ostenta para formular una motivación, van a tener la opción de verificar errores al momento de formular los razonamientos que pudieran haber sido desapercibidos. De esta manera, se reforzará la racionalidad, con el propósito de poder expulsar los elementos decisivos no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados. Por ejemplo, cuando el juez tiene mucha carga corre el riesgo de que se le venza el plazo para decidir; ante ello, por la premura, puede delegarle a un asistente o secretario con el objetivo de que este revise la resolución judicial. Si esta presenta errores que afectan directamente al juez, por su falta de diligencia, afectarían también al proceso.

6. Problemas y críticas al razonamiento

En primera instancia, dentro de los problemas clásicos, se tiene a la motivación cualificada, falta de motivación o que esta sea insuficiente, incongruente o inexistente; así como a las deficiencias en la motivación externa, es decir, en la justificación de las premisas.

Así también, existen críticas al razonamiento deductivo, pues se sostiene que lo más correcto es realizar uno inductivo. Ello debido a que aquel se encuentra vinculado al silogismo jurídico, que entiende a la decisión judicial como un mero ejercicio lógico; en el cual, partiendo de dos premisas conocidas, se obtiene una conclusión desconocida. Al respecto, cabe decir que un silogismo no permite determinar verdades o falsedades, pues estas propiedades son solo predicables de las proposiciones o juicios, esto indica que las proposiciones que integran el silogismo pueden ser falsas y –por ende– su resultado también.

En cambio, el razonamiento inductivo consiste en obtener conclusiones generales a partir de premisas que contienen datos particulares y que son

aceptados por la comunidad jurídica. Por ejemplo: de la observación repetida de objetos o acontecimientos de la misma índole, es posible establecer una conclusión para todos los eventos de dicha naturaleza, amparados en máximas de la experiencia, y no de mínimas. De esta forma, en este tipo de razonamiento, lo que se busca es obtener conclusiones universales a partir de leyes específicas. Así, por ejemplo, se tiene como premisa 1 que: “*John bebe un litro de whiskey y se embriaga*”; mientras que la premisa 2 establece: “*John bebe un litro de ron y se embriaga*”; finalmente, una premisa 3: “*John bebe un litro de vodka y se embriaga*”; ergo, la conclusión inductiva sería que el exceso de alcohol provoca embriaguez.

El razonamiento descrito se generaliza para todos los elementos de un conjunto –en base a máximas de la experiencia–, observado en un número finito de casos. Ahora bien, la verdad de las premisas –esto es, 10.000 observaciones favorables a esta conclusión– no convierte en verdadera la conclusión; puesto que podría haber una excepción, pero igual se asume como aceptable. De ahí que, la conclusión de un razonamiento inductivo, solo pueda considerarse probable; de hecho, la información que se obtiene por medio de esta modalidad es siempre una información incierta y discutible. En consecuencia, el razonamiento solo es una síntesis incompleta de todas las premisas, pero que se considera válida.

7. La estructuración de las máximas de la experiencia

En cuanto a este punto, se puede mencionar que presenta algunos elementos relevantes, tales como la base empírica sensorial, independencia de objeto probatorio, independencia casuística, así como la validez general y contrastable. Además, presenta ciertas características como la generalidad, vaguedad, ser inciertas, cambiantes, oficiosas, graduables y que pertenecen a la experiencia común. De la misma manera, se pueden clasificar en universales, contingentes, técnicas y comunes.

En particular, en el caso de la solicitud de prisión preventiva de parte de Keiko Fujimori, dicho *iter* judicial duro varios días para su aplicación; por lo que el juez Carhuancho otorgó su justificación para la aplicación de prisión preventiva. En el caso concreto, se manifestó una peculiaridad ya que –en dicha justificación– se copió la realizada por el juez Sahuanay; toda vez que, la fundamentación de la sospecha grave, se dieron bajo supuestas razones sobre presunta organización criminal.

Ante ello, resulta pertinente cuestionar si es razonable analizar en pocas horas alrededor de 2400 páginas presentadas por el Ministerio Público; así también, si es que un juez puede leer, entender y –por ende– sintetizar los elementos de convicción con los datos ofrecidos por las partes para emitir

decisiones en casos que revisten per ser de alta complejidad –con pluralidad de involucrados– en un plazo breve. Al respecto, en el caso expuesto, el juez Carhuacho copió –textualmente– párrafos enteros de lo señalado por el Ministerio Público en la detención preliminar, lo cual no es razonable ante la complejidad presentada.

8. El estándar del MATODURA

Por otro lado, se puede aludir a la existencia del problema de justificación judicial referido al MATODURA; es decir, lo que se conoce como el estándar probatorio más allá de toda duda razonable. Al respecto, en 2017 se expidió la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, sobre el lavado de activos. En esta jurisprudencia se establecen los parámetros del estándar probatorio, así como lo concerniente al delito fuente. De ello, resulta pertinente destaca el hecho de llegar al conocimiento “más allá de toda duda razonable” para recién condenar o no a una persona.

Sobre esto, el estándar del MATODURA tuvo sus orígenes en el sistema anglosajón, cuya exigencia por probar surge en 1970. En este contexto, se suscita el Caso IN RE WINSHIP (397 U.S.358), que sirvió para que el juez Brennan esclareciera el concepto referido inicialmente. En este acontecimiento, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la cláusula del debido proceso protege al acusado contra la condena, excepto en la prueba que se direcciona más allá de una duda razonable (*beyond any reasonable doubt*).

No obstante, las críticas que se le realizan al MATODURA, señalan que este patrón configura una suerte de hipersubjetividad para la toma de decisiones, toda vez que no proporciona pautas objetivas para su aplicación en el proceso penal; mucho menos, conocer los límites en correspondencia a cómo debe ser aplicado o no. Sin embargo, a pesar de lo expuesto, este sistema aún se exige como mayor grado de confirmación de hipótesis. Por ende, este estándar probatorio resulta ambiguo, como bien señala la profesora Susan Haack:

“La justificación que subyace en las cargas y los estándares de prueba específicos se funda también en consideraciones políticas, más claramente, la exigencia de que un cargo penal deba ser probado por la acusación y que deba ser probado más allá de toda duda razonable, descansa en la idea de que es mucho peor condenar a alguien por un crimen que no cometió que absolver a alguien por un crimen que sí cometió”. (las cursivas son propias)

Mientras que, en el *Common law*, no existe el deber de justificar una decisión judicial. Así, se puede decir que, en cuanto al delito de lavado de activos, no será razonable condenar a un sujeto mediante indicios; porque con la prueba indiciaria no se puede llegar a la certeza.

9. Las tres velocidades del razonamiento probatorio

Por último, cabe resaltar que, dentro del razonamiento probatorio, se pueden advertir hasta tres velocidades: una primera, donde se encuentra el contexto de descubrimiento y se recopilan indicios, así como el análisis del elemento normativo y el de las conductas típicas; en la segunda velocidad, se tiene el contexto de traslado, caracterizado por darse la admisión o rechazo de indicios y se decide si estos pasan o no a juicio oral, luego se evalúa si las pruebas son conducentes, pertinentes y útiles; finalmente, en el tercer tipo, se encuentra el contexto de justificación, donde se realiza el análisis inferencial de indicios, se aprecia si los hechos base pueden convertirse en prueba indiciaria (consecuencia).

Criterios de oportunidad y terminación anticipada. Análisis y problemáticas en el Nuevo Código Procesal Penal*

Diana Carolina Ramos Baquedano**
Universidad Inca Garcilaso de la Vega

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Antecedentes / 2.1 Justicia Penal Negociada / 2.2. Estados Unidos y el Plea Bargaining / 2.3. Oportunidad y sus Antecedentes / 3. Criterio de Oportunidad / 3.1 Concepto / 3.2 Naturaleza Jurídica / 3.3. Criterios de oportunidad en el CPP de 2004: aspectos generales / 4. Terminación Anticipada Público / 4.1. Concepto de terminación anticipada en la doctrina nacional / 4.2. Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada / 4.3. El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP / 4.4 Algunos alcances en la práctica judicial / 5. Conclusiones / 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN: La autora busca analizar las incidencias que más resaltan en dichas instituciones jurídicas, y como es que se vienen desarrollando en la práctica fiscal y judicial; es así que el ordenamiento procesal peruano, específicamente el nuevo código procesal penal sufre sus excepciones al introducirse las salidas alternativas y los mecanismos de simplificación procesal en el proceso penal, lo que en buena cuenta genera que las facultades de la persecución penal que se les asigna a los fiscales, así como su participación en juicio oral queden suspendidas temporal o definitivamente ante la aplicación de dichas figuras jurídicas, es de saber que la aplicación del Principio de Oportunidad, así como La Terminación Anticipada genera un descongestionamiento procesal tanto a nivel fiscal como a nivel judicial buscando entre sus caminos no solo la descarga procesal si no también el resultado satisfactorio y célere de un caso, en el que no se abarque una dilación de tiempos innecesarios, y se tenga como principal prioridad el resarcimiento de la víctima, que es la parte más afectada durante el proceso

* Conferencia Virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magister en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Maestrando en Derecho Constitucional por la Unidad de San Martín de Porres. Fiscal Adjunta Provincial del Distrito Fiscal de Lima Noroeste.

investigatorio.

PALABRAS CLAVES: Proceso Penal, Criterio de Oportunidad, Terminación Anticipada, Salidas Alternativas, Mecanismos de Simplificación Procesal, celeridad, Etapa Preliminar- Etapa Intermedia

ABSTRACT: The author seeks to analyze the incidences that stand out most in these legal institutions, and how they are being developed in fiscal and judicial practice; thus, the Peruvian procedural system, specifically the new code of criminal procedure, suffers its exceptions when alternative solutions and procedural simplification mechanisms are introduced in criminal proceedings, which in good account generates that the powers of criminal prosecution assigned to prosecutors, as well as their participation in oral trials are temporarily or definitively suspended before the application of these legal figures, it is known that the application of the Principle of Opportunity, as well as the Early Termination generates a procedural decongestion both at the fiscal level and at the judicial level, seeking among its paths not only the procedural discharge but also the satisfactory and exemplary result of a case, in which a delay of unnecessary time is not covered, and the main priority is the compensation of the victim, who is the most affected party during the investigatory process.

KEYWORDS: Criminal Process, Criterion of Opportunity, Early Termination, Alternative Exits, Procedural Simplification Mechanisms, speed, Preliminary Stage- Intermediate Stage

1. Introducción

“Justicia que tarda no es justicia”, el célebre pensador romano Séneca expresó que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, frase trillada en el Perú y que se convierte en un suplicante reclamo a la Administración Pública por las dilaciones innecesarias que existen en el sistema de justicia penal, por lo que es evidente que estos mecanismos de justicia penal negociada cuentan con diversos beneficios, uno de ellos y el de mayor relevancia es la descarga fiscal y judicial; entendiéndose así que los despachos fiscales y judiciales se encuentran abarrotados de carga laboral, lo cual genera un conflicto entre el ciudadano de pie y los operadores de justicia, generando desazón e incertidumbre en los partes inmersas en una investigación, considerando inclusive que la esperada solución a sus Litis venga recubierta de impunidad o aplicación de pena benignas desproporcionales a lo razonable.

En el sistema procesal acusatorio garantista con rasgos adversariales tiende a tener diversas características, una de las principales es la separación de roles entre el encargado de la investigación del delito y titular de la acusación, el encargado de la defensa del imputado y acusado, y el encargado de emitir las decisiones jurisdiccionales, así como de garantizar en todo el procedimiento penal, los derechos y garantías del investigado y acusado, así como una mayor eficacia en el control de los plazos procesales; sin embargo pese a todas las garantías que vienen adheridas en el nuevo modelo procesal penal aún la población, así como las partes procesales tienen la concepción de un sistema de justicia lento, burocrático y desidioso.

Las Salidas Alternativas y Mecanismos de Simplificación Procesal son la justicia negociada que buscan los litigantes, y el espíritu del derecho premial; este aceleramiento va a permitir obviar aquellos implementos o recursos que el Estado tiene un déficit o carece, dado que el sistema procesal común es muy ralentizado ante la excesiva carga procesal, pero el problema aumenta cuando atenta contra la tutela jurisdiccional tanto del imputado como del denunciante; en el denunciante porque quiere una respuesta rápida y efectiva pero por el contrario recibe una respuesta lenta y siente que no se está haciendo justicia, y en el imputado, este va a sentir que el tiempo pasa y no tienen una respuesta justa, en tanto lo que se busca con este artículo es incentivar a los operadores jurídicos a realizar y aceptar la aplicaciones de estas instituciones jurídicas que en buena cuenta ayudan al descongestionamiento procesal y a dar una justicia anticipada.

2. Antecedentes

2.1. La justicia penal negociada

Se origina como una alternativa para reducir costos económicos, agilizando el proceso; es decir, como un medio de aplicación del principio de economía procesal que conlleva a ahorrar tiempo y que exista eficiencia en la administración de justicia.

Esta propuesta procesal tiene sus raíces en el sistema anglosajón que posteriormente fue recogida por un grupo de países, cuyos ordenamientos jurídicos están fundamentados en el sistema de derecho continental europeo, incorporando en sus legislaciones propias del derecho anglosajón, a fin de acelerar los procesos penales; teniendo al *Patteggiamento* (negociación) en la legislación Italiana, el *Absprache* (acuerdos negociados) en la alemana y la Conformidad en la española.

Posteriormente, otros países con un sistema jurídico de tradición continental como el latinoamericano, ante la ineficacia de resolver el problema

de sobrecarga judicial con un sistema jurídico orientado en el principio de legalidad y cuya situación se contraponía al éxito obtenido por países como Alemania, Italia y España, decidieron incorporar instituciones similares, además de considerar a la Plea bargaining (negociación de penas) del sistema angloamericano norteamericano.

2.2. Estados Unidos y el plea bargaining

El *plea bargaining*, traducido como “negociación de penas”, es el modelo de justicia penal negociada estadounidense por el cual el fiscal y la defensa se sientan a determinar la posibilidad de un acuerdo sobre el resultado final del proceso penal. Esta negociación es previa al juzgamiento; el acusado debe declararse culpable de los hechos delictivos a cambio de beneficios en las penas, sean cuantitativas (quantum de la pena) o cualitativas (clase de pena), o en los cargos considerados por el Ministerio Público.

A opinión del profesor **Orlando Muñoz Neira** (2006: 211 y ss.) una de las razones que impulsa la negociación entre fiscal e implicado judicial es la “dificultad probatoria” evitando el desgaste procesal que un juicio implica; la defensa, claro está, también valora las armas probatorias de que dispone y con base en éste y otros criterios tomará una decisión.

Se dice que el *plea bargaining*, es una modalidad del *guilty plea* (declaración de culpabilidad), que se estableció hace más de 100 años en Estados Unidos, de forma consuetudinaria, sin asidero legal ni jurisprudencial hasta los años setenta donde recién se reconoce de forma jurisprudencial. Pero esta práctica es exportada luego de la segunda guerra mundial a los países de Europa, quienes lo acogen bajo su propia concepción, así en Alemania se regula el *absprache* y en Italia el *patteggiamento*.

Para entender mejor la figura, debemos remontarnos a los Estados Unidos en el siglo XVIII, cuando el pensamiento iluministas advirtió que el crimen no era un asunto privado, sino que debería ser una preocupación de toda la sociedad de manera tal que el sistema penal debería servir a los intereses sociales y no a las víctimas individuales, hecho por el cual las colonias estadounidenses empezaron a mudarse al sistema de fiscales públicos, con facultades de discrecionalidad. Donde el fiscal posee una amplia discrecionalidad para realizar acuerdos con el imputado, y el juez se atiene a éstos, salvo que sean ilegales, en tal caso, los desaprobará. La discrecionalidad del fiscal, fue un gran problema jurídico-social, que requirió el pronunciamiento del Tribunal Supremo de EEUU, determinando su límite constitucional en el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, sustentado en la quinta enmienda de su constitución, que está relacionada con el debido proceso.

2.3. Oportunidad y sus antecedentes

En la actualidad nos parece un principio natural, el principio de la persecución penal pública, en términos históricos, es relativamente joven en el sistema jurídico europeo-continental y mucho más joven aun en el sistema anglosajón (en el cual recién aparece en el siglo XVII). En el ámbito de Europa continental, el sistema de persecución oficial de aquellos hechos considerados delictivos surge recién en el siglo XIII, acompañando el movimiento de concentración de poder político que terminaría en la formación y consolidación de los estados nacionales en su primera forma, esto es, el estado absoluto. La irrupción de este principio en el sistema de enjuiciamiento penal, además, estructuró por completo el procedimiento y cambió íntegramente las bases que sustentaban el derecho a imponer castigo. La decisión por la persecución de oficio de los delitos implica que ésta es promovida por órganos del Estado. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención. El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron históricamente esta intervención .Cf. **BAUMANN, Jürgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 42 y SS.**

Ahora bien, nuestra legislación penal adopta el llamado principio de oficialidad o de legalidad procesal para el ejercicio de la mayoría de las acciones penales. Esto significa que, salvo para los delitos de acción privada y algunos condicionamientos previstos para los llamados dependientes de instancia privada, las acciones penales deben ser realizadas, iniciadas, ejercidas y desarrolladas por los órganos correspondientes (jueces, fiscales, etcétera, según el caso), y que no puede evitarse su promoción o hacerse cesar por algún criterio de conveniencia u oportunidad

Autores como OREJARENA PARRA sostienen que el nacimiento del principio de oportunidad se encuentra aparejado a un sistema penal de corte acusatorio. **La profesora HERRERA GUERRERO**, en su obra la negociación, pp. 67-69, sostiene que, centra especialmente su estudio en determinadas figuras de la justicia penal negociada en sentido estricto (la terminación anticipada del proceso y la conclusión anticipada del juicio), al indagar sobre el origen de estas figuras hace también referencia a mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad reglado, en tanto estas figuras compartirían una lógica común y se ubican históricamente dentro del contexto de la reforma procesal penal.

Hoy en día puede afirmarse que son escasos los ordenamientos jurídicos que acogen un modelo puro en sus procesos penales, ya que la mayoría

han optado por tener un modelo semi-acusatorio o semi-inquisitivo, con diferente graduación. Tal es el caso peruano, que hasta el antiguo código de 1940 implantó, como lo describe ROSAS YATACO, un sistema procesal “mixto tendencialmente inquisitivo y limitadamente contradictorio”. Este modelo se sustituyó a partir de los fallidos intentos del CPP de 1991 y el Proyecto de 1995, y finalmente quedaría plasmado en el CPP de 2004, el cual según diversos autores sería un modelo acusatorio moderno con ciertos rasgos adversariales (principio de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad). Es por ello que HERRERA GUERRERO afirma que el CPP peruano actual “contiene tanto elementos de la tradición europea-continental en la que ha nacido y se ha desarrollado (...) pero también incorpora elementos ajenos a esta tradición y propios del adversary system”.

Autores como ORÉ GUARDIA y RAMOS DÁVILA en su libro, Aspectos comunes de la reforma procesal p. 21, señala que estas figuras e instituciones incorporadas se apartan del modelo europeo continental –que se basa en el principio de legalidad procesal- pues son propias del sistema anglosajón del consenso, el cual se basa en la justicia penal negociada a fin de conseguir eficiencia en el proceso. Estos institutos marcan un acercamiento al Plea bargaining, figura propia del modelo penal de Estados Unidos de Norteamérica conocido como Adversary system, el cual para TINOCO PASTRANA constituye una específica modalidad de sistema acusatorio que existe en el Common Law.

De lo dicho hasta aquí, el origen de los mecanismos de simplificación procesal –y específicamente del principio de oportunidad- parece encontrarse íntimamente ligado al Derecho anglosajón, más específicamente al sistema de enjuiciamiento criminal de Estados Unidos de Norteamérica, de corte adversativo y acusatorio.

3. Criterio de oportunidad

3.1. Concepto

Vid. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Mecanismos de simplificación, p. 15, señala, resulta usual que se defina al principio de oportunidad tomando como punto de partida el concepto de principio de legalidad procesal, debido a la relación de contraste que un sector doctrinario encuentra entre ambas figuras. Esto es así porque poseen características aparentemente contrapuestas. Por un lado, el principio de legalidad procesal penal (o principio de necesidad, como es llamado también por la doctrina española) es aquel que obliga al Estado a perseguir y sancionar los hechos punibles de los que tiene conocimiento, sin que el procedimiento pueda estar sujeto a

la discrecionalidad de las partes, y se expresa tanto en la inevitabilidad de promover la acción penal frente a delitos públicos, como en la irretractabilidad de la misma. Asimismo, nacería de la teoría absoluta de la pena vinculada a la retribución, según la cual el Estado está obligado a sancionar toda contravención de la norma penal, sin excepción.

Por su parte sostenemos que el principio de oportunidad implica abstenerse de la persecución de un hecho que reviste carácter delictivo y, según afirman algunos autores, apuntaría a la idea de la prevención; por tanto la pena tendría una utilidad social en la medida que buscaría disuadir tanto a terceros como al propio delincuente para evitar su reincidencia (teoría relativa de la prevención). Es así que, por citar un ejemplo, **el profesor SÁNCHEZ VELARDE** define al principio de oportunidad como una “*excepción al principio de legalidad, debido a la imposibilidad material del Estado de perseguir y castigar todas las infracciones que se cometen*” Dicha opinión no es aislada, sino que desde hace ya algún tiempo en el Derecho comparado existe un debate sobre la vigencia del principio de legalidad procesal o acerca de la necesidad de introducir mecanismos de discrecionalidad o selectividad que flexibilicen la legalidad rigurosa e irrestricta, que en ocasiones puede llevar a situaciones injustas o poco convenientes. **Vid. DUCE/RIEGO, Proceso penal, p. 185**

3.2. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, prima facie observamos que el principio de oportunidad es un acto jurídico procesal que contiene una declaración de voluntad que pone fin a la persecución penal de algunos ilícitos, bajo las condiciones que la norma taxativamente señala. Para empezar, habremos de referirnos al tenor del art. 2º CPP, del cual puede colegirse que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en dos momentos: i) sin intervención judicial, en la etapa de investigación preparatoria conducida por el Fiscal (art. 2º, inc. 1 CPP), o ii) con intervención del Juez de Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal común, antes de formularse acusación (conforme al art. 2º, inc. 7 CPP); este instituto impide, en ambos casos, que se llegue a la fase de juzgamiento.

En el primer supuesto, el Fiscal está facultado potestativamente a incoar el principio de oportunidad en virtud de lo dispuesto por el art. 2º, inc. 1 CPP, que señala a la letra: “El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal (...)”. Al representante del MP se le ha atribuido una facultad discrecional restringida, **¿porque restringida?** pues se han de cumplir ciertas condiciones estatuidas en la misma norma para decidir si ejerce o no la

acción penal, cuya titularidad le corresponde en monopolio al Ministerio Público; por su parte, el imputado puede solicitar al Fiscal el ejercicio de dicha facultad. De otro lado, el inc. 7 del art. 2° de la norma penal adjetiva determina que: “Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento (...) hasta antes de formularse la acusación (...)”. En este caso, cuando la acción penal ya ha sido promovida, creemos que la decisión de emplear un criterio de oportunidad no se encuentra ya en manos del Fiscal sino del Juez de Investigación Preparatoria, a quien expresamente la norma atribuye dicha potestad, dejando al primero únicamente la posibilidad de peticionar., pese a que consideramos que en dicha figura deberá existir un acuerdo previo de todas partes, sin embargo pese a ello, la decisión final siempre será de la judicatura.

La autora es de la opinión que dicho criterio de oportunidad en razón del primer escenario es una oportunidad reglada como discrecional, pero limitada al titular de la acción penal, quien tendrá que aplicarlo obligatoriamente pero con los requisitos establecidos en la norma; en el segundo escenario se considera que dicha figura jurídica deberá ser de merecimiento del procesado, es decir debe merecer acogerse a dicho salida alternativa en etapa intermedia, ello será mejor explicado más adelante a fin de ejemplificar con detalle.

Concluimos, por lo expuesto, que la aplicación del principio de oportunidad se da en un momento preprocesal, es decir previo ante la postulación acusatoria, y muchas veces antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria, por ende sí cabe ser catalogado como un medio alternativo de solución fuera del proceso en el ámbito penal. Sin embargo el código procesal penal ha amparado en su normativa la posibilidad de instauración en la fase intermedia, rompiendo de algún modo los esquemas en razón de la idea preprocesal que se tenía inicialmente de la mencionada institución jurídica, dando la posibilidad de que sea realizada y aplicada luego de una postulación acusatoria, lo cual si bien ayuda a evitar la carga procesal e irnos a innecesariamente a un juicio oral, también la autora considera que debería ser analizado antes de aplicarla literalmente.

3.3. Criterios de oportunidad en el CPP de 2004: aspectos generales

El art. 2° CPP dispone que “el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal (...)” Es requisito previo para aplicar criterios de oportunidad que el

Fiscal haya tomado conocimiento de la comisión de un hecho ilícito (sea por denuncia de parte, por informe de la Policía, o por sí mismo), y existe elementos de convicción que sustenten suficiencia probatoria que acredite la existencia del delito, así como la relación entre el hecho que se investiga y el denunciado. Una vez el Fiscal toma conocimiento de la noticia criminis, y necesariamente realiza una mínima actividad probatoria, podrá el Fiscal dar inicio al trámite para la aplicación del principio de oportunidad, ya que la normativa penal concede la obligatoriedad de la mencionada institución jurídica, y un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal bajo los supuestos que la norma permite. Fuera de este ámbito de aplicación facultativa del principio de oportunidad, existen delitos determinados (lesiones leves, hurto simple, apropiación ilícita y delitos culposos) en que resulta obligatoria para el Fiscal, siempre que no haya pluralidad de víctimas o concurso de delitos.

BÍNDER, en su obra *El Principio de Oportunidad*, pp. 24-30 sostiene que en el uso de los criterios de oportunidad en un proceso penal acusatorio y garantista, debe atribuírsele un rol preponderante al imputado, de quien se requiere un consentimiento expreso, es decir, debe haber aceptado los hechos punibles pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho de defensa y a la presunción de inocencia. Del mismo modo PEÑA CABRERA FREYRE considera presupuesto esencial del principio de oportunidad “la renuncia del imputado al principio de presunción de inocencia, declarando manifiestamente su culpabilidad al hecho atribuido”.

Lo que para estos autores resulta manifiesto, a nuestro parecer no es necesariamente evidente. Cabría preguntarse si: ¿es la aceptación expresa de culpabilidad por parte del imputado, respecto de los hechos que se le imputan, una *conditio sine qua non* para la aplicación del principio de oportunidad? Creemos que no es así, en la práctica no se necesita necesariamente una aceptación de los cargos como una declaración previa, confesando los hechos; dado que cuando se intenta aplicar la figura procesal es porque de la investigación se ha recabado elementos de convicción que hacen muy probable que la conducta atribuida es imputable al investigado; por lo cual coincidimos con el profesor San Martín quien señala que la motivación del Fiscal para aplicar la oportunidad debe darse “cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”, es decir, cuando exista gran probabilidad de que el hecho sea cometido.

4. Terminación anticipada

4.1. Concepto de terminación anticipada en la doctrina nacional

Si nos ocupamos en definir lo que es la Terminación anticipada del proceso, podemos concluir que se trata de un proceso penal especial en donde el imputado y el Fiscal se ponen de acuerdo en lo siguiente: el imputado reconoce los cargos y acepta el monto de la reparación civil, mientras que el Fiscal reduce el tiempo de la pena que va a solicitar ante el órgano jurisdiccional. Una vez llegado a este acuerdo, se suscribe un acta que deberá ser aprobada por el Juez Penal. Este último funcionario es el que aprobará o rechazará el acuerdo. Si lo aprueba emitirá una Sentencia de Terminación anticipada, la misma que puede ser objeto de apelación por la parte civil o el tercero civilmente responsable. La definición esbozada nos conduce a afirmar que la terminación anticipada del proceso es un mecanismo procesal de negociación que atiende a fines prácticos o utilitarios. Se deja de lado la necesidad de celebrar el juzgamiento para decidir en torno a la responsabilidad del imputado. El Juez Penal no interviene en este proceso especial, sino sólo hasta que las partes negociantes se presentan ante él para hacerle conocer del acuerdo. Si bien es cierto decide finalmente, el Juez Penal no valora las pruebas en un juicio oral contradictorio, público e inmediato

En la doctrina procesal nacional, Pablo Sánchez Velarde-2009-pg.359 dice que la terminación anticipada “es un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales. Su finalidad- evitar la continuación de la investigación judicial y el Juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el Fiscal, aceptando los cargos de imputación el primero. A teniendo por ello el beneficio de reducción de la pena de una sexta parte, se trata de una transacción penal para evitar un proceso innecesario”.

Talayera Elguera, citando a Espinoza Goyena, dice que “la terminación anticipada es un procedimiento especial que constituye un medio diferente o alternativo de concluir un proceso convencionalmente. En estos casos nos encontramos frente a un proceso penal que se inició conforme a las reglas del proceso ordinario, pero cuyo iter procedimental se ve desviado a partir de la aplicación de reglas especiales que determinan que su conclusión resulte más acelerada y evite la aplicación de las normas ordinarias de procesamiento.

4.2. Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada

En el Acuerdo Plenario N^o 05 - 2009/CJ - 116 se desarrolla lo siguientes criterios:

La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACP- se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal

4.3. El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP

El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468o. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros -Ley número 28008.

El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada -sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipada [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación

estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

4.4. Algunos alcances en la práctica judicial

Ahora bien me permito señalar las particularidades de estas instituciones jurídicas, en la práctica fiscal se ha advertido diversas posturas en razón a la figura del criterio de oportunidad y terminación anticipada, que a continuación pasó a detallar: con relación al primero, (i) que el fiscal luego de presentar el requerimiento acusatorio este puede devenir perfectamente en un sobreseimiento, al aplicarse un criterio de oportunidad en razón al artículo 350.1 con las disposiciones previstas en el artículo 2 del NCPP, este es un supuesto de exención de la pena; aquí debe existir una opinión favorable del Fiscal para dictarse el sobreseimiento; sin embargo la decisión final siempre la tiene la judicatura.

Esta figura procesal si bien tiene una trascendencia garantista y busca descongestionar la carga procesal a nivel jurisdiccional; se debe evaluar su aplicación, es más postulo la idea de que el imputado debe hacerse merecedor de esta figura, ¿porque sostengo ello?, al Postular un requerimiento acusatorio, el Fiscal hace un trabajo exhaustivo de recabar elementos de convicción de cargo y descargo, gastando energías justamente para forma un caso y sostenerlo en el tiempo con un resultado exitoso, debe entenderse que para postular el requerimiento antes mencionado, se ha agotado todas las posibilidades de salidas alternativas en la etapa preliminar, se le ha emplazado válidamente a las partes para evitar justamente judicializar una causa, pese a ello no existió consenso entre las partes o simplemente no asistió la parte investigada durante el proceso; con lo que se advierte una conducta desidiosa de la parte investigada a no tener voluntad de cooperación en la investigación, conductas que deben ser evaluadas en cada caso en particular a fin de dar por aprobado dicha figura jurídica; justamente porque el sobreseimiento por criterio de oportunidad, **es una oportunidad a no ser merecedor de una sanción punitiva**, oportunidad que a nuestro juicio no fue utilizada a nivel preliminar. **(Subrayado es nuestro)**. Porque si no estaríamos en el supuesto que el imputado durante la etapa de investigación preliminar, no se presenta, así como tampoco en la investigación preparatoria, y llega la etapa intermedia, y como tengo la oportunidad de contar con una solución al conflicto penal, la cual me va a permitir a no tener una sanción punitiva, entonces utilizo esa salida, y termino con un sobreseimiento; por lo que esta figura jurídica debe tener un mejor estudio aplicativo, entender lo contrario sería asumir una postura

premio a un investigado que no ha tenido la mínima intención de reparar el daño de manera inmediata.

Aparejando el criterio de oportunidad con la **Terminación Anticipada**, es claro que no son lo mismo, la Corte Suprema en el acuerdo plenario N°05-2009 se ha pronunciado ya respecto a las dudas en razón a ambas instituciones, afirmando además que no procede la Terminación Anticipada en la etapa intermedia por los siguientes fundamentos:

- La terminación anticipada no es un criterio de oportunidad, por lo que no es aplicable al amparo del artículo 350.1 e del CPP,
- La Terminación anticipada tiene como eje el consenso, mientras que la etapa intermedia el elemento central es la contradicción
- La terminación Anticipada sigue un procedimiento determinado que lo diferencia de los alcances de la audiencia preliminar de control de la acusación
- El fin político criminal sería incumplido si se aplicara los beneficios de la terminación anticipada en la etapa intermedia.
- La incorporación de la terminación anticipada en etapa intermedia afecta gravemente el principio de contradicción procesal; entre otros.(Chincha Castillo 2010- citado por Cesar San Martín – Pag 603).

Ahora bien en la doctrina y en la jurisprudencia se discute si, pese que a la norma resulta ser clara procede la aplicación del procedimiento especial de terminación anticipada en la etapa intermedia, existiendo dos posturas al respecto, la primera se señala que el procedimiento de terminación anticipada no es aplicable en la etapa intermedia -, dado que el artículo 468.1 del CPP, prescribe expresamente, que esta se deberá postular antes de concluir la investigación preparatoria-y antes de formularse acusación. Esta postura es compartida por el Dr. Sánchez Velarde – 2017-Pag 580, quien sostiene que de conformidad con el artículo 468.1 del CPP, solo se aplica la terminación anticipada hasta antes de formularse la acusación, asimismo indica que la terminación anticipada no es un principio de oportunidad y que es posible instar un criterio de oportunidad en la fase intermedia.

La Segunda postura sostiene que si debe aplicar la terminación anticipada porque este se trataría de un criterio de oportunidad, pese a que existe ya el pronunciamiento de la corte suprema al señalar que este no es un criterio de oportunidad; en el segundo argumento se señala que debe interpretar-

se la frase “*hasta antes de formularse la acusación*”, este segundo argumento es respaldado por (Taboada Pillco – 2009- Pag233) quien manifiesta que no debe realizarse una interpretación literal del artículo 468.1 del código procesal penal, sino una interpretación sistemática de dichos artículos, el autor señala que el verbo formular debe distinguirse en dos momentos (i) que el fiscal exprese por escrito su pretensión, ii) y que el fiscal exprese con palabras su requerimiento, en esta etapa versa la oralización del requerimiento en audiencia; es así que el autor sostiene “no existe ningún obstáculo legal para que los sujetos procesales puedan incoar el proceso especial de terminación anticipada por el periodo comprendido entre la expedición de la disposición de formalización de investigación preparatoria hasta la formulación escrita y oral del requerimiento de acusación en la audiencia preliminar (..)” concluyendo que no es la formulación del requerimiento de acusación que hace precluir la posibilidad de postular la terminación anticipada, si no la formulación oral en audiencia preliminar.

Y Como ya se lo he mencionado en un artículo anterior, la figura del criterio de oportunidad y la terminación anticipada se fundamentan en el **principio de consenso**, es decir en ambas instituciones existe una voluntad de las partes de poner fin al proceso. La autora considera que es perfectamente aplicable la figura de la terminación anticipada en la etapa intermedia, bajo otros fundamentos que difieren con los argumentos de profesor Taboada Pillco, esto en relación a la distinción de acusación oral y escrito, supuestos que no tienen amparo normativo ni doctrinal.

¿Porque debe aplicarse la terminación anticipada en la etapa intermedia?, ante dicha pregunta, razonamos que resultaría inconveniente e ilógico continuar con un proceso penal en el que, el imputado parte procesal fundamental del proceso, no desea continuar, y donde el fiscal ya no quiere persistir con sus pretensiones al haber llegado a un acuerdo de pena y reparación civil. Cuál sería el amparo jurídico de la norma, más allá de un normativismo basado en el principio de la legalidad y contraponiendo por encima de los principios, la norma.

Entender lo contrario, significaría olvidar una de las finalidades político criminales del Código Procesal Penal, es decir la solución de conflictos de manera celeré, eficaz y eficiente, lo cual evidentemente ello nos redirecciona al principio de economía procesal, que busca obtener un mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad procesal; asimismo concluimos que es hasta es ilógico e irracional que se permita la procedencia de un criterio de oportunidad en etapa intermedia, pero que se niegue la posibilidad de instar la terminación anticipada, postura que también respalda el profesor Chinchay Castillo 2007 (Pag- 28). Tanto más si creemos

que ambas posturas se fundamentan el principio de consenso y acuerdo previos, lo cual debe ser analizado a más detalle.

5. Conclusiones

Concluimos que las salidas alternativas y los mecanismos de simplificación procesal, cumple un papel determinante en el proceso penal incentivando la celeridad en los procesos, es así que consideramos que el el Fiscal debe familiarizarse con las nuevas herramientas procesales existentes, y eso únicamente podrá ser logrado con el conocimiento del Derecho penal y Derecho procesal Penal, sumándole a ello el manejo integral de su carpeta fiscal; ahora bien en el presente artículo pongo sobre la mesa una problemática existe en la práctica judicial y es que la salida del criterio de oportunidad definitivamente tiene que realizarse un mayor estudio de su aplicación, en esa misma línea consideramos que la terminación anticipada es un excelente mecanismo de simplificación procesan, no obstante su oportunidad de instaurarla debe ser más extensa y flexible; porque creemos que si existe un consenso en la etapa intermedia no tiene sentido jurídico continuar con la acusación, al contar previamente con una aceptación de cargos, imposición de pena y reparación civil, por el contrario se vuelve inoficioso continuarla,

Llevo analizando tiempo considerable la figura de la terminación anticipada y confirmo que está debe modificarse para que se permita la realización de dicha audiencia en etapa intermedia, por los fundamentos y amparándonos en los principios de consenso y celeridad, toda vez como ya lo hemos manifestado antes, es un sinsentido irse realizar todo el control forma y sustancial del requerimiento acusatorio, pasar a Juicio Oral, oralizar los alegatos de apertura, para terminar con una conclusión anticipada, lo cual pudo abreviarse si se pudiese llegar a los mismo términos en la etapa intermedia, me permito parafrasear filósofo romano Lucio Anneo Séneca que señala que la **“justicia tardía es justicia denegada.**

Y finalmente culmino con los criterios de oportunidad, es evidentemente contradictorio que en la etapa intermedia se puede acceder a un criterio de oportunidad, mas no a una terminación anticipada, tanto más si el elemento central en la etapa intermedia es la contradicción, y es que si no se permite el derecho penal premial (terminación anticipada) cuando ya se ha presentado la acusación, puesto que ya se pasó a una etapa que se base en el principio de contradicción, entonces tampoco se debería permitir la aplicación de un criterio de oportunidad, que tiene la misma finalidad; por tal sentido debe ser analizado con el total respecto a las partes procesales.

6. Referencias bibliográficas

ORE GUARDIA, A., *Derecho Procesal Penal Peruano*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2016).

MORENO NIEVES J., «La acusación complementaria en el nuevo CPP (2004)», en *LP Derecho*, noviembre de 2017, recuperado de <<https://lp-derecho.pe/procedimiento-acusacion-complementaria-cpp-aspectos-problematicos/>>

PENA CABRERA, A. R., *Derecho Penal y Procesal Penal*, VIII, (Lima: IDEMSA, 2016).

SAN MARTIN CASTRO, C., *Derecho Procesal Penal Lecciones*, (Lima: INPECCP, 2015).

CUBA VILLANUEVA, V., *El nuevo Proceso Penal Peruano: Teoría y Práctica de su implementación*, (Lima: Palestra Editores, 2009).

ROSAS YATACO, J., *Los sujetos Procesales en el Nuevo Código Procesal Penal*, (Lima: Lex & Iuris, 2014).

GACETA JURÍDICA, *Dialogo con la jurisprudencia: El proceso Penal en su jurisprudencia*, (Lima: Gaceta Jurídica, 2008).

GÁLVEZ VILLEGAS, T. A., *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, (Lima: Juristas editores, 2008).

SÁNCHEZ VELARDE, P., «Algunas consideraciones históricas sobre el Ministerio Público», recuperado en *Revista de derecho y ciencias políticas*, vol. 50, Lima, Perú, 1993, pp. 383-395.

CHINCHAY CASTILLO, A. M., «La visión estratégica y la visión legalista de la terminación anticipada en el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116», Lima: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 2010, pp. 13-28.

FRISANCHO APARICIO, M., *Procesos Penales Especiales*, (Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2019).

ALDERETE LOBO, R. A.; DE LÚEA, J. A.; DEVOTO E.; A. DÍAS, L.; GRANILLO FERNÁNDEZ, H. M.; GRANILLO FERNÁNDEZ, M. J.; A. JULIANO, M.; LEDESMA, A. E.; MARULL, F.; ROVATTI, P.; VARELA, A.; VARGAS, N. O.; LOPARDO, M., *El debido proceso penal, Doctrina, análisis jurisprudencial, Fallos Fundamentales*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2016).

Búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Análisis de los preceptos generales

Jefferson Gerardo Moreno Nieves*

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1.Introducción. /2. Búsqueda de Prueba y Restricción de Derechos./ 2.1. Marco normativo del procedimiento para restricción de derechos. /2.2. Presupuestos. /2.2.1. Habilitación Judicial. /2.3. Principios. /2.3.1. Principio de Legalidad. /2.3.2. Principio de Proporcionalidad. /2.3.3. Principio de Motivación. /3. Aspectos Problemáticos en la Intervención de las Comunicaciones./ 3.1. La Necesidad de precisar la diferencia entre el registro histórico de comunicaciones e intervención de comunicaciones. /3.2. La necesidad del Requerimiento Fiscal. /3.3. La obtención del registro histórico de llamadas no se encuentra regulado de manera específica en nuestro Código Procesal Penal. /3.4. Aunque se considerase que el registro histórico de llamadas se encuentra regulado implícitamente en el artículo 230 del Código Procesal Penal, su imposición debe analizar la posibilidad de riesgo de pérdida de la finalidad como parte del precepto general. /3.5. La lectura literal del título del artículo no es coherente con la forma de interpretación en caso de restricción de derechos. /3.6. El acceso a definiciones de la Real Academia Española no delimita el ámbito de la norma procesal. /3.7. Se realiza una interpretación extensa y analógica sobre una norma de restricción de derecho, lo que es indebido en reglas de respeto a derechos fundamentales del investigado. /3.8. Que existan requerimientos fiscales que soliciten ejecución en tiempo real y registro de comunicaciones, no delimita la interpretación del artículo 230, y se trata de un supuesto diferente, en el que si puede existir riesgo de pérdida de finalidad. /3.9. La remisión al artículo 226 se realiza sobre la base de riesgo de pérdida de finalidad de medida, lo que no ha analizado el juez. /4. Conclusiones./ 5. Fuentes de información.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Estudios de Maestría en Ciencias Penales y Estudios de Maestría en enseñanza del Derecho por la USMP, estudios de Maestría en Derecho por la Universidad de Medellín – Colombia, estudios de especialización en derecho penal, procesal penal y constitucional, expositor nacional e internacional en temas jurídicos de trascendencia. Socio fundador en estudio Chipana & Moreno.

1. Introducción

La evolución legislativa ha demostrado que normalmente primero se presenta el hecho, y luego el derecho, sobre todo el aspecto penal, se actualiza para enfrentar las nuevas situaciones.

La regulación del Código Procesal Penal no ha sido la excepción, y ha traído consigo un título interesante en el que reconoce la necesidad de restringir derechos para poder acceder a prueba en las investigaciones, este es el caso del título III de la sección II del Código Procesal Penal, regulada a partir de la realidad peruana en la que casos complejos o graves han dificultado la actividad probatoria para la acreditación de hechos y participación de personas en él.

La existencia del título búsqueda de prueba y restricción de derechos implica el reconocimiento de parte de la norma procesal de una necesidad probatoria sobre la restricción de determinados derechos. Por ejemplo, si bien es cierto todo ciudadano mantiene vigente su derecho a la inviolabilidad del domicilio, este podría verse restringido con fines de prueba siempre que la medida sea necesaria para el caso concreto; exactamente lo mismo sucede cuando surge la necesidad de intervenir las comunicaciones de una persona en investigación debido a que esta es la única forma de continuar con la obtención de pruebas, por lo que el secreto de las comunicaciones como un derecho constitucionalmente reconocido debe ser restringido.

Esta restricción de derechos con finalidad de búsqueda de pruebas, como toda limitación, debe responder en primer lugar al análisis de principios que limiten su aplicación, el derecho procesal, so pretexto de la obtención de pruebas no permite obtención a cualquier precio, sino en la medida de lo estrictamente necesario y proporcional, además con la debida motivación y el respeto al principio de legalidad.

Asimismo, la búsqueda de pruebas que restringe derechos también debe someterse a un procedimiento específico que permita prever determinadas situaciones como en que supuestos se requiere obligatoriamente de una autorización judicial y en cuales otros son posible la actuación fiscal y policial con posterior petición de confirmatoria judicial, o en que supuestos será necesario el correr traslado al afectado para el ejercicio de su defensa y en cuales otros no.

Este pequeño trabajo intenta desarrollar algunos aspectos generales sobre el título búsqueda de pruebas y restricción de derechos, intentando concentrarnos en una de sus manifestaciones específicas, como es el levanta-

miento del secreto de comunicaciones, para que con ello se pueda generar la polémica respecto de su aplicación constante y mejor análisis.

2. Búsqueda de Prueba y Restricción de Derechos

2.1. Marco normativo del procedimiento para restricción de derechos

El Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo VI recoge lo siguiente regulación respecto a las medidas que restringen derechos fundamentales, *“Las medidas que limitan derechos fundamentales salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley”*. (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2004)

Dicha disposición es reiterada en el artículo 202°, cuando se señala, *“Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr lo fines de esclarecimiento del proceso, debo procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”*. (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2004)

En ese sentido, el artículo 203° de nuestra norma procesal en materia penal establece, lo siguiente: *“2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.”* (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2004)

2.2. Presupuestos

En nuestra norma procesal el legislador ha establecido que las medidas que disponga la autoridad competente deben realizarse en arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan elementos de convicción que lo sustenten.

Implicará también que la resolución que dicte el Juez de Investigación preparatoria autorizando dicha medida deberá ser motivada, dicho criterio de motivación también deberá estar contemplado en el requerimiento fiscal.

Del mismo modo, deberán ser sustentados, lo que facultará al Juez de Investigación Preparatoria a emitir una decisión inmediata – si existiera

riesgo de la pérdida de la finalidad de la medida. De lo contrario, si no existiera riesgo deberá correr traslado a las partes y en especial al afectado.

2.2.1. Habilitación Judicial

Este presupuesto es fundamental, si no es más bien absolutamente necesario para realizar la búsqueda de prueba restringiendo derechos como en su en un – levantamiento de comunicaciones – dado que será únicamente la autoridad judicial quien detenta de dicha potestad.

Es decir, como ha señalado el profesor **MONTERO**, la restricción de derechos está supeditada a la decisión motivada del juez y así lo ha señalado el propio juez supremo César Martín “los jueces tiene el monopolio de la adopción de interceptación de las comunicaciones” sosteniendo en la misma línea el profesor Juan Montero Aroca sostuvo “que en el derecho español la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede decretarlo un órgano de potestad jurisdiccional, es decir un juez o tribunal; no se admiten limitaciones del derecho que provengan de las autoridades administrativas gubernativas” (MONTERO AROCA, 1999)

Dicha potestad se encuentra establecida taxativamente en nuestra carta magna, específicamente en el artículo 2 inciso 10 donde señala que una medida del tipo de una injerencia telefónica debe ser acordada exclusivamente por un juez en el marco de un proceso penal.

Si partimos diciendo que entendemos que la regla de las comunicaciones telefónicas es que son secretas e inviolables; sin embargo, existe amparo legal que permite la intervención de ellas, es decir, la protección que envuelve el secreto de las comunicaciones se verá mermado tras el mandato motivado del órgano judicial, en observación de las garantías previstas en la ley.

En ese sentido, el autor **VELASQUÉZ**, ha señalado que, ello implicará la exigencia de la regulación de la autorización judicial para intervenir en el derecho de la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones, esto es, deberán precisar las circunstancias y en qué condiciones se permitirá la intervención. (VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, 2010).

2.3.Principios

2.3.1. Principio de Legalidad

En el principio de legalidad debe prevalecer la ley sobre cualquier actividad o función del poder público, es decir, que todo aquello que emane del estado debe estar regulado en la ley, y no en la voluntad de los individuos.

2.3.2. Principio de Proporcionalidad

Este principio, es una exigencia común y constancia para la constitucionalidad de cualquier medida de restricción de derechos fundamentales, así lo ha establecido el autor **LÓPEZ**, cuando señala que si dicha medida supone una injerencia a la integridad física y a la intimidad dentro del curso de un proceso deberá tener estricta observancia del principio de proporcionalidad. (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004)

Dicho principio ha sido recogido en nuestra normativa procesal, en el artículo 203º, en donde se señala lo siguiente respecto al principio de proporcionalidad *“Las medidas que disponga la autoridad (...) deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción”*.

En ese orden de ideas, el principio de proporcional conforme lo señala el profesor **RODRÍGUEZ**, resultará que su aplicación a cualquier restricción de derechos fundamentales, obedece a la necesidad que siempre ha de imperar el recto obrar de los poderes públicos de ponderar el justo equilibrio entre el fin público que se pretende tutelar y el sacrificio que se impone a la persona afectada por la medida. (RODRÍGUEZ LAINZ, 2011)

Asimismo, a nivel jurisprudencial la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, se ha pronunciado respecto de este principio y ha señalado que en sus dos subprincipios y será a través del subprincipio de idoneidad donde el legislador evalúa el medio en razón al fin constitucional y superado esto se evalúa el sub principio de necesidad donde se compara el medio empleado con otros y verificar la posibilidad de alcanzar el mismo fin con otros medios alternativos. (2015, pág. 15)

2.3.3. Principio de Motivación

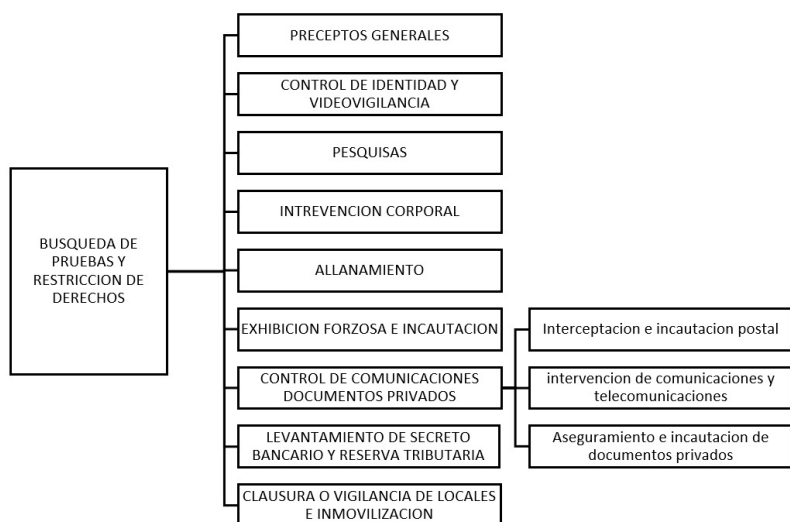
Este principio esta referido a la motivación necesaria que debe realizar el Ministerio Público vía requerimiento ante una latente posibilidad de restricción de derechos y el mismo criterio de una especial motivación deberá ser considerado y concretado por el Juez de la Investigación Preliminar cuando admita el requerimiento como se encuentra establecido en el artículo 203º del Código Procesal Penal.

3. Aspectos Problemáticos en la Intervención de las Comunicaciones

3.1. La Necesidad de precisar la diferencia entre el registro histórico de comunicaciones e intervención de comunicaciones

El contenido y desarrollo del artículo 230° del Código Procesal Penal corresponde exclusivamente a la intervención en tiempo real, y no a toda forma de registro de comunicación.

En la sección III, título III del Código Procesal Penal, regula la “búsqueda de pruebas y restricción de derechos”, a partir del artículo 202, hasta el artículo 241. En este se desarrolla un capítulo inicial como precepto general, para luego desarrollar supuesto de búsqueda individuales y específicos.



La propia presentación estructural del título III, permite establecer que el desarrollo contiene la imposición de la base, la regla máxima o como señala específicamente el código: “Preceptos generales”.

Estos preceptos generales desarrollan los límites de aplicación de cada una de las medidas que posteriormente se explican individualmente (exhibición, control de comunicaciones, levantamiento de secretos, etc.), y si se solicitara la aplicación de una medida no regulada específicamente, la propia legalidad exigida en el artículo 202, convoca su imposición bajo estos preceptos.

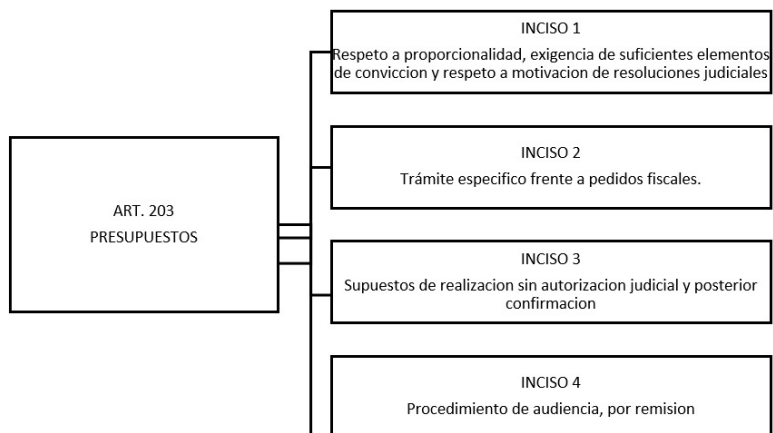
Es un error sostener que estos preceptos generales, solo son aplicables ante la ausencia de una regulación específica, pues ello implicaría, por ejemplo, que lo regulado en los preceptos generales, artículo 202, refe-

rido al respeto a la legalidad procesal, y artículo 203 inciso 1, respecto del respeto de proporcionalidad y suficientes elementos, tampoco serian aplicables cuando exista regulación específica, lo que sin duda constituye un error, ya que toda medida, como parte de norma general, debe respetar legalidad y también proporcionalidad en su adopción, imposición y ejecución.

Lo que en realidad precisa este capítulo I, referido a preceptos generales, son normas base de aplicación ante dos supuestos específicos:

- a. Aplicables a todas las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos reguladas de manera independiente, como la norma general que motiva un desarrollo posterior específico; y,
- b. Aplicables a las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos no reguladas específicamente en el título III del Código Procesal Penal, sirviendo de referencia y representando el respeto a la legalidad, para la imposición de medidas en la forma que desarrolla propiamente el artículo 203.

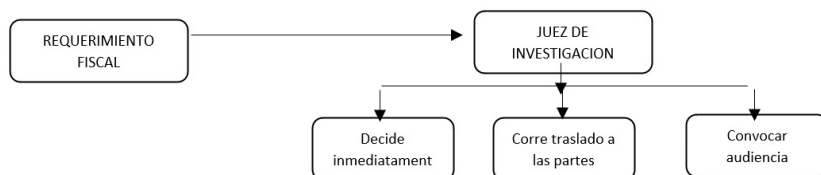
El tema en cuestión merece analizar, en principio, el desarrollo del artículo 203 del CPP, que se encuentra compuesto de cuatro incisos:



3.2. La necesidad del Requerimiento Fiscal

La adecuada interpretación del inciso 2, correspondiente al trámite específico, que señala: *“Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes”*¹.

Como se puede verificar de la lectura del propio inciso citado, se procede a desarrollar el trámite específico frente a la presentación de un pedido fiscal de búsqueda de prueba y restricción de derecho:



La decisión judicial respecto de decidir inmediatamente, o correr traslado a las partes, tiene como base la verificación de un posible “riesgo de pérdida de la finalidad de la medida”.

Es este riesgo el que determina la decisión por la que debe optar el juez, constituyendo una obligación judicial, no una potestad, el hecho de correr traslado a las partes ante la no verificación de tal riesgo. Lo que tiene sentido si se analizan algunas de las medidas reguladas posteriormente.

Por ejemplo, no tendría sentido correr traslado de un pedido de allanamiento, ello haría que el investigado pueda remover los elementos que obran en el domicilio que se pretende allanar, lo que pone en riesgo la finalidad de la medida.

Lo mismo sucede con la videovigilancia, por ejemplo, no sería factible correr traslado de un pedido de esta naturaleza, ya que el investigado, se pondría en alerta ante el conocimiento de que se encuentra bajo sospecha y seguimiento constante de sus actividades. Es decir, existiría un riesgo de no poder cumplir la finalidad de la medida.

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Decreto Legislativo N. 957. Código Procesal Penal. Lima. Título Preliminar. Artículo 4°.

Así sucederá también con las medidas no reguladas específicamente. La propia naturaleza del pedido, y la verificación de la existencia de un riesgo de pérdida de la finalidad o no, son las que determinaran si el juez puede tomar una decisión inmediata, o deberá correr traslado a las partes procesales, en especial al afectado.

Este esquema procedimental de pedido y decisión judicial es el aplicable a todas las medidas reguladas específicamente en nuestro ordenamiento procesal, así como a las no reguladas. Contrario a lo que sostiene el juez de investigación en su resolución judicial impugnada.

Es fundamental en el análisis de adopción de la medida, el riesgo de pérdida de su finalidad. De ahí que habría que definir ¿qué se entiende por riesgo fundado de pérdida de finalidad?

Para ello, es necesario recurrir a lo que ha señalado ya la Corte Suprema de Justicia, así, en un primer pronunciamiento señalo que: *La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno (artículos 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida – si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna*².

En esa misma línea argumentativa, se señaló: *“B. El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315°.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203°.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que “...no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida...”; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315°.2 NCPP), aunque es posible*

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanentes y transitorias, Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 12.

*en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203°.2 NCPP)*³

3.3. La obtención del registro histórico de llamadas no se encuentra regulado de manera específica en nuestro Código Procesal Penal

El CPP 2004 no contempla de modo específico una medida de levantamiento de secreto de comunicaciones para la obtención de registros históricos de llamadas y mensajes; cosa que sí contempla para la intervención de comunicaciones.

Esta última medida se encuentra regulada en los artículos 230° y 231° del CPP 2004 y, como consecuencia de la remisión que se hace al numeral 4 del artículo 226°, la ley procesal señala que: *“4. El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá, mediante trámite reservado e inmediatamente, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal. La denegación de la medida podrá ser apelada por el Fiscal, e igualmente se tramitará reservada por el Superior Tribunal, sin trámite alguno e inmediatamente”*.

En sentido similar, prescribe el artículo 8° de la Ley N° 30077: *“1. En el ámbito de la presente Ley, se respetan los plazos de duración de las técnicas especiales de interceptación postal e intervención de las comunicaciones previstas en el inciso 2 del artículo 226 y en el inciso 6 del artículo 230 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957, respectivamente. 2. El trámite y realización de estas medidas tienen carácter reservado e inmediato”*.

Sin embargo, estas prescripciones no pueden aplicarse analógicamente al levantamiento de secreto de comunicaciones para la obtención de registros históricos por tratarse de normas que restringen derechos.

Esto es así en atención a que el numeral 3 del artículo VII del Título Preliminar del CPP 2004 señala con claridad que: *“3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”*.

El pretender fundamentar legalmente el no traslado previo del requerimiento fiscal, a efectos de que podamos ejercitar nuestro derecho de defensa, en la aplicación del numeral 4 del artículo 226° del CPP 2004 o

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VII Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Ple
nario N° 07-2011/CJ-1116, 06 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 20.

del artículo 8° de la Ley N° 30077 a un supuesto para el cual no ha sido expresamente previsto, como lo es el levantamiento de secreto de comunicaciones para la obtención de registros históricos, importa una aplicación analógica de la norma prevista para un caso similar, como el de la intervención de las comunicaciones. Y por tanto una analogía prohibida.

3.4. Aunque se considerase que el registro histórico de llamadas se encuentra regulado implícitamente en el artículo 230 del Código Procesal Penal, su imposición debe analizar la posibilidad de riesgo de pérdida de la finalidad como parte del precepto general

Aunque el juez de investigación entienda que la obtención del registro histórico de comunicaciones si se encuentra regulado en el artículo 230 del CPP, este debió verificar la existencia o no de un riesgo de pérdida de la finalidad de la medida.

Lo que en este caso no se presenta en ninguna circunstancia, ya que lo que se pretende obtener son los registros escritos que obran en poder de las empresas de telefonía, que no corren ningún riesgo de ser obstruidas, sustraídas o perdidas de la base de datos de las empresas a las que se les requiere la información.

Tanto es que no se generaba ningún riesgo de pérdida de la finalidad de la medida, que la propia fiscalía, sin notificarnos la ejecución propiamente, de manera indirecta, expuso la obtención de esta información a través de la notificación de la Providencia Fiscal N° 94-2021 de 12 de mayo de 2021, por la que tomamos conocimiento de la decisión judicial indirectamente.

3.5. La lectura literal del título del artículo no es coherente con la forma de interpretación en caso de restricción de derechos

La lectura literal del artículo 230 no puede llevarnos a concluir que efectivamente la medida de obtención de registro de comunicaciones se encuentra regulada, dejando de lado la aplicación de los preceptos generales. Inclusive, si que quisiera mantener la línea de lectura literal en la aplicación de normas que restringen derechos, el artículo 230 inciso 4 sostiene: *“los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año (...)”*

Lo que literalmente hace referencia a las grabaciones en tiempo real y no a la obtención de información que no se viene desarrollando mientras se ejecuta la medida y que deba ser intervenida con el riesgo de su pérdida.

3.6. El acceso a definiciones de la Real Academia Española no delimita el ámbito de la norma procesal

Puede haber una errónea interpretación, ya que el artículo 230 inciso 1, donde se entienda que hay dos momentos del pedido de restricción, pero como pasos obligatorios e imprescindibles el uno después del otro:



Esto tiene lógica en lo que posteriormente se desarrolla, cuando el código señala que primero: *“Dichos concesionarios otorgaran el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el sistema de intervención y control de las comunicaciones de la PNP” (Art. 230.4)*

Es decir, no se puede iniciar a escuchar y grabar, sin antes haber accedido a la comunicación, lo que se hace con el apoyo de las concesionarias de telefonía.

De ahí que la recurrencia a una definición en diccionario RAE constituya un error en la resolución judicial.

3.7. Se realiza una interpretación extensa y analógica sobre una norma de restricción de derecho, lo que es indebido en reglas de respeto a derechos fundamentales del investigado

En una interpretación no apta se entendería que, la obtención del reporte histórico de comunicaciones si se encuentra regulado implícitamente en el artículo 230, procediendo a realizar una interpretación amplia y analógica de este artículo, lo que constituye un error por tratarse de la imposición de medidas que limitan derechos del investigado.

Ello, conforme establece el numeral 3 del artículo VII del Título Preliminar del CPP 2004: *“La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.*

El pretender fundamentar legalmente el no traslado previo del requerimiento fiscal, a efectos de que podamos ejercitar nuestro derecho de defensa, en la aplicación del numeral 4 del artículo 226° del CPP 2004 o del artículo 8° de la Ley N° 30077 a un supuesto para el cual no ha sido expresamente previsto, como lo es levantamiento de secreto de comunicaciones para la obtención de registros históricos, importa una aplicación analógica de la norma prevista para un caso similar, como el de la intervención de las comunicaciones. Y por tanto una analogía prohibida.

3.8. Que existan requerimientos fiscales que soliciten ejecución en tiempo real y registro de comunicaciones, no delimita la interpretación del artículo 230, y se trata de un supuesto diferente, en el que si puede existir riesgo de pérdida de finalidad

Esta interpretación constituye un grave error, en principio porque no son los requerimientos fiscales los que determinan la forma adecuada de interpretación de las normas procesales.

En segundo término, porque la referencia del juez es absolutamente diferente. Si el juez sostiene que existen casos donde se solicita la escucha y el registro histórico al mismo tiempo, reconoce también que se trata de un supuesto donde existiría un riesgo de pérdida de finalidad de la medida si el investigado fuera notificado, ya que justamente el pedido abarca la escucha.

Si en un caso concreto, la obtención de información no es de la intervención en tiempo real, sino de la información que ya obra en los registros de las empresas telefónicas y que no corren el riesgo de perder su entrega, obtención e incorporación posterior a la investigación fiscal.

3.9. La remisión al artículo 226 se realiza sobre la base de riesgo de pérdida de finalidad de medida, lo que no ha analizado el juez

Si un juez sostiene que, la obtención rige el artículo 230 inciso 1, que nos dirige al artículo 226, y que este a su vez, señala que su tramitación debe ser reservada y de carácter inmediato, es decir, sin traslado.

Dicho juez estaría olvidando que, la remisión la realiza a una medida de control de comunicaciones privadas, que, por su propia naturaleza, no permiten el traslado, ya que esta generaría el riesgo de pérdida de finalidad,

lo que no sucede con el registro histórico de llamadas, olvidando así el análisis propio de la medida del caso concreto.

4. Conclusiones

La búsqueda de pruebas y restricción de derechos regulada en nuestra norma procesal se ha distorsionado en nuestra práctica judicial, ahí es donde como abogados defensores debemos cuestionar la forma, el trámite e inclusive la misma ejecución de la medida restrictiva de derechos, evitando que se realicen interpretaciones analógicas de la norma en aras de preservar los derechos del sujeto que está siendo afectado con este tipo de medidas.

Por ello, resulta imperante entender cuáles son los principios que sostienen esta clase de requerimientos; asimismo, los presupuestos que deberá atender el mismo representante del Ministerio Público al momento de solicitar vía requerimiento la intervención de comunicaciones, esperando que todo lo expuesto en el presente artículo ayude a dilucidar problemáticas actuales.

5. Fuentes de información

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Decreto Legislativo N. 957. Código Procesal Penal. Lima. Título Preliminar. Artículo 4°.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Decreto Legislativo N. 957. Código Procesal Penal. Lima. Título III. Artículo 202°.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Decreto Legislativo N. 957. Código Procesal Penal. Lima. Título III. Artículo 203°.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales permanentes y transitorias, Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, 16 de noviembre de 2010, fundamento jurídico 12.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. VII Pleno Jurisdiccional Penal, Acuerdo Plenario N° 07-2011/CJ-1116, 06 de diciembre de 2011, fundamento jurídico 20.
- Consulta de Expediente N.º 3873-2014 San Martín (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 17 de marzo de 2015).
- JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA, Resolución N.º 237-2021, 05 de abril de 2020, Precedente Vinculante, fundamento jurídico 27.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). Trata de Derecho Procesal Penal. España: Thomson.
- MONTERO AROCA, J. (1999). La Intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. España : Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2011). Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial. España: La Ley.
- VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, R. (2010). Delimitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones . Lima : Gaceta Constitucional.

La suspensión de la prescripción de la acción penal en la acusación directa y Proceso inmediato*

José David Burgos Alfaro**

Universidad José Faustino Sánchez Carrión

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La prescripción / 3. La interrupción y la suspensión de la prescripción / 4. Los Acuerdos Plenarios N° 1-2010/Cj-116 y N° 3-2012/Cj-116 / 5. La inspiración extranjera / 6. La suspensión de la prescripción sin formalización / 7. Conclusión.

1. Introducción

Entre los años 2010 al 2012, se debatió en muchos foros académicos y órganos jurisdiccionales, la correcta aplicación o interpretación del artículo 339°.1 del Código Procesal Penal, referente a la suspensión de la prescripción de la acción penal, a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. Casi diez años después, pareciera que este problema no culmina, pues se ha agregado, no solo la posibilidad de aplicar un plazo de suspensión de la prescripción a través de un acto procesal de investigación continua, sino, además, para los requerimientos fiscales de acusación directa y proceso inmediato.

Este problema ya lo habíamos advertido en su oportunidad¹, aunque na-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Egresado de la Universidad José Faustino Sánchez Carrión. Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la misma Casa Superior de estudios. Past-Decano del Colegio de Abogados de Huaura. Ex Juez de la Investigación Preparatoria, de Flagrancia, y de corrupción de funcionarios, por la Corte Superior de Justicia de Ancash; y ex Juez Penal Unipersonal y Juzgado Colegiado, por la Corte Superior de Justicia de Huaura. Autor de libros y ensayos sobre derecho procesal penal. Abogado litigante. Docente universitario. Correo electrónico: joseburgosley@gmail.com.

BURGOS ALFARO, J.D., *La suspensión de la prescripción de la acción penal en el Código Procesal Penal de 2004. Justificación, causal y procedimiento*, Tomo 38 (Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2012).

1 BURGOS ALFARO, J.D., *La suspensión de la prescripción de la acción penal en el Código Procesal Penal de 2004. Justificación, causal y procedimiento*, Tomo 38 (Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2012).

die tomó en cuenta que la ley precisa la suspensión de la prescripción de la acción penal en procesos donde, expresamente, se emita la disposición de formalización, es decir, no se incluye el proceso inmediato, acusación directa o querrela, lo que ha generado –nuevamente– que la Suprema emita pronunciamiento al respecto, lo que motiva el presente trabajo.

2. La prescripción

El Tribunal Constitucional también ha referido en reiteradas oportunidades que “la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al ius puniendi, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro homine, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica²”.

En el Recurso de Nulidad N° 404-2007-AYACUCHO, emitido por la Corte Suprema, en su fundamento segundo, sostiene que, la prescripción implica la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo determinado, en virtud de que el propio Estado abdica su potestad punitiva, por razón de que el tiempo anula el interés represivo, apaga la alarma social y dificulta la adquisición de pruebas respecto a la realización del evento delictivo; la prescripción penal, por la esencia misma del ordenamiento punitivo opera coactivamente.

El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 estableció que: “La prescripción en el Derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la ley sustantiva para el delito incriminado –pena abstracta–. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria –de conformidad con el artículo

² Véase: SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 02506-2005-PHC/TC*, Lima: 2 de julio de 2007; SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 01805-2005-HC/TC*, Huaral: 29 de abril de 2005; SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 04875-2006-HC/TC*, Lima: 26 de marzo de 2007; SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N° 05890-2006-PHC/TC*, Lima: 12 de septiembre de 2006.

ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y el artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público— y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción —a su pretensión punitiva— y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible —prescripción de la pena—³.

El artículo 80° del Código Penal sostiene que, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad. En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años. En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años. En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

3. La interrupción y la suspensión de la prescripción

De conformidad con nuestra normativa vigente —artículo 83° del Código Penal—, la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Sobre ese sentido, la Corte Suprema, desarrollando Doctrina Jurisprudencial, sostuvo a través de la Casación N° 347-2011-LIMA, en su fundamento 4.7, que, debemos determinar en el caso concreto cuáles son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; precisando que no es cualquier actividad realizada por el Mi-

3 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116*, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 5.

nisterio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra.

Por otro lado, en cuanto a la suspensión, el artículo 84° de la misma norma penal, refiere que, si el comienzo o la continuación del proceso depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede consentido.

Al respecto, se tiene como Doctrina Jurisprudencial, la Casación N° 442-2015-DEL SANTA, emitido por el Tribunal Supremo, donde refiere en los fundamentos séptimo y octavo que, el artículo 84° del Código Penal, se trata de un recurso civilista por el que excepcionalmente se suspende el cómputo del plazo, hasta tanto se resuelva el asunto -no penal- que lo motivó. Las cuestiones que suspenden el plazo de prescripción son dos: a) Cuestiones previas y b) Cuestiones pre-judiciales. Sin embargo –agrega–, dicha institución no solo tiene regulación en el código sustantivo, sino también en el procesal; es así que el artículo 339.1 del Código Procesal Penal, cuya interpretación y aplicación ha dado motivo al presente pronunciamiento, establece que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal. Que, el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 ha señalado que la literalidad del inciso uno del artículo 339° evidencia que regula expresamente una suspensión *sui géneris* diferente a la ya señalada porque afirma que la formalización de la investigación preparatoria emitida por el fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación, se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación.

4. Los Acuerdos Plenarios N° 1-2010/Cj-116 y N° 3-2012/Cj-116

El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 justifica el texto de la norma procesal penal en su artículo 339.1 señalando lo siguiente:

1.- “(...) [*Q*]ueda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud del sobreseimiento del fiscal”⁴.

2.- “*Q*ue es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la

⁴ SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 26.

realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, (...) y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo”⁵.

3.- *“Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado (...)”⁶.*

4.- *“No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse”⁷.*

5.- *“(…) Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite”⁸.*

El acuerdo plenario N° 3-2012/CJ-116 mantiene la validez del texto en debate justificando lo siguiente:

6.- *“La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339 inciso 1 es plena y evidente. (...) en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004”⁹.*

7.- *“(…) en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo”¹⁰.* (las cursivas son propias)

Dentro de esta misma línea interpretativa, la Corte Suprema ha continuado validando los Acuerdos, a través de diversos pronunciamientos, como son las siguientes Casaciones: N° 1629-2017-AYACUCHO, N°

5 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 28. A.

6 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 31. B.

7 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 31. D.

8 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 32.

9 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 8.

10 SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Lima:16 de noviembre de 2010, fundamento 11.

1756-2018-ANCASH, N° 889-2016-CUSCO, N° 383-2012-LA LIBERTAD, N° 332-2015-DEL SANTA (doctrina jurisprudencial vinculante), N° 779-2016-CUSCO, N° 96-2016-HUAURA, N° 889-2016-CUSCO, N° 895-2016-LA LIBERTAD, N° 779-2016-CUSCO, Doctrina Jurisprudencial de la la Casación N° 442-2015-DEL SANTA y últimamente N° 1025-2019-HUAURA.

Siempre el concepto de prescripción estuvo basado en la pérdida de oportunidad del Estado al *ius puniendi*, por diversos factores singulares. Hasta antes de la emisión del nuevo Código Procesal Penal, nunca existió la posibilidad de suspenderse la prescripción de la acción penal por dilaciones atribuibles al imputado; y es que, sería mezquino sostener, que toda prescripción, es consecuencia de una actitud rebelde e ilegal por parte de la defensa o del procesado; muy por el contrario, siempre el análisis sobre conducta maliciosa, formaba parte de los criterios valorativos para el establecimiento legal de una vulneración al plazo razonable, pues conforme lo estableció el Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana¹¹ se toma en cuenta tres elementos para determinar su razonabilidad, como son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales¹². Así, el Tribunal Constitucional sostuvo - respecto a la actividad procesal del imputado -, la distinción del uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista, caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso¹³.

Siendo así, la suspensión del plazo de prescripción de la acción ya tenía una justificación desarrollada por el legislador tal como lo hemos advertido, que si bien existían voces autorizadas solicitando una reforma legal dirigida a suspender los plazos de la prescripción en aquellos casos de conducta procesal maliciosa que retarde el avance y continuación del proceso¹⁴, también era necesario que se detenga en analizar sobre los procesos, donde la dilación provenga de las autoridades judiciales y/o fiscales.

Ahora, si bien la Corte Suprema, acepta que el legislador copió – o se inspiró -, de una legislación extranjera como la chilena, era necesario saber

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Suárez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, fund. 72.

12 SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N.º 549-2004-HC, Lima: 21 de enero de 2005.

13 SALA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Exp. N.º 618-2005-HC/TC-LIMA, Lima: 8 de marzo de 2005.

14 CASTILLO ALVA, J.L., «La prescripción de la persecución penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC», en Castañeda Otsu. Susana (Directora), Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, (Lima: Griljey, 2010), p. 633.

si podía calzar conjuntamente con las demás normas conexas a fin de que exista armonía, como sí lo tiene el país sureño. Por consiguiente, podríamos aceptar que, si bien la prescripción no es un derecho del procesado, sí es una sanción hacia el Estado - actualmente ilusoria -, lo que genera una desprotección del investigado por cuanto la justificación de la suspensión no garantiza que se realice para prevenir la obstrucción de la defensa, sino para que exista holgura en el desarrollo del proceso. Es decir, no es que la suspensión de la prescripción se encuentra sujeta a control por el juzgador, quien advirtiéndolo si la defensa realiza una acción dilatoria, pueda activar la suspensión de la prescripción; sino que la Corte Suprema, justifica al legislador, aceptando este cambio legislativo a través de un argumento que no tiene sustento científico. No existe ninguna estadística que concluya la responsabilidad de la defensa o del imputado por haber generado la prescripción a través de actos dilatorios.

Ahora bien, actualmente existen otros tipos de controles dentro del mismo proceso, como el plazo de las diligencias preliminares y el de la investigación preparatoria; para que el fiscal presente su requerimiento en la etapa intermedia; para la fijación de audiencia de la etapa intermedia; para emitir pronunciamiento de fondo luego del saneamiento y el posterior Auto de Enjuiciamiento; para la instalación y continuación de las sesiones de juzgamiento, así como para redactar la sentencia; pero esto no significa que vaya a controlar el tiempo del proceso dentro de un plazo razonable, más solo para el ordenamiento de los actos procesales. No es casualidad que, luego de algunos años, se modifique el plazo fijado en la etapa preliminar de 20 días, al darse cuenta que les era insuficiente. Lo mismo ocurrió en la etapa de la investigación preparatoria en los procesos complejos como los de criminalidad organizada. Actualmente, un proceso puede, legalmente, llevar hasta 6 años de investigación, lo que podría significar, otros más para la instalación de la audiencia de la etapa intermedia y la del juicio oral.

Inicialmente, dentro de las críticas al primer Acuerdo Plenario, la Suprema no estableció el plazo de la suspensión de la prescripción, como la mayor preocupación que se tenía luego de que convalidara lo establecido en la ley, sosteniendo que era una nueva figura de suspensión y que esta se mantenía hasta la emisión de una resolución judicial firme, extinguiendo así, la figura de la prescripción; por lo que, el segundo Acuerdo Plenario, reafirma la aplicación del artículo 339°.1 del Código Procesal Penal, pero sosteniendo que, el plazo máximo de esta suspensión, es el mismo plazo de prescripción ordinaria, - es decir, el máximo de la pena por el delito investigado -, más la mitad, lo que generó diversas reacciones jurisdiccionales, reflejadas en diferentes decisiones emitidas por las Salas Penales a nivel

nacional, pues dicho plazo propuesto, no se encuentra regulado en la ley, y más bien, vulneraría directamente el derecho al plazo razonable, establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3 literal c), instrumentos que forman parte del Derecho nacional.

Una propuesta que se hizo en su oportunidad, acorde a los argumentos de la Suprema - si en el peor de los casos, esta suspensión busca frenar una acción considerada dilatoria u obstruccionista por parte de la defensa o del imputado -, sería una verificación judicial previa en audiencia, para saber si es aplicable la suspensión de la prescripción, es decir, en cada caso en concreto. De esta manera, cualquier sujeto procesal legitimado podría solicitarla cada vez que advierta una acción dilatoria u obstruccionista de la defensa o el imputado, para que se declare judicialmente la suspensión y solo dentro del lapso de tiempo que duró dicha acción impidiendo la continuación del proceso.

Sin embargo, la suspensión de la prescripción no necesariamente debería estar sujeta a una audiencia previa para su declaración, pues como lo refiere la norma, esta se declara con la sola emisión de la disposición de formalización, por lo que más bien, el debate debería inclinarse hacia el plazo que esta dure. Aunque, dudo mucho que se pueda establecer un acto dilatorio por la defensa o por el imputado, por lo que, en el peor de los casos, el plazo de la suspensión, debería de ser, en su plazo máximo, hasta la emisión de la disposición fiscal de conclusión de la investigación preparatoria. Debemos tener en cuenta, que la etapa de la investigación, es la más compleja por tener mayor carga de actividad probatoria y la que más dura en referencia de las demás etapas procesales.

5. La inspiración extranjera

La prescripción de la acción penal en Chile, a diferencia del nuestro, se desarrolla y se ubica en el artículo 94° de su Código Penal, donde establece que, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, la acción penal prescribe a los quince años; respecto a los demás crímenes, en diez años; respecto a los simples delitos, en cinco años y respecto a las faltas, en seis meses. Asimismo, en su artículo 96°, refiere que la prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente cometa nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

Lo que se observa, es que la ley penal chilena, ya había establecido la posi-

bilidad de poder suspender la prescripción desde la incoación de un procedimiento penal, pero a la vez, daba la salvedad que si existía paralización del proceso por el periodo de tres años o en su defecto no llegase el órgano jurisdiccional a emitir sentencia, se le sanciona a los propios órganos del Estado continuando la prescripción como si no se hubiera interrumpido – quizás debió decir “como si no se hubiese suspendido” - figura que tampoco el legislador quiso introducir en nuestro sistema procesal, más solo la literalidad del artículo 233.a) del Código extranjero. Lo que se manifiesta claramente es que en ningún momento la legislación chilena ha pretendido variar toda una historia doctrinaria sobre la posibilidad de suspender la prescripción por una conducta obstruccionista del imputado y que más bien el tope de los tres años estipulados en su ley penal estaban dirigidos para todos los delitos para así frenar toda posibilidad en que el Estado lo utilice en perjuicio del imputado como una herramienta negativa para justificar la prolongación de los procesos judiciales, lo que no ha ocurrido en nuestro país.

Analizando el Código procesal penal chileno, dice en su artículo 233.a) lo siguiente: *“La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal; (...).”* ¿Qué era lo que el legislador chileno pretendía suspendiendo el procedimiento con la formalización del proceso? que, a diferencia de nuestro sistema procesal, el plazo de la investigación en Chile es hasta dos años¹⁵, tiempo suficiente como para temer que el proceso prescriba sin que se obtenga sentencia, figuras jurídicas totalmente distantes con la nuestra.

6. La suspensión de la prescripción sin formalización

Este problema generado ha provocado diversas controversias y jurisprudencias contradictorias en cuando a la correcta aplicación e interpretación entre ambos cuerpos normativos, dentro del entendido que, no todos los procedimientos penales se inician con una formalización por parte del Ministerio Público ¿qué pasa con el proceso especial de proceso inmediato donde puede no existir formalización de la investigación preparatoria? ¿Qué ocurre con el proceso especial por faltas? ¿Qué ocurre con el proceso especial por querrela? ¿Qué ocurre con la acusación directa? Si establecemos que, con la suspensión a la prescripción de la acción penal dispuesta en el artículo 339.1 del Código procesal penal, el Estado manifiesta proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito y que ello es parte de su nueva política-cri-

15 Artículo 247° del Código procesal chileno.- “Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla. (...)”.

minal: ¿sólo será aplicable para los procesos en el que exista disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria?

La justicia chilena no ha sido pasiva en cuanto a la aplicación correcta sobre la suspensión a la prescripción de la acción penal desarrollada en su norma procesal; tal es así que a una parte de su judicatura consideraba que la suspensión a la prescripción a que se refiere su artículo 96° del Código penal, sólo se produce con la formalización, como único instante procesal idóneo¹⁶; y, por otro parte, otras Salas de Apelaciones, negaban que el artículo 96° del Código Penal se remita exclusivamente a la formalización como única oportunidad para suspender la prescripción¹⁷. Entonces, como se advierte, copiamos una institución procesal totalmente ajena a nuestra realidad sin que exista un análisis de la realidad jurídica en el país vecino, lo que acarreo problemas en el nuestro¹⁸.

Lo que tenemos en definitiva, es que la Corte Suprema de Chile le da valor histórico a lo desarrollado por su Código Penal cuando este señala que la prescripción se suspende cuando el procedimiento se dirige contra el imputado, lo que en términos generales dispone, que todo proceso donde el imputado haya sido debidamente identificado y se realicen actividades dirigidas contra él, produciría la causal de suspensión a la prescripción sin que haya mediado formalización alguna, como en el caso de una querrela en aplicación correcta e inmediata del artículo 96° de su Código penal; y, sólo en los casos excepcionales, cuando la primera actividad persecutora contra el imputado haya sido mediante la formulación de la imputación, esto es, que no haya existido diligencia preliminar que lo individualice o que haya sido dirigida directamente contra él, se aplicará lo establecido en el artículo 233.a) del Código procesal penal del cual nos hemos inspirado.

Si nuestra legislación hubiese tenido lo que establece el artículo 96° del Código penal chileno, tendríamos que la presentación del requerimiento

16 En ese sentido, CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, Fallo N° 216-2007, La Serena: 26 de octubre de 2007, y otro de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, Fallo N° 290-2006, Valparaíso: 24 abril de 2006.

17 Dentro de dicha postura, CORTE DE APELACIONES DE ARICA, Fallo N° 164-2006, Arica: 12 de julio de 2006; CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, Fallo N° 381-2007, Temuco: 26 de abril de 2007.

18 CORTE SUPREMA DE CHILE, Rol N°5511-09, de fecha 4 de enero de 2010, fundamentos 4, 7 y 8; pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Ruben Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Kunsemuller L.; y con el voto del magistrado Rodríguez E, a efectos de remitir antecedentes al pleno para la imposición de una medida disciplinaria a la Sala de Apelaciones que aplicó literalmente el artículo 233 a) del Código procesal penal y no el artículo 96 del Código Penal pero que no alcanzó mayoría. CORTE SUPREMA DE CHILE, Rol N°4064-09, de fecha 27 de octubre de 2009, fundamentos 4 y 10, pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Benito Mauriz A. y Domingo Hernández E.

fiscal de proceso inmediato dentro de las diligencias preliminares produciría la suspensión a la prescripción de la acción penal; del mismo modo, el requerimiento fiscal de acusación directa, la interposición de una querrela o la denuncia de un hecho calificado como falta; pero, como no lo tenemos, y estando que se sugiere que se interprete literalmente el artículo 339°.1 del Código procesal penal, sólo los procesos penales donde el fiscal haya emitido su disposición de formalización de la investigación preparatoria debería producir la causalidad de suspensión a la prescripción de la acción penal como parte de la nueva política-criminal del Estado.

Esto se entiende así, porque el artículo 96° del Código penal chileno ya establecía la suspensión a la prescripción de la acción penal, con su cláusula exigente de que si el proceso se paraliza o no culmina en sentencia, se continuará el cómputo de la prescripción; entonces, cuando los magistrados chilenos cuestionaron la legislación repetitiva del artículo 96° de su Código penal en el artículo 233°.a) de su Código procesal penal, deslindaron que esta última sólo se utilizará (aplicación excepcional y residual) en los procesos penales en que el Ministerio Público despliegue como primera actividad fiscal dirigida directamente al imputado mediante la formulación de la imputación, algo que ya de por sí, se subsumiría dentro del supuesto que estableció el artículo 96° de su Código sustantivo.

Los dos acuerdos plenarios mantienen la vigencia de la voluntad legislativa sobre la aplicación del artículo 339°.1 del Código procesal penal de manera literal. Siendo así, no se podría realizar ningún tipo de interpretación extensiva a la misma para los procesos penales donde no se haya emitido la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, tal es así, que el sistema procesal penal ha pretendido desformalizar mediante diferentes formas de incoación dependiendo de la causa en concreto o cuando esta no es iniciada por el ente persecutor. Así, tenemos en su artículo 336°.4 donde dispone la posibilidad del Ministerio Público en decidirse por una *acusación directa*, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión obviando toda la etapa de la investigación formal y, con ella, la emisión de la disposición de formalización de la investigación preparatoria; en su artículo 446°, posibilita al Ministerio Público la solicitud de llevar a cabo la causa *vía proceso inmediato*, cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, entre otras causales que, en concordancia con su artículo 447°, puede ser incoado en la etapa preliminar del proceso sin mediar formalización; en su artículo 459°, establece que en los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará *querrela* ante el juzgado penal unipersonal sin intervención del Ministerio Público por

lo que, tampoco existe disposición de formalización de la investigación; y el artículo 483°, contiene la posibilidad de una persona ofendida por una *falta* en denunciar su comisión ante la Policía o dirigirse directamente al Juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular.

Inicialmente pensamos que, ante la literalidad de la norma en suspender la prescripción de la acción penal con la disposición de formalización, el Ministerio Público iba optar por formalizar todos los procesos¹⁹; sin embargo, la situación ha sido peor. La Casación N° 66-2018-CUSCO, ya había mencionado que la acusación directa, al cumplir con las mismas funciones que la formalización de la investigación preparatoria porque ambas tienen la función de comunicar al Juez la decisión fiscal, también debe tener el mismo efecto de suspensión de la prescripción. La Casación N° 902-2019-LA LIBERTAD, acaba de reafirmar que, las causas de suspensión tienen que ser expresamente determinadas por ley, y tanto la acusación directa como el proceso inmediato son actos de imputación fiscal, por lo que también debe aplicarse la suspensión.

Precisamente, las causas de suspensión tienen que ser expresamente determinadas por ley. Si todos los actos procesales del Ministerio Público generan la interrupción conforme al artículo 83°.1 del Código Procesal Penal a excepción de la disposición de formalización, conforme al artículo 339°.1 del CPP, es porque así lo quiso el legislador. No podemos interpretar analógicamente y en perjuicio del imputado (art. VII.3 T.P. CPP), extendiendo la suspensión que ha sido desarrollada como efecto de la formalización a procesos que no tienen dicho acto procesal para que surta el mismo efecto. Este criterio adoptado, trae a colación el forzamiento de una legislación comparada no aplicada a nuestra realidad.

En efecto. Si bien, el legislador copia la suspensión de la prescripción que se encuentra establecida en la norma procesal penal de Chile; sin embargo, no advierte que esta sí tiene concordancia con su Código Penal, pues en ella se sostiene que, la suspensión se genera desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente, es decir, desde que se tiene la identificación contra quién va dirigido el proceso, pudiendo ser, la formalización u otros actos procesales análogos, tal cual lo ha referido últimamente la Corte de Apelaciones de Santiago (ROL N° 1069-2020) el 25/05/2020, lo que no puede aplicarse en nuestro caso, donde nuestro Código Penal ha sostenido que todos los demás actos procesales, interrumpen y no se suspende la prescripción.

19 BURGOS ALFARO, J.D., La suspensión de la prescripción de la acción penal en el Código Procesal Penal de 2004. Justificación, causal y procedimiento, Tomo 38 (Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2012).

Lo que queda claro, es que esta interpretación del Tribunal no debe agotarse solamente en comparar que estos actos fiscales contienen una imputación formal, pues, si el legislador quiso suspender la prescripción de la acción al judicializar la investigación preparatoria, era evidente que buscaba proteger el proceso penal, ante una eventual prolongación de la investigación, circunstancia que no ocurre con una acusación directa o proceso inmediato, máxime, si ambos actos procesales son distintos, pues la formalización es una disposición fiscal, a diferencia de los requerimientos de acusación directa o proceso inmediato, que son actos postulatorios ante el órgano jurisdiccional.

7. Conclusión

Este es un trabajo inacabado; y tampoco queremos dejar de insistir. Esta nueva figura jurídica establecida en la norma procesal penal, novedosa para nuestro país, generó mucha controversia. La suspensión de la prescripción, distinta a la desarrollada en la doctrina y la legislación, marca una nueva circunstancia que ha generado una línea jurisprudencial, acompañada de nueva doctrina. Si bien, inicialmente, negábamos ese instituto procesal, como una nueva causal de suspensión, es de aceptar la voluntad del legislador, pese a su falta de argumento, de constructivo gramatical y ausente concordancia con las demás normas penales.

Por otro lado, dicha ausencia no puede ser llenada, de ninguna manera, por cualquier argumento que parezca calzar, por solo tener el poder de establecer precedentes. Debe existir siempre una mayor responsabilidad frente a estas decisiones que generan un impacto profundo en nuestro sistema de justicia penal.

Del mismo modo, propusimos inicialmente que el Juez tenga que declarar judicialmente el plazo de la suspensión, aunque precisando que esta debe ser promovida a pedido de parte; empero, siempre la suspensión de la prescripción que se declara a través de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria, tiene que estar sujeta a un plazo controlado por el órgano jurisdiccional, sí y solo sí, cuando se demuestre una actitud dilatoria u obstruccionista negativamente comprobada. En todo caso, el plazo máximo de la suspensión de la prescripción, solo podría durar, hasta la emisión de la disposición de conclusión de la investigación preparatoria por ser la etapa procesal con mayor carga de actividad procesal y encontrarse en preparación un requerimiento postulatorio, reflejo de dicha investigación.

Por ello, se genera un contraste dispar, cuando la Suprema pretende forzar la suspensión de la prescripción en procesos sobre los cuales tiene una

investigación resumida. Ello dejaría clara, más bien, que la justificación de mantener una figura jurídica tan controvertida como esta, sea para desaparecer la prescripción, por ser de imposible utilidad o de invocación. Por eso, debemos de persistir para que no ocurra.

V. EJECUCIÓN PENAL

Política criminal de tolerancia cero en España y Perú: restricción de los beneficios penitenciarios por delitos de crimen organizado, terrorismo y delitos conexos*

Diana Gisella Milla Vásquez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La restricción de los beneficios penitenciarios como manifestación de las nuevas políticas criminales de tolerancia cero o de Derecho penal simbólico / 3. La restricción de beneficios penitenciarios como respuesta a las demandas mediáticas de punibilidad: ¿El cuarto poder también legisla? / 4. La restricción de los beneficios penitenciarios en los ordenamientos español y peruano / 5. Conclusiones / 6. Bibliografía.

1. Introducción

Los procesos de globalización e integración traen consigo un escaparate de ofertas muy beneficiosas para la sociedad, tales como la libre circulación de personas y capitales, la desregulación de los mercados, las nuevas tecnologías, etc., -un ejemplo cercano de ello es la Unión Europea¹ -; no obstante, paradójicamente, estos componentes atractivos del nuevo orden en el que nos desarrollamos, propician un excelente caldo de cultivo para el crimen organizado².

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Doctora y Máster Oficial en Derecho por la Universidad de Alcalá (España). Profesora en el Máster en Ciencias Penales en la Universidad San Martín de Porres y en el Programa de Segunda Especialidad Prevención y Control de la Corrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas», en Revista electrónica Anuario de Derecho Penal, pp. 1 y ss, recuperado de <https://www.unifi.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf, (consultado el 02 de abril de 2015).

2 Desde una visión histórica, se vislumbra que el interés para formar grupos o asociaciones colectivas con carácter delictivo data del siglo VI d.C. Como ejemplo de ello tenemos los fenómenos asociativos de la Roma republicana y de la protohistoria germánica; los planes de concentración de poder político y económico de los reyes francos irrumpiendo los bienes de los nativos con el fin de costear sus campañas bélicas en los siglos VIII y IX; las estructuras organizativas de Las Cruzadas y los «caballeros saltea-

En efecto, este abanico de aspectos positivos ha posibilitado que el crimen organizado traspase fronteras, cuya expansión en sus diferentes manifestaciones³ ha generado y sigue produciendo cierta sensación de inseguridad en el colectivo social. Por ello, la comunidad internacional, preocupada por un problema mundial, demostró interés y voluntad política para abordarlo con una reacción a escala global⁴.

Por ello, los legisladores, políticos y especialistas de occidente, preocupados por la sensación de amenaza vertida sobre la seguridad ciudadana, introdujeron entonces políticas normativas de tolerancia cero. Estas directrices de *ley y orden*, a todas luces más severas, se vieron reflejadas en la construcción de un nuevo modelo dogmático, que desde el ordenamiento alemán es ya bien conocido como *derecho penal del enemigo*⁵, o Derecho penal de tercera velocidad y se manifiesta a través del incremento de los marcos abstractos de las sanciones penales para tales conductas delictivas, así como en la restricción del acceso a los beneficios penitenciarios.

En consecuencia, el problema radica en su difícil compatibilidad con los principios básicos del Derecho penal en un Estado de derecho⁶. Así, la aplicación de estas políticas irreflexivas vulneran: el objetivo medular del

dores», quienes explotaban a sus campesinos a través del «derecho de paso y portazgo»; la existencia de bandas del crimen en el siglo XVII dedicadas a la falsificación y puesta en circulación de monedas en Europa; el bandolerismo en España del siglo XVIII. Estos son algunos ejemplos de fenómenos asociativos cuyos «vestigios organizativos se pierden en la historia». Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja. Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada, en: La criminalidad organizada ante la justicia, Gutiérrez-Alviz, F. (dir.), Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 53. Empero, las investigaciones criminológicas coinciden en señalar al crimen organizado como un fenómeno característico de nuestra época. *Ibidem*, p. 55, la que precisamente ha servido para sacar ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Vid. Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: Resolución 55/25 de la Asamblea General, Palermo (Italia), 15 de noviembre de 2000, p. III.

3 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional enumera una serie de delitos relacionados al crimen organizado, tales como los de terrorismo, tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de dinero, corrupción, tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, contra el patrimonio cultural (arts. 2º, 5º, 6º, 8º y 23º de la Convención de Palermo). Asimismo, en latitudes andinas por ejemplo, la minería ilegal e informal cobra fuerza y se considera vinculada a los delitos de crimen organizado.

4 Vid. Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 15 de noviembre de 2000, p. III.

5 Esta construcción dogmática, ya bien conocida y denominada derecho penal del enemigo engarza los fenómenos de expansión y simbolismo del derecho penal, y ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina alemana por Günter JAKOBS, su principal impulsor y por sus discípulos españoles. Vid., JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, (Madrid: Civitas, 2003), pássim; JAKOBS, G.; POLAINO NAVARRETE, M.; POLAINO-ORTS, M., en *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, (México D.F.: Flores Editor y Distribuidor, 2008), pássim; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, (Barcelona: Bosch, 2009), pp. 33 y ss.

6 MUÑOZ CONDE, F., «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», en *Diario El País*, de 15 de enero de 2003, recuperado de <http://elpais.com/diario/2003/01/15/espana/1042585218_850215.html> (consultado el 13 de febrero de 2015).

derecho penitenciario o de ejecución penal, las libertades públicas y el derecho fundamental a la igualdad recogido en las cartas fundamentales de España (art. 14) y Perú (art. 2 numeral 2).

En los siguientes párrafos se llevará a cabo una referencia a la restricción de los beneficios penitenciarios como manifestación de la nueva política criminal de tolerancia cero o de Derecho penal simbólico y a la sensación de inseguridad que tal incremento ha desplegado en los ciudadanos; así como al papel de los medios de comunicación a la hora de percibir y difundir tales consecuencias; y, principalmente, a la expansión de la opción legislativa de restringir los beneficios penitenciarios respecto de los delitos vinculados al crimen organizado en los ordenamientos español y peruano, habida cuenta de la comisión sistemática y reiterada de delitos particularmente graves por razón a los bienes jurídicos vulnerados; por tanto, no solo se abordarán los impedimentos y limitaciones legales de los beneficios penitenciarios respecto del crimen organizado, sino también respecto de otros delitos que mantienen un nexo o vinculación como el terrorismo, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, entre otros.

Ahora bien, antes de desarrollar tal objeto de estudio, y ante la disparidad de concepciones desde el ámbito internacional respecto de tales instituciones jurídicas, es menester señalar qué entendemos por beneficios penitenciarios. Estos instrumentos normativos, en la historia penitenciaria y en la actualidad, adoptando la visión normativa del enfoque español, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir o disminuir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión. Desde tal concepto normativo, extendiendo sus posibles manifestaciones, no solo aceptamos la visión restrictiva que comprende en la actualidad como tales el adelantamiento de la libertad condicional o el indulto particular, recogidos en el segundo párrafo del artículo 202º del capítulo III del Reglamento penitenciario español (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), sino también hemos creído conveniente integrar otras figuras penitenciarias (v. gr. permisos de salida, semilibertad, libertad condicional, etc.) desde un concepto amplio de tales beneficios, como así se vislumbra en el ordenamiento peruano en cuanto que suponen acortamiento de la pena privativa de la libertad o reducción del tiempo efectivo de internamiento. En cualquier caso, estos instrumentos del régimen penitenciario, en todo tipo de regímenes políticos que los han incluido en sus ordenamientos, en la actualidad, se nutren del fundamento constitucional reinsertador, de aquel fin primordial al que la Constitución y la ley penal dirigen las instituciones penitenciarias. Por eso, en un Estado social y democrático de derecho, tales expectativas del interno, debieran encontrar

su acogida legal, no solo en normas de carácter administrativo que emita el gobierno de turno (Reales Decretos como lo son los Reglamentos), sino que exigen el amparo orgánico legal para otorgar la seguridad jurídica y la base parlamentaria suficiente que toleren tales mecanismos reductores de las condenas. Ello porque tales mecanismos motivacionales efectivamente supondrán una reducción del tiempo en prisión y la exigencia orgánica legal encontrará su fundamento en la anuencia de la mayor parte del arco parlamentario (de la mayoría de la población española que otorga el poder legislativo a sus representantes).

2. La restricción de los beneficios penitenciarios como manifestación de las nuevas políticas criminales de tolerancia cero o de Derecho penal simbólico

Los incrementos en el *quantum* de la pena tanto en la parte general y especial, así como las restricciones en el ámbito de su ejecución, parecen haber servido tan solo para aplacar la alarma social generada en la población, y *otorgar una falsa seguridad o sensación de seguridad*⁷ a sus ciudadanos⁸. Este concepto de seguridad no debería estar enfocado en endurecer las penas por encima de ciertos valores como la paz, la libertad y la justicia, sino que debiera reposar en el aseguramiento de los derechos fundamentales de toda persona, incluidos los de los delinquentes.

Así, afirmamos categóricamente que la seguridad se torna en un concepto miserable y negativo si se encuentra desprovista de estos valores y límites a la vez, antes citados (la paz, la libertad y la justicia)⁹. No se puede imponer un modelo de Derecho penal de la Seguridad Ciudadana irrumpiendo derechos fundamentales a través de la promulgación de normas jurídicas.

7 El Catedrático de la Universidad de Málaga ha realizado un análisis respecto al miedo al delito generado por los medios de comunicación que se traslada a la población, en su obra: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría, (Madrid: Trotta, 2003), pp. 23 y ss. Se recomienda revisar, del mismo autor: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., La política criminal en la encrucijada, (Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2007), p. 69 y ss.; y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., Los beneficios políticos de las penas, en Revista Especializada en Delincuencia: Hoppes, n.º 9, pp. 1 y ss., recuperado de <<http://hoppes9revista.wordpress.com/2012/02/05/los-beneficios-politicos-de-las-penas/>> (consultado el 15 de febrero de 2015).

8 La implantación social de la sensación generalizada de inseguridad constituye uno de los rasgos más característicos de las sociedades postindustriales. Esta sensación de inseguridad ha provocado una sociedad del miedo, «en donde la vivencia subjetiva del riesgo es claramente superior a la propia existencia de ese riesgo. Y a ello contribuye decididamente lo que se denomina las nuevas fábricas del miedo: los medios de comunicación, de los que se afirma que son el instrumento de la indignación y de las cóleras públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización y de nuevo introducir en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión, (Madrid: Edisofer, 2005), p. 55.

9 Vid. REMIRO BROTONS, A., «De la seguridad, el lenguaje y otras calamidades», en Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2012, Madrid: Tecnos, 2014, pp. 27 y ss.

Por ejemplo en Estados Unidos, tras los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001, se emitió la *Ley Patriotic Act* de 26 de octubre de 2001, cuyo texto permite la detención de un extranjero sin presentar cargo alguno en su contra, solo basta la mínima sospecha de vinculación terrorista. Libertades fundamentales como la libertad de tránsito y de circulación se ven afectadas por normas como estas.

Uno de los principales fines de la prevención especial positiva, que impregna numerosas normas constitucionales en lo que a la pena privativa de libertad se refiere, es evitar la desocialización de los penados. Por ello, parece conveniente la disminución del tiempo de cumplimiento de la pena en prisión, variando el modo de ejecución de la pena, por ejemplo, a través de la aplicación, cuando se cumplan los requisitos, de los beneficios penitenciarios. Para acceder a tales instituciones, los internos adaptan su conducta al régimen penitenciario, trabajan o estudian para redimir la pena, lo que les permitirá obtener en el futuro un pronóstico favorable de reinserción social. En definitiva, los beneficios penitenciarios constituyen una herramienta muy útil y necesaria dentro del sistema penal, en tanto suponen un mecanismo motivacional, dirigido al fin reinsertador. De este modo, erradicarlos denotaría un vago conocimiento de cuáles son los elementos esenciales para la consecución de tales metas constitucionales, como para el buen funcionamiento de un centro penitenciario y de un sistema al completo. Una de las primeras consecuencias negativas se desencadenaría en la obtención de centros penitenciarios hacinados, más violentos, peligrosos, originando caos, desorden, inadaptación de la conducta de los penados al régimen, a partir de motines, intentos de secuestros¹⁰, entre otros problemas.

Ahora bien, la eliminación de los beneficios penitenciarios se ha enfocado hacia aquellos delitos que generan conmoción o alarma social y más específicamente en los últimos años respecto a los delitos de criminalidad organizada¹¹ y sus diversas manifestaciones, cuyas consecuencias negati-

10 Los internos del centro penitenciarios más peligroso de Lima, San Pedro (ex Lurigancha), planeaban secuestrar a su director. Vid. «Internos planeaban secuestrar a director de penal de Lurigancha», en diario El Comercio, 09 de mayo de 2012, disponible en: <http://elcomercio.pe/lima/1412203/noticia-internos-planeaban-secuestrar-director-penal-lurigancha> (consultado el 10 de agosto de 2016).

11 En el ordenamiento jurídico español, no contentos con la restricción de beneficios penitenciarios para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, actualmente se está evaluando modificar el Código penal, para introducir una «medida de seguridad» postpena, lo que —a similitud de la antigua cláusula de retención— implicaría mantener en prisión a un condenado por un máximo de 10 años, después de haber cumplido su condena si es que no se encontrara resocializado. Vid. «El Gobierno mantendrá en la cárcel a los agresores sexuales no reinsertados», en diario El País, 14 de mayo de 2012, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/14/actualidad/1336993862_739049.html (consultado el 12 de agosto de 2016). En el mismo sentido, Populismo punitivo, en: diario El País, 16 de mayo de 2012, disponible en: http://elpais.com/elpais/2012/05/15/opinion/1337109089_595607.html

vas sí se manifestarían para este sector delictivo. Por consiguiente, como se ha apuntado, nos hallamos ante un trato desigual que vulnera la norma fundamental, otorgando beneficios para determinados delitos y restringiéndose para otros.

Por otro lado, desde el punto de vista político, con tal limitación se pone de manifiesto el mensaje de desconfianza de los legisladores español y peruano, tanto respecto de sus instituciones penitenciarias, de su sistema administrativo, y más específicamente en relación a sus órganos penitenciarios (equipos de tratamiento), a quienes corresponde evaluar el estado favorable de reinserción social y de evolución del interno; cuanto de sus órganos jurisdiccionales especializados, quienes finalmente conceden los beneficios penitenciarios. El desapego del legislador hacia los órganos penitenciarios radica principalmente, según mi opinión, en las constantes tasas de corrupción percibidas en un gran número de centros penitenciarios en Latinoamérica. Ello obedece principalmente a los bajos salarios que tales empleados perciben mensualmente, así como a la constancia de una falta de preparación y formación adecuadas para llevar a cabo las labores indicadas en un modelo de correcto tratamiento penitenciario. A todo ello habría que añadirse el incremento de una suerte de victimismo de los grupos terroristas y de criminalidad organizada, otorgándoles argumentos más sólidos para su supervivencia¹².

En cualquier caso, se ha comprobado estadísticamente que el incremento de los marcos abstractos de las normas penales, así como la restricción de los beneficios penitenciarios en diversos delitos, no ha resultado en una disminución de los índices de criminalidad en ninguna experiencia jurídica. La respuesta del derecho penal «es necesaria pero no es una varita mágica que transformará la realidad y reducirá la delincuencia»¹³. Para evitar tales funestas consecuencias, debe existir un nexo entre el garantismo social y el garantismo penal: solamente será posible reducir la criminalidad si los derechos mínimos vitales, tales como la alimentación, empleo, educación, etc., se encuentran garantizados a través de políticas sociales. A contrario sensu, si el Estado no ha garantizado tales derechos fundamentales, ni aplica políticas de prevención, una persona excluida de la sociedad civil está más dispuesta a ser incluida en las organizaciones criminales¹⁴. Lamentablemente esta es la cruda realidad en Latinoamérica.

12 JUANATEY DORADO, C., «La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal», en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, año 1, n° 9, octubre, 2004, p. 16.

13 FERRAJOLI, L., «El derecho penal es más eficaz cuando sus penas son menos violentas», en Portal electrónico PUCP, de 9 de mayo de 2013, recuperado de <<http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/garantismo-y-derecho-penal/>> (consultado el 13 de marzo de 2015).

14 FERRAJOLI, L., «El derecho penal es más eficaz cuando sus penas son menos violentas», op. cit.

3. La restricción de beneficios penitenciarios como respuesta a las demandas mediáticas de punibilidad: ¿El cuarto poder también legisla?

Asimismo, no puede desconocerse que tales políticas restrictivas se han visto respaldadas por los medios de comunicación, cuya prensa sensacionalista ha utilizado para crear y sigue creando zozobra en la población, en la medida en que pareciera surgir una amenaza para la seguridad ciudadana o un incremento circunstancial de la alarma social¹⁵. En consecuencia, en la mayoría de los casos, por parte de los poderes públicos se legisla *a golpe de noticiero*, a la búsqueda de ofertar al electorado un escaparate de soluciones de dudosa fertilidad, pero con receptividad social, caracterizadas por la apreciación de principios retributivos, y preventivo-general negativos. Ello, en fin, ha derivado en una política criminal populista¹⁶ –errática e ineficaz– y en la «actual evolución expansiva del ordenamiento penal»¹⁷.

La prensa, cómplice de una irreflexiva y precipitada política criminal, está ganando terreno y avanza a pasos agigantados, como si se tratara de un legislador más. En este contexto cabe preguntarse: *¿Es correcto que la creación de normas jurídicas atienda a demandas mediáticas de punibilidad al albur de circunstancias concretas y populistas?*

Sin duda, la promulgación de normas penales materiales así como aquellas que restringen la concesión de los beneficios penitenciarios para delitos de crimen organizado no debiera responder a tales criterios ni utilizar al derecho penal como una salida oportunista e interesada¹⁸. Por el contrario, el derecho penal, como modo de control social formal, debe ser aplicado como *ultima ratio*¹⁹, es decir, cuando otros medios de control previos –incluso administrativos– no han dado una solución satisfactoria al problema²⁰. Este argumento, a modo de ejemplo, ha sido recogido por la Sala Penal

15 Sobre los conceptos difusos de seguridad ciudadana y alarma social desde diferentes ámbitos, revisar: AA.VV., Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea, Serrano Gómez (dir.), (Madrid: Edisofer, 2007), pp. 23 y ss.

16 Populismo punitivo puro y duro –carente de todo fundamento criminológico y pragmático penitenciario–, que se traduce en el uso del derecho penal, por parte del Ejecutivo, para endurecer las penas y recortar beneficios penitenciarios, obteniendo así, ganancias electorales. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión, op. cit., p. 53.

17 Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en AA.VV. García Valdés et alii (coords.), Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t. I, Madrid, Edisofer, 2008, p. 1884.

18 SANZ DELGADO, E., «Incorporar mayores penas no siempre es suficiente», en Diario El Pueblo, Arequipa, de 18 de marzo de 2012.

19 Una adecuada aplicación de este concepto, tan proliferado en el derecho penal, disminuiría la sensación pública de ineficacia de las normas penales. Vid. MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, año 1, n.º 1, enero, 2004, p. 15.

20 MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 9ª ed., Gómez Martín editor, (Barcelona: Repper-

Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Recurso de Nulidad n.º 3437-2009-Callao, de fecha 19 de abril de 2010, (fundamento jurídico 6), en estos términos:

La pena no puede actuar según las demandas sociales o mediáticas de punibilidad, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de derecho la reacción estatal contra el delito —y en especial la determinación judicial de la pena— se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente. Estos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto [...] la pena a imponerse no solo debe responder a las circunstancias de la comisión del injusto, la naturaleza y alcances de este, y a las condiciones personales del encausado, sino también a las preocupaciones de la política criminal contemporánea tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad; por ende, no basta con recorrer el marco penal abstracto del tipo legal en toda su extensión, sino que se debe examinar los aspectos concretos del hecho realizado por el encausado, y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así como la culpabilidad del agente [...].

En efecto, la reacción del Estado —a través del ordenamiento penal— frente a la aparición de determinados delitos, debiera estar cimentada, principalmente, en una política criminal basada en razones científicas o al menos en estadísticas fiables. En ningún caso, en atención a las demandas que genera el *cuarto poder* —la prensa, en todos sus niveles—. En reiteradas oportunidades²¹, desconocedora del contenido y fin de las instituciones penales y penitenciarias, instrumentalizada políticamente y actuando como una de las *fábricas del miedo* en el contexto de la expansión irrazonable del derecho penal, ha valorado negativamente el papel importante que juegan los beneficios penitenciarios dentro del sistema penal²². Provocando cierta zozobra y alarma social en la población²³, ha señalado que los beneficios penitenciarios deberían desaparecer —lo que constituye un contrasentido, dependiendo el ángulo desde el que se le mire: lógico para la prensa y la

tor, 2011), pp. 117 y 118.

21 La información que ofrece los medios de comunicación se torna como el «distorsionado espejo» al transmitir un mensaje errado de acontecimientos excepcionales como tendencias ya que informan sistemática y exclusivamente de ellos. Por ejemplo, en España, actos de terrorismo, nada comunes en esta sociedad, invaden con rapidez las noticias de la televisión y se difunden por la red.

22 Con la concesión de los beneficios penitenciarios las condiciones de la ejecución de la pena —el régimen— cambian, en ningún caso, supone el incumplimiento de la pena privativa de la libertad. Es decir, no reducen el quantum de la pena a cumplir, solo varía la ejecución de la pena. Vid. JUANATEY DORADO, C., «La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal», op. cit., p. 11.

23 Vid. AA.VV., Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea, op. cit., pp. 32 y ss.

población e ilógico para los concededores del derecho—. Cuando surge una noticia que insufla cierta «alarma social», los titulares de la prensa suelen enviar un mensaje cuyo contenido desemboca en una respuesta inmediata y mediática, visceral, en una «sentida necesidad de incremento y endurecimiento progresivo de la represión social»²⁴. A tal efecto, se maquillan los mecanismos de prevención especial como si se tratara de una gracia presidencial: indulto o de una amnistía. La noticia suele ser de este tenor: *Condenaron a «Juan Pérez» a 20 años de pena privativa de la libertad por delito de homicidio calificado. Si se le concede algún beneficio penitenciario, obtendrá su libertad a los 10 años, y si a ello se le suma el beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación, obtendrá la libertad a los 6 años.* Este cálculo matemático suele calar en la reacción emotiva de la ciudadanía, trasladándose sorprendentemente al legislador²⁵, quien para calmar tal sentimiento vindicativo y aprovechando «el tirón mediático», para sus fines electoralistas, produce y promulga normas jurídico-penales ad hoc, apresuradamente, vulnerando determinados límites propios del sistema penal (seguridad jurídica, legalidad, certeza y generalidad), sin los cuales éste pierde toda eficacia y credibilidad.

Desde luego, la producción vertiginosa o tal suerte de furor legislativo de normas penales²⁶, consecuencia del modelo «mediático y coyuntural», debiera ralentizarse y adecuar su cauce a un proceso de elaboración consciente²⁷, que brinde credibilidad, aplicabilidad y eficacia del sistema. El

24 TÉLLEZ AGUILERA, A., «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *Diario La Ley*, n° 5837, 14 de agosto de 2003, pp. 1 y ss, recuperado de <http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/cumplimiento_integro_nota_rgencia.pdf> (consultado el 07 de febrero de 2015).

25 Los medios de comunicación con la pretensión de obtener un reconocimiento y una delimitación socialmente compartidos del problema, toman la iniciativa en la fase prelegislativa mostrando una visibilidad social del desajuste social y los problemas que se derivan de este, transformándolo en un problema social. En consecuencia, plantean la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, op. cit., pp. 27 y 28.

26 En algunos ordenamientos jurídicos, la producción de las normas penales sustantivas ha servido como medio paliativo ante la reacción emotiva de la sociedad. No obstante, la historia penitenciaria ha demostrado lo contrario. En efecto, la evolución de las instituciones penitenciarias -que tratan con la persona y no con el delito-, generalmente, ha dado una respuesta coherente y meditada, acorde con las reformas que exige el contexto determinado. Un diáfano ejemplo se vislumbra a partir de la evolución de los sistemas penitenciarios: el sistema filadélfico a favor del auburniano, éste a favor del progresivo y finalmente, en España, favor del sistema de individualización científica. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LIV, 2001 (2003), pp. 28 y 29. Sin embargo, es preciso anotar que en los últimos años, la producción de normas sustantivas que obedecen a tesisuras, se ha trasladado, en muchos ordenamientos, a la norma penitenciaria.

27 Sobre el proceso de elaboración de las leyes penales así como la racionalidad legislativa, vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, (Madrid: Civitas, 1997), pp. 27 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, op. cit., pp. 17 y ss.

legislador penal debiera actuar con calma, prudencia y serenidad, diseñando y poniendo en práctica una correcta política criminal que otorgue seguridad y credibilidad en el sistema penal. Ello implicaría realizar un análisis prospectivo acerca de la comprensibilidad del texto modificado, su aplicabilidad práctica, así como de los posibles efectos que pueda generar la nueva norma jurídico-penal. De esta manera, no se afectaría a la calidad de las normas penales y, por ende, a la credibilidad y fiabilidad de los sistemas penales iberoamericanos.

Empero, tales argumentos no cercenan el rol importante que cumplen los medios de comunicación cuando denuncian problemas de interés social como el que nos ocupa. El crimen organizado ha terminado con la vida de muchos periodistas en Latinoamérica, lo que ha llevado a tales profesionales a desarrollar un periodismo *on line*²⁸, en algunos casos de forma anónima, con el fin de denunciar conductas atroces, para que sus autores no queden impunes. Ejemplos de ello, son los blog denominados *El blog del narco*²⁹ y *Animal Político*³⁰ de México; *Verdad abierta*³¹ y *la silla vacía*³² de Colombia, *Plaza Pública*³³ de Guatemala, *IDL Reporteros*³⁴ de Perú; *CiperChile*³⁵ de Chile; *Chequeado*³⁶ de Argentina; *Apublica*³⁷ de Brasil o la página dedicada específicamente al crimen organizado: *Insight Crime*³⁸. Por otro lado, cabe igualmente citarse la creación de páginas en Facebook, bajo el nombre de *Valor por Tamaulipas*, para denunciar anónimamente los hechos que ocurrían en esta ciudad mexicana. No obstante, los gestores del crimen organizado se enteraron de la identidad del administrador de esta página y, bajo fuertes amenazas, entre las que corre riesgo su vida, decidió cerrar su cuenta, previo comunicado: Una vez más el «crimen organizado ganó la batalla»³⁹.

28 Este periodismo documenta la historia del narcotráfico en una zona donde ejercer esta profesión resulta en ocasiones peligroso. Cfr. «El boom de la prensa digital latinoamericana», en *El País*, 01 de marzo de 2013, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/01/actualidad/1362165444_533165.html (consultado el 24 de febrero de 2016).

29 Vid, <http://www.blogdelnarco.com/>. En esta página, la autora anónima, bajo el nombre de Lucy, explica que el nacimiento del Blog del narco surge en una coyuntura de inestabilidad generada por la guerra contra el narco en México. Asimismo, asevera que la finalidad de esta plataforma virtual es denunciar lo que las autoridades y los medios de comunicación tradicionales no sacaban a la luz, pues, bajo sus términos: «querían hacer creer que aquí no estaba pasando nada cuando realmente pasaba todo».

30 <http://www.animalpolitico.com/#axzz2VKr12q8p>.

31 <http://www.verdadabierta.com/>.

32 <http://www.lasillavacia.com/>.

33 <http://www.plazapublica.com.gt/>.

34 <http://idl-reporteros.pe/>.

35 <http://ciperchile.cl/>.

36 <http://www.chequeado.com/>.

37 <http://www.apublica.org/>.

38 <http://www.insightcrime.org/>.

39 El comunicado de cierre del administrador de la cuenta se aprecia en: « El crimen organizado

4. La restricción de los beneficios penitenciarios en los ordenamientos español y peruano

Ahora bien, la respuesta que se ha materializado en la legislación penal y penitenciaria a partir de tal modo de expansión, es moneda común en diversos ordenamientos como desde hace años ocurre en España, donde se dictaba la Ley Orgánica 7/2003⁴⁰, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 01 de julio de 2003, con la finalidad de «lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad»—tal como se expone en su exposición de motivos⁴¹—. Para lograr este objetivo el legislador español modificó algunas instituciones básicas de carácter penitenciario, tales como la clasificación inicial y progresión al tercer grado de tratamiento (y con ello la posibilidad de acceso al régimen abierto o semilibertad), los beneficios penitenciarios y, también, la libertad condicional. Asimismo, no solo se incrementaban desde la norma penal la duración de las penas para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, sino que también se restringía el acceso a los beneficios penitenciarios para los penados por estos delitos. Así, específicamente, se restringió la concesión del adelantamiento de la libertad condicional para los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Código penal español y los cometidos en el seno de las organizaciones criminales.

ganó la batalla: “Valor por Tamaulipas”», en Animal político, 08 de abril de 2013, recuperado de <http://www.animalpolitico.com/2013/04/el-crimen-organizado-gano-la-batalla-valor-por-tamaulipas/#axzz2PrYVcpbl> (consultado el 08 de marzo de 2016).

40 Al respecto de la Ley Orgánica 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus consecuencias normativas. Vid., entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A., «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», op. cit., p. 54; SANZ DELGADO, E., La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, n.º extraordinario 2 (2004), pp. 196; RÍOS MARTÍN, J. C., «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: El incremento de la violencia punitiva», en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, n.º extraordinario 2, 2004, pp. 101 y ss.; JUANATEY DORADO, C., «La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal», op. cit., pp. 5 a 30; LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias», en Indret. Revista para el análisis del Derecho, n.º 1, 2007, pp. 6 y ss.; MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, año 1, n.º 1, enero, 2004, pp. 7-17.

41 Entre otras razones, que se recogen en la exposición de motivos, hemos creído conveniente destacar las siguientes, por considerarla más controvertidas: «Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar». Frente a este argumento, el magistrado TÉLLEZ AGUILERA ha señalado una tan mala interpretación de los postulados que hiciera Cesare Beccaria respecto a las penas. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», op. cit., pp. 2 y ss.

Con tal restricción, el legislador español pretende evitar que los beneficios penitenciarios «se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes». A partir de esta premisa, extraída de la exposición de motivos de la citada ley, se vislumbra la importancia que retoma la orientación preventivo-general en el derecho penal español⁴², y por medio del cual se resquebraja el sistema penitenciario de individualización científica, pues, con la negación del acceso a los beneficios penitenciarios para estos delitos, se niega a priori la posibilidad de su resocialización. Siguiendo este norte, contra todo pronóstico el 26 de marzo de 2015 en España, se aprobó definitivamente La Ley de Seguridad Ciudadana, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, proyecto propuesto por el Partido Popular que contiene el instituto de la prisión permanente revisable, equiparable a la “cadena perpetua” tal como algunos expertos señalan⁴³ y supone que se revise el cumplimiento a los 25 o 35 años para delitos graves, pero que sea posible el internamiento de por vida. El modelo de Derecho penal de la Seguridad Ciudadana viene a configurarse en la exposición de motivos de la citada Ley, con estos términos:

“La seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica. En este sentido, la seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho. Las demandas sociales de seguridad ciudadana van dirigidas esencialmente al Estado, pues es apreciable una conciencia social de que sólo éste puede asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos (...)”.

Sin más y sin vergüenza, su poder represivo y custodial convoca el soporte de los poderes públicos, como sigue:

“Para garantizar la seguridad ciudadana, que es una de las prioridades de la acción de los poderes públicos, el modelo de Estado de Derecho instaurado por la Constitución dispone de tres mecanismos: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un

42 Sobre el retorno a las viejas prácticas retributivas, vid. el interesante artículo de CÁMARA ARROYO, S., «La nueva reforma penal en España. Peligrosidad, medidas de seguridad post-penitenciarias y blindaje del régimen político», *Revista Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, año 1, vol. 1, enero-febrero-marzo de 2015, p. 315.

43 Contra la figura de la prisión permanente revisable y las modificaciones realizadas al Código penal español, se han manifestado 60 Catedráticos de Derecho penal de 33 Universidades públicas, vid. <http://www.europapress.es/nacional/noticia-catedraticos-penal-33-universidades-dicen-reforma-penal-reaccionaria-pisotea-dignidad-humana-20150121125410.html>, (consultado el 25 de enero de 2015).

Poder Judicial que asegure su aplicación, y unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones”.

Por su parte en el Perú, se ha vivido y se sigue viviendo una suerte de obsesión en la restricción desenfrenada al acceso a los beneficios penitenciarios⁴⁴, respecto a los delitos materia de estudio, bajo argumentos de «lucha contra el crimen organizado» y de «preeminencia de la seguridad ciudadana». Los años de las décadas de los 80 y 90 tuvieron como contexto la presencia, desarrollo y actividad de grupos terroristas como Sendero Luminoso. Para hacer frente a este grupo terrorista y a su principal cabecilla, el Estado desplegó una serie de acciones, lo que a la postre provocó un conflicto armado interno y una violación sistemática de los derechos humanos. Tras la eliminación o relevante disminución del terrorismo una de las medidas adoptadas fue la restricción progresiva de los *beneficios penitenciarios* para estos cruentos delitos. Así, con la promulgación del Código de ejecución penal de 1991, se restringió el acceso al beneficio penitenciario de *redención de penas por el trabajo y la educación* para los condenados por delito de terrorismo. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo 927, de fecha 20 de febrero de 2003, se limitó la concesión de los beneficios penitenciarios para el delito de terrorismo. Se estableció el denominado «7x1» (el penado puede redimir un día de pena por cada siete días de trabajo o de estudio), eliminándose la *semilibertad*⁴⁵ y la *libertad condicional*. Empero, el culmen de esta vulneración se presenta a través de la Ley 29423, de fecha 14 de octubre de 2009, que derogaba el Decreto Legislativo 927 y suprimió los beneficios penitenciarios de redención de penas y libertad condicional para los delitos de terrorismo. No obstante, se debe tener en cuenta que dicha restricción no alcanza a todos los beneficios penitenciarios sino solamente a la redención de penas por el trabajo y el estudio y a la libertad condicional, quedando a discreción del director del establecimiento penitenciario la concesión del *permiso de salida* y la *visita íntima*. Y, en el siguiente artículo, se establece que los internos por delitos de secuestro y/o extorsión redimen pena por el trabajo o la educa-

44 El Código de ejecución penal (Decreto Legislativo 654, publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 2 de agosto de 1991) recoge taxativamente el catálogo de estas medidas atenuatorias de la pena privativa de la libertad, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica Beneficios Penitenciarios. El artículo 42º, señala los siguientes beneficios: a) Permiso de salida; b) redención de la pena por el trabajo y la educación; c) semilibertad; d) libertad condicional; e) visita íntima; f) otros beneficios.

45 La semilibertad, según la doctrina peruana, es un mecanismo de pre-libertad, concedido por el órgano jurisdiccional competente, teniendo en cuenta la buena conducta observada por el interno sentenciado durante su permanencia en el establecimiento penal, en razón de la favorable evolución lograda dentro del tratamiento adoptado para su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad, donde su concesión está condicionado a reglas de conducta, cuyo incumplimiento trae como consecuencia la revocatoria. Vid. SOLÍS ESPINOZA, A., Ciencia penitenciaria y derecho de ejecución penal, 5ª ed., (Lima: Editores ByB, 1999), pp. 298 y ss.; SMALL ARANA, G., Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios, (Lima: Grijley, 2006), pp. 122 y ss.

ción a razón de un día de pena por cada siete días de trabajo (7x1), bajo la dirección y control de la administración penitenciaria.

Asimismo, mediante Ley n.º 29604, de 22 de octubre de 2010, se establece que los internos primarios que hayan cometido los delitos contenidos en los artículos 108 (homicidio calificado), 121 A (formas agravadas el menor como víctima (derogado), 121 B (formas agravadas. Lesiones graves por violencia familiar - derogado), 189 (robo agravado), 200 (extorsión), 325 (atentado contra la integridad nacional), 326 (participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (formas agravadas), 329 (inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (revelación de secretos nacionales), 331 (espionaje), 332 (favorecimiento bélico a Estado extranjero –favorecimiento agravado), 346 (rebelión), la redención de la pena mediante el trabajo o la educación, se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio (5x1).

Esta misma norma establece que los reincidentes y habituales en el delito, redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio (6x1).

Cabe resaltar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29604, señala que las modificaciones efectuadas a los beneficios penitenciarios son de aplicación exclusiva a los condenados por delitos que se comentan a partir de su vigencia. Del tenor de este contenido se desprende que los delitos que se cometieron con anterioridad a su vigencia mantienen el mecanismo de redención previamente establecido. Por ejemplo, si a Juan Pérez se le condenó por el delito de robo agravado en mayo de 2007 y solicita este beneficio en enero de 2011, mantiene el cómputo de su redención del 2x1.

Asimismo, a través del Acuerdo Plenario n.º 8-2011/CJ-116, del 06 de diciembre de 2011, se estableció como doctrina legal el criterio por el cual se justifica la restricción de los beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Si bien el principio que rige el sistema de penas en el Perú es el de prevención especial positiva, no debemos desconocer, *en cuanto tienen de válido y positivo*, el papel complementario de las finalidades de advertencia e intimidación sobre la colectividad, que recogen las tesis preventivo-generales –tal como resalta el acuerdo señalado–, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites compatibles con el principio de *proporcionalidad*⁴⁶.

46 El principio de proporcionalidad ha sido recogido por el fundamento jurídico 6 de este acuerdo plenario, como de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende una ejecución no desocializadora de las

Con el ánimo de seguir la hoja de ruta «lucha contra el crimen organizado» emprendida por cada gobierno de turno, se continúa emitiendo leyes. Así, según el Decreto Legislativo 1106, de *Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado*, publicado en el diario oficial El Peruano, el 16 de abril de 2012, no se otorgarán los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y estudio, semilibertad y libertad condicional* a quienes incurran en la agravante contemplada en el segundo párrafo del artículo 4º, cuyo contenido es como sigue: [...] la pena será privativa de la libertad no menor de 25 años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas» (artículo 11º del D. Leg. citado).

La “*legislación motorizada*”⁴⁷ puede ser vislumbrada a través de las siguientes leyes. Así, el 30 de junio de 2013 se emitió la Ley 30054 (Ley para Prevenir y Sancionar los Delitos contra los Miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, Miembros del Tribunal Constitucional o Autoridades Elegidas por Mandato Popular), que modifica el artículo 47º del Código de ejecución penal prohíbe el beneficio de la *redención de la pena y restringe la semilibertad* a las 2/3 partes de la condena y *libertad condicional* a las 3/4 partes de la condena para los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108º (homicidio calificado), 108º-A (homicidio calificado por la condición especial de agente), 296º (promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas), 297º (formas agravadas), 301º (coacción al consumo de droga), 302º (inducción o instigación al consumo de droga) y 319º al 323º (genocidio, desaparición forzada, tortura, cooperación de profesional y discriminación de personas) del Código penal.

En menos de un mes después, el 18 de julio de 2013, se emite la Ley 30068, «con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio». Para este propósito, el legislador peruano modifica el artículo 46º del Código de ejecución penal, señalando que los internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107º (parricidio), 108º (homicidio calificado), 108º-B (feminicidio), 121º-A (formas agravadas de las lesiones graves cuando la víctima es menor de edad), 121º-b (formas agravadas de lesiones graves por violencia familiar), 189º (robo agravado), 200º (extorsión), 325º (atentado contra la integridad nacional), 326º (participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327º (destrucción o alteración de

mismas, esto es lo que se ha denominado «concepto constructivo de ejecución de sentencias penales».

47 Aun refiriéndose a la reforma del Código penal español del año 2003 que, sobre similares parámetros político-criminales, tuvo lugar en dicho país. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia, op. cit., p. 1.

hitos fronterizos), 328° (formas agravadas del artículo 327°), 329° (inteligencia desleal con estado extranjero), 330° (revelación de secretos nacionales), 331° (espionaje), 332° (favorecimiento bélico a estado extranjero) y 346° (rebelión) del Código penal, redimen a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio (5x1). Respecto de los reincidentes y habituales, en general, esta ley estableció que ellos redimen a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o de estudio (6x1); pero, si cometieron alguno de los delitos establecidos en los artículos 107°, 108°, 108°-B, 121°-A, 121°-B, 152° (secuestro), 153° (trata de personas), 186° (hurto agravado), 189° (robo agravado), 200°, 325°, 326°, 327°, 328°, 329°, 330°, 331°, 332° y 346°; redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio (7x1).

La Ley n°. 30076 (Ley para combatir la inseguridad ciudadana), de 19 de agosto de 2013, respecto del beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo y la educación se señaló lo siguiente: “en los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 B (Feminicidio), 121 (Lesiones graves), 121-A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121-B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153-A (Formas agravadas de la trata de personas), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Receptación agravada), 200 (Extorsión), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebató de armas de fuego), 317 (Asociación Ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 333 (Provocación pública a la desobediencia militar) del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso (5x1). Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudios efectivos según el caso (6x1). De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107 (Parricidio), 108 B (Feminicidio), 121 (Lesiones graves), 121-A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121-B (Formas agravadas. Lesiones graves

por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153-A (Formas agravadas de la trata de personas), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Receptación agravada), 200 (Extorsión), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 317 (Asociación Ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudio efectivos, en su caso”(7x1).

Cabe resaltar, que de la lectura del segundo y tercer párrafo de los artículos 48 y 53 modificados por la Ley n°. 30076 citada, se puede advertir una redacción farragosa, por cuanto, por un lado, el segundo párrafo de los artículos acotados, establecen que podrá concederse la semilibertad y liberación condicional tras haberse cumplido las dos terceras y tres cuartas partes de la pena, respectivamente, en los casos del artículo 46, primer párrafo (artículos 107 (Parricidio), 108 B (Feminicidio), 121 (Lesiones graves), 121 A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121 B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Receptación agravada), 200 (Extorsión), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 317 (Asociación Ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del Código Penal); **y por otro lado**, el tercer párrafo de los citados artículos señalan que los beneficios de la semilibertad y liberación condicional son inaplicables a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por la condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 (Lesiones graves), 121-A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un

menor), 121 B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 173 (Violación sexual de menor de edad), 173 A (Violación sexual de menor de edad seguida de muerte), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Receptación agravada), 200 (Extorsión), 279 A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279 B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 296 (Tráfico Ilícito de Drogas), 297 (Formas agravadas TID), 317 (Asociación Ilícita), 317 A (Marcaje o Reglaje), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (Tortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) 323 (Discriminación e incitación a la discriminación), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del Código Penal. El legislador penitenciario no advirtió que con el término **“y a los agentes”** que se anexa a los reincidentes y habituales, del tercer párrafo señalado, generaría duda sobre la restricción del beneficio penitenciario de semilibertad y liberación condicional a los agentes de los delitos contenidos en los artículos 107 (Parricidio), 108 B (Feminicidio), 121 (Lesiones graves), 121 A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121 B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Receptación agravada), 200 (Extorsión), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 317 (Asociación Ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del Código Penal, toda vez que el segundo párrafo sí permite su concesión. No parece que el legislador lo haya hecho intencionalmente. En todo caso, apelando a la máxima “la duda favorece al reo” se debe conceder los beneficios de semilibertad y liberación condicional a las personas que hubiese perpetrado dichos delitos.

La Ley n°. 30077, de 20 de agosto de 2013 (Ley contra el crimen organizado) prohíbe la redención de la pena por el trabajo y la educación a

“las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22⁴⁸” de la citada ley y a “los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108 (Homicidio calificado), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 189 (Robo agravado) y 200 (Extorsión) del Código Penal”.

Asimismo, restringe la semilibertad a las 2/3 partes de la condena y liberación condicional a las 3/4 partes de la condena en su art. 24, a “las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22⁴⁹” de la Ley n.º. 30077, y a “los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108 (Homicidio calificado), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 189 (Robo agravado) y 200 (Extorsión) del Código Penal”.

Por su parte, el 06 de noviembre de 2014 se emite la Ley 30262 (Ley que modifica el Código de ejecución penal, la ley contra el crimen organizado y la ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes). Su artículo 1 dispone que en los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108-B (Feminicidio), 121-A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121-B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia familiar), 152 (Secuestro), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Formas agravadas de receptación), 200 (Extorsión), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebato de armas de fuego), 317 (Asociación Ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332

48 El precepto legal en mención señala lo siguiente: “El Juez aumenta 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 y, 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”.

49 El precepto legal en mención señala lo siguiente: “El Juez aumenta 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 y, 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”.

(Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del CP, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos (5x1).

Asimismo, la citada norma penitenciaria señala que los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio efectivo, según sea el caso (6x1). Y, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107 (Parricidio), 121 (Lesiones graves), 121-A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es un menor), 121-B (Formas agravadas. Lesiones graves por violencia familiar), 152 (Secuestro), 186 (Hurto agravado), 189 (Robo agravado), 195 (Formas agravadas de receptación), 200 (Extorsión), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos), 279-A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 279-B (Sustracción o arrebató de armas de fuego), 317 (Asociación ilícita), 317-A (Marcaje o Reglaje), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado) y 346 (Rebelión) del CP, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudios efectivo (7x1).

También se prohíbe la redención de la pena por el trabajo o la educación a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108 (Homicidio calificado), 108-A (Homicidio calificado por la condición oficial del agente), 153 (trata de personas), 153-A (formas agravadas de la trata de personas), 296 (Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas), 297 (Formas agravadas), 301 (Coacción al consumo de droga), 302 (Inducción o instigación al consumo de droga y 319 a 323 CP (Genocidio, Desaparición forzada, Tortura, Cooperación de profesional, Discriminación).

Su artículo 2 prohíbe la concesión de los beneficios penitenciarios de reducción de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a: a) las personas a que se hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la Ley 30077, y 2) los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108 (homicidio calificado), 152 (Secuestro), 153 (trata de personas), 153-A (formas agra-

vadas de la trata de personas), 189 (Robo agravado) y 200 (Extorsión) del Código Penal.

El Decreto Legislativo 1296, de 30 de diciembre de 2016, a través de los artículos 44 y 45, introduce un nuevo indicador para acceder a la redención de pena por el trabajo y el estudio, esto es, se tendrá en cuenta el régimen (cerrado ordinario o especial) en el que se encuentra el aspirante a este tipo de beneficio.

Así, el interno ubicado en la etapa de mínima y mediana seguridad del régimen cerrado ordinario redime la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva o haber aprobado previamente la evaluación periódica de los estudios (2x1).

En caso de encontrarse en la etapa de máxima seguridad del régimen cerrado ordinario, la redención será a razón de un día de pena por cuatro días de labor efectiva o haber aprobado previamente la evaluación periódica de los estudios (4x1).

En caso de encontrarse en la etapa C del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o haber aprobado previamente la evaluación periódica de los estudios (5x1).

En caso de encontrarse en la etapa B del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva o haber aprobado previamente la evaluación periódica de los estudios (6x1).

En caso de encontrarse en la etapa A del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o haber aprobado previamente la evaluación periódica de los estudios (7x1).

Si bien creemos que la idea del legislador era poner de relieve el régimen o el nivel de progresividad en el que se encuentran los internos, de manera que signifique un incentivo a su buen comportamiento y/o conducta desplegada dentro de prisión; sin embargo, la nueva normativa ha traído una mayor confusión al operador jurídico, por cuanto existen leyes especiales que establecen la aplicación de un determinado mecanismo (2x1, 4x1, 5x1, 6x1 y 7x1), como acabamos de ver ut supra.

A modo de ejemplo, si a un interno se le condenó por el delito de robo agravado en noviembre del año 2012 (según la Ley 29604 del año 2010 le corresponde la modalidad del 5x1) y en el año 2018 se encuentra en la etapa B del régimen cerrado especial (según el último DL le correspondería el 6x1). Como se puede vislumbrar por ley especial le corresponde el

5x1 hasta la publicación del citado DL, pues según esta norma se aplica el cómputo diferenciado, es decir, hasta antes de la publicación del presente DL, el 5x1, y luego de esa fecha el 6x1; empero, creemos que este tipo de interpretación no es favorable al interno, pues, iría en contra de su proceso de reinserción, porque si se le aplicara lo dispuesto en el DL permanecería más tiempo en prisión pero si se le aplicara el cómputo de la redención según ley especial, saldría antes en libertad.

Asimismo, el DL 1296 establece la improcedencia de este beneficio para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 (Ley contra el crimen organizado).

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por la condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 200 (Extorsión), 279 G (Tenencia Ilegal de Armas), 297 (Formas agravadas del tráfico ilícito de drogas), 317 (Organización criminal), 317 A (Marca o reglaje), 317 B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (ortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) y 323 (Discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal, la redención de pena por el trabajo y la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o estudio, respectivamente (6x1).

Los reincidentes y habituales de cualquier delito, siempre que no se encuentre prohibida la redención, redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, respectivamente (7x1).

Asimismo, respecto de los beneficios de semilibertad y liberación condicional no serán procedentes para los internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 (Ley contra el Crimen Organizado). Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por la condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 A (Formas agravadas. Lesiones graves cuando la víctima es menor de edad, de la tercera edad o persona con discapacidad), 121 B ((Formas agravadas. Lesiones graves por violencia contra la mujer y su entorno familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), (Violación sexual de menor de edad), 173-A (Violación sexual de menor de edad seguida de muerte), 189 (Robo agravado), 200

(Extorsión), 279 A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 297 (Formas agravadas TID), 317 (Organización criminal), 317 A (Marca o reglaje), 317 B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (Tortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) y 323 (Discriminación e incitación a la discriminación), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado), 346 (Rebelión), 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión simple y agravada), primer, segundo y tercer párrafo del 387 (Peculado doloso), 389 (Malversación de fondos), 393 (Cohecho pasivo propio), 393 A (Soborno internacional pasivo), 394 (Cohecho pasivo impropio), 395 (Cohecho pasivo específico), 397 (Cohecho activo genérico), 397 A (Cohecho activo transnacional), 398 (Cohecho activo específico), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo), 400 (Tráfico de Influencias) y 401 (Enriquecimiento Ilícito) del Código Penal.

La Ley 30609, Ley que modifica el Código de Ejecución Penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños y adolescentes, publicada en el diario oficial El Peruano, el 19 de julio de 2017. Esta ley modifica el artículo 50 del CEP, señalando que no es procedente el beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco es procedente para los internos sentenciados en los delitos previstos en los artículos 173 (Violación sexual de menor de edad) y 173 A (Violación sexual de menor de edad seguida de muerte) del Código Penal.

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 B (Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 170 (Violación sexual), 171 (Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir), 172 (Violación de persona en incapacidad de resistencia), 174 (Violación de persona bajo autoridad o vigilancia), 176 A (Actos contra el pudor de menores), 177 (Formas agravadas de los delitos de violación sexual), 200 (Extorsión), 279 G (Fabricación, comercialización, uso o porte de armas), 297 (Formas agravadas

TID), 317 (Organización criminal), 317 A (Marcaje o reglaje), 317 B (Banda criminal) y 319 a 323 del Código penal, la redención de la pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o de estudio, respectivamente (6x1).

Asimismo, modifica el artículo 50 del CEP, señalando que los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional no serán procedentes para aquellos internos que se encuentren sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 B (Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 152, 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 170 (Violación sexual), 171 (Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir), 172 (Violación de persona en incapacidad de resistencia), 174 (Violación de persona bajo autoridad o vigilancia), 176 A (Actos contra el pudor de menores), 177 (Formas agravadas de los delitos de violación sexual), 189 (Robo agravado), 200 (Extorsión), 279 A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 297 (Formas agravadas TID), 317 (Organización criminal), 317 A (Marcaje o reglaje), 317 B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (Tortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) y 323 (Discriminación e incitación a la discriminación), 325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado), 346 (Rebelión), 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión simple y agravada), primer, segundo y tercer párrafo del 387 (Peculado doloso), 389 (Malversación de fondos), 393 (Cohecho pasivo propio), 393 A (Soborno internacional pasivo), 394 (Cohecho pasivo impropio), 395 (Cohecho pasivo específico), 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (Cohecho activo genérico), 397 A (Cohecho activo transnacional), 398 (Cohecho activo específico), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo), 400 (Tráfico de Influencias) y 401 (Enriquecimiento Ilícito) del Código Penal.

La Ley n° 30838 Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, publicada en el diario oficial El Peruano, de 04 de agosto de 2018, modifica el artículo 46 del CEP y señala que no es procedente el beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación

para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco es procedente para los internos sentenciados por los delitos previstos en los artículos 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 153 B (Explotación sexual) y 153 C (Esclavitud y otras formas de explotación) y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 B (Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 200 (Extorsión), 279 G (Fabricación, comercialización, uso o porte de armas), 297 (Formas agravadas TID), 317 (Organización criminal), 317 A (Marcaje o reglaje), 317 B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (Tortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) y 323 (Discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o estudio, respectivamente (6x1).

Los reincidentes y habituales de cualquier delito, siempre que no se encuentre prohibida la redención, redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, respectivamente (7x1).

Asimismo, modifica el artículo 50 del CEP, establece que no son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107 (Parricidio), 108 (Homicidio calificado), 108 A (Homicidio calificado por condición de la víctima), 108 B (Feminicidio), 121 B (Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar), 152 (Secuestro), 153 (Trata de personas), 153 A (Formas agravadas de la trata de personas), 153 B (Explotación sexual), 153 C (Esclavitud y otras formas de explotación), 189 (Robo agravado), 200 (Extorsión), 279 A (Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas), 297 (Formas agravadas TID), 317 (Organización criminal), 317 A (Marcaje o reglaje), 317 B (Banda criminal), 319 (Genocidio), 320 (Desaparición forzada de personas), 321 (Tortura), 322 (Tortura cometida con participación de profesional de la salud) y 323 (Discriminación e incitación a la discriminación),

325 (Atentado contra la integridad nacional), 326 (Participación en grupo armado dirigido por extranjero), 327 (Destrucción o alteración de hitos fronterizos), 328 (Formas agravadas), 329 (Inteligencia desleal con Estado extranjero), 330 (Revelación de secretos nacionales), 331 (Espionaje), 332 (Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado), 346 (Rebelión), 382 (Concusión), 383 (Cobro indebido), 384 (Colusión simple y agravada), primer, segundo y tercer párrafo del 387 (Peculado doloso), 389 (Malversación de fondos), 393 (Cohecho pasivo propio), 393 A (Soborno internacional pasivo), 394 (Cohecho pasivo impropio), 395 (Cohecho pasivo específico), 396 (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 397 (Cohecho activo genérico), 397 A (Cohecho activo transnacional), 398 (Cohecho activo específico), 399 (Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo), 400 (Tráfico de Influencias) y 401 (Enriquecimiento Ilícito), así como los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Los internos sentenciados por la comisión de los supuestos delictivos previstos en los artículos 121 (Lesiones graves), primer párrafo del artículo 189 (Robo agravado), 279 (Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos), 279 B (Sustracción o arrebato de armas de fuego) y 279 G (Tenencia ilegal de armas) siempre que se encuentren en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario y se trate de su primera condena efectiva, previo pago de la pena de multa y del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil, podrán acceder a la liberación condicional cuando hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena.

Ley n° 30963, Ley que modifica el Código Penal respecto a las sanciones del delito de explotación sexual en sus diversas modalidades y delitos conexos, para proteger con especial énfasis a las niñas, niños, adolescentes y mujeres, publicada el 18 de junio de 2019, señala la improcedencia del beneficio de redención de la pena por trabajo o estudio para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado. Tampoco es procedente para los internos sentenciados por los delitos previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Señala que tampoco son procedentes los beneficios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-

G, 153-H, 153-I, 153-J, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafos del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, así como los delitos previstos en los capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

Y, así se continuaron emitiendo una serie de leyes penales indiscriminadamente, sin atender a factores criminológicos como parte de una buena política criminal. Los derechos de los internos «categorizados» se ven conculcados por esta tesitura político-legislativa. El derecho fundamental a la igualdad queda soslayado mientras que prevalecen otros intereses.

5. Conclusiones

En el conflicto seguridad ciudadana vs derechos fundamentales, se está dando mayor relevancia al primero de ellos, toda vez que en las experiencias española y peruanas se están implementando políticas de seguridad ciudadana sin respetar tales derechos. Empero, desde mi punto de vista debiera mantenerse un equilibrio en dicho conflicto sin vulnerar, por supuesto, los derechos fundamentales de los internos. Si bien ante la amenaza de la seguridad ciudadana se exige una reacción oportuna del Estado, este debiera actuar dentro de los límites establecidos.

Desde luego, la seguridad se torna en un concepto miserable si su precio es la violación de derechos humanos fundamentales. Es verdad que el lenguaje se adapta para que la opinión pública digiera los conceptos y acciones odiosas. La contradicción de valores e intereses se advierte en múltiples situaciones e intereses como las señaladas en Estados Unidos (*Ley Patriotic Act* de 2001), en España y en Perú. No obstante, tengo la firme convicción que valores como la seguridad, la paz, la libertad y la justicia son conmensurables, siempre y cuando haya un equilibrio entre ellos, y que en ese contexto social y jurídico se respete los principios básicos, los derechos humanos, los derechos fundamentales y las libertades públicas, propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. La política invocando la *seguridad* que se lleve por delante estos valores y principios debe ser evitable.

Empero, en la praxis la aplicación de políticas urgentes ha sido producto de la falta de control de la situación en la que prevalece una dinámica represiva y custodial. Este hecho lamentable se está apoderando del sistema en lugares varios. Ordenamientos como el español y el peruano no son los únicos. Experiencias como las de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, y Venezuela están restringiendo en sus legislaciones los instrumentos normativos (beneficios penitenciarios) para delitos de crimen organizado, sin advertir que los mismos forman parte

del sistema progresivo (en Latinoamérica) o de individualización científica (en España). En suma, con tal restricción lejos de hacer frente a la lucha contra la criminalidad, se está negando la eficacia de sus instituciones.

En cualquier caso, discrepamos con la restricción de los beneficios penitenciarios para esta clase de delitos como resultado de aplicar políticas de tolerancia cero para los autores pertenecientes al crimen organizado en sus diferentes manifestaciones, no solo porque vulnera el derecho fundamental a la igualdad consagrada en las constituciones iberoamericanas sino porque también se les niega *a priori* la posibilidad de resocializarse. El mensaje que se transmite al interno para esta clase de delitos es claro: *no te concedo los beneficios penitenciarios porque posees una vocación de ruptura con el orden establecido, porque has socavado las instituciones del Estado social y democrático de derecho, porque eres incapaz de reconciliarte con el mismo. En suma, porque eres incapaz de resocializarte.* Cuando el legislador aplica tales políticas y medidas irreflexivas y de emergencia, pareciera desconocer el fin orientador de las penas denominado desde el prisma constitucional como *resocialización* o en, terminología penal, como *prevención especial positiva*.

6. Bibliografía

AA.VV., *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, Serrano Gómez (dir.), (Madrid: Edisofer, 2007).

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, (Madrid: Civitas, 1997).

CÁMARA ARROYO, S., «La nueva reforma penal en España. Peligrosidad, medidas de seguridad post-penitenciarias y blindaje del régimen político», en *Revista Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, año 1, vol. 1, enero-febrero-marzo de 2015, pp. 310 y ss.

CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en AA.VV. García Valdés et alii (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1182 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, (Madrid: Trotta, 2003).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*, (Buenos Aires/Montevideo: BdeF, 2007).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los beneficios políticos de las penas*, en *Revista Especializada en Delincuencia: Hoppes*, n.º 9, pp. 1 y ss., recuperado de

<<http://hoppes9revista.wordpress.com/2012/02/05/los-beneficios-politicos-de-las-penas/>> (consultado el 15 de febrero de 2015).

FERRAJOLI, L., «El derecho penal es más eficaz cuando sus penas son menos violentas», en *Portal electrónico PUCP*, de 9 de mayo de 2013, recuperado de <<http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/garantismo-y-derecho-penal/>> (consultado el 13 de marzo de 2015).

GARCÍA VALDÉS, C., «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LIV, 2001 (2003), pp. 27-42.

JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, (Madrid: Civitas, 2003).

JAKOBS, G.; POLAINO NAVARRETE, M.; POLAINO-ORTS, M., en *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, (México D.F.: Flores Editor y Distribuidor, 2008).

JUANATEY DORADO, C., «La ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del derecho penal», en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, año 1, n.º 9, octubre, 2004, pp. 13 y ss.

LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2007, pp. 1-36.

MAPELLI CAFFARENA, B., «Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada», En Gutiérrez-Alviz, F. (dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, (Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996).

MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, año 1, n.º 1, enero, 2004, pp. 7-17.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., (Barcelona: Reppertor, 2011).

MUÑOZ CONDE, F., «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», en *Diario El País*, de 15 de enero de 2003, recuperado de <http://elpais.com/diario/2003/01/15/espana/1042585218_850215.html> (consultado el 13 de febrero de 2015).

POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, (Barcelona: Bosch, 2009).

REMIRO BROTONS, A., «De la seguridad, el lenguaje y otras calamidades», en *Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2012*, Madrid: Tecnos, 2014, pp. 22-108.

RÍOS MARTÍN, J. C., «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: El incremento de la violencia punitiva», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n.º extraordinario 2, 2004, pp. 101 y ss.

SANZ DELGADO, E., «Incorporar mayores penas no siempre es suficiente», en *Diario El Pueblo*, Arequipa, de 18 de marzo de 2012.

SANZ DELGADO, E., «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Nº extraordinario 2, 2004, pp. 195 y ss.

SOLÍS ESPINOZA, A., *Ciencia penitenciaria y derecho de ejecución penal*, 5ª ed., (Lima: Editores ByB, 1999).

SMALL ARANA, G., *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, (Lima: Grijley, 2006).

TÉLLEZ AGUILERA, A., «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *Diario La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de 2003, pp. 1 y ss, recuperado de <http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/cumplimiento_integro_nota_rrgencia.pdf> (consultado el 07 de febrero de 2015).

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, (Madrid: Edisofer, 2005).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas», en *Revista electrónica Anuario de Derecho Penal*, pp. 1 y ss, recuperado de <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_50.pdf>, (consultado el 02 de abril de 2015).

VI. POLÍTICA CRIMINAL, CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALÍSTICA

El enfoque restaurativo y sus manifestaciones en el Código de Responsabilidad penal de adolescentes (Decreto Legislativo N° 1348)*

Claudia Fiorella Felix Pacheco**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes como primera norma especializada en materia de justicia penal juvenil en el ordenamiento jurídico peruano / 2. El enfoque restaurativo o el enfoque de justicia restaurativa / 3. El enfoque restaurativo en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes / 4. Principales manifestaciones del enfoque restaurativo en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes / 4.1. Las salidas alternativas al proceso / 4.1.1. La remisión / 4.1.2. El acuerdo reparatorio / 4.2. La mediación como mecanismo restaurativo / 5. Conclusiones / 6. Bibliografía.

1. El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes como primera norma especializada en materia de justicia penal juvenil en el ordenamiento jurídico peruano

El 07 de enero del 2017, fue publicado en el diario oficial el Decreto Legislativo N° 1348, que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, como la primera norma integral, sistemática, autónoma y especializada en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal en nuestro país.

Esta norma fue concebida en el seno de la Política Nacional de Preven-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresada de la Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Becaria por la Universidad Philipps de Marburg- Alemania. Asesora de la Dirección Ejecutiva del Programa Nacional de Centros Juveniles (PRONACEJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Actualmente). Coordinadora del grupo de trabajo que elaboró el proyecto de Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Correo electrónico: felixpachecoclaudia@gmail.com

ción y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (D.S. N° 004-2013-JUS), primera política sobre la materia del adolescente en conflicto con la ley penal en el Perú, en cuyo Eje de Administración de Justicia, se planteó Objetivo de Impacto “OI3: Lograr una administración de justicia eficaz y con enfoque garantista”.

Es así que, a fin de alcanzar ese objetivo de impacto, la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria¹ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante MINJUSDH), -ente rector de dicha Política- se propuso elaborar, con el apoyo de un grupo de profesionales en la materia (representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF, TDH Lousanne y demás instituciones públicas y privadas) una norma que recoja las características propias de la Doctrina de Protección Integral, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las propias disposiciones de dicha Convención así como en los estándares internacionales contenidos en directrices y reglas orientadoras.

El esfuerzo arduo de dicho grupo de trabajo traducido en sesiones semanales (durante los años 2015 y 2016), lideradas por la citada Dirección del MINJUSDH, derivó en una propuesta de Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes; propuesta que encontró en la Delegación de Facultades² otorgadas al Ejecutivo en el año 2016, el espacio propicio para ver la luz.

Era patente la necesidad de contar con una norma que destine sus disposiciones íntegramente a la temática de adolescentes en conflicto con la ley penal, a este fenómeno criminológico que, en los últimos años ha cobrado mayor incidencia y que, por ende, ameritaba y aun amerita la adopción de medidas por parte del Estado.

Es así como nace el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, como un cuerpo normativo de corte garantista y acorde a las implicancias de la Doctrina de Protección Integral, del modelo procesal acusatorio, que tal como afirmara Mary Beloff (2020, p. 270), “tanto para adolescentes, como para adultos, éste es el modelo que mejor permite llevar adelante el programa constitucional y cumplir con el derecho internacional en lo que se refiere al aseguramiento del debido proceso legal.”

2. El enfoque restaurativo o el enfoque de justicia restaurativa.

En el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, elaborado por la UNODC (2006, p. 6) se ha señalado que, “La justicia restaurativa es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos.”

No obstante, en un intento por aproximarse a una definición general, en el citado texto se precisa que, “la justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad”. (UNODC, 2006, p.6)

Como tal, enfocándose en el ámbito de la justicia penal, se le define de manera amplia a la justicia restaurativa como “una repuesta evolutiva al crimen que respeta la dignidad e igualdad de cada persona, crea entendimiento y promueve armonía social a través de la sanación de víctimas, delincuentes y comunidades” (UNODC, 2006, p.99), como una “forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes” (UNODC, 2006, p.6)

Si nos remontamos a sus orígenes, podemos advertir, que esta forma de ver a la justicia, nace debido a las limitaciones que la justicia occidental clásica o tradicional presenta principalmente, en cuanto a la posibilidad de atender las necesidades de los sujetos implicados en un conflicto penal. Tal como lo afirma el “abuelo de la justicia restaurativa” Howard Zehr (2010, pp 5-6),

“La forma en que el sistema legal o de justicia penal de Occidente implementa la justicia cuenta con algunas fortalezas importantes. Sin embargo, se reconocen cada vez más sus limitaciones y defectos. Es frecuente que las víctimas, los ofensores y los miembros de las comunidades afectadas perciban que esta justicia no responde adecuadamente a sus respectivas necesidades.

A menudo, los profesionales del sistema—jueces, abogados, fiscales, supervisores a cargo de la libertad condicional, funcionarios carcelarios—también manifiestan un sentimiento de frustración. Muchos opinan que el proceso judicial agudiza aún más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos.

La justicia restaurativa es un intento de responder a algunas de estas necesidades y limitaciones. A partir de la década de los 70, han surgido diversos programas e iniciativas en miles de comunidades y en muchos países alrededor del mundo. A menudo, estos programas se ofrecen de manera opcional, ya sea dentro del sistema de justicia penal existente o como complemento de éste. Sin embargo, desde el año 1989 Nueva Zelanda ha hecho de la justicia restaurativa el eje central de todo su sistema nacional de justicia juvenil.” (las cursivas son atribución propia)

La «justicia restaurativa» parte de una concepción distinta y más amplia de la infracción, puesto que ésta no se percibe como una simple transgresión de las leyes, sino que reconoce que los infractores dañan a las víctimas, a la comunidad e incluso a ellos mismos.” (Claudia Campistol y Victor Herrero, p. 8)

Es preciso resaltar también que, los elementos sustanciales de la «justicia restaurativa» están presentes en los principales instrumentos del marco normativo jurídico internacional relativos a los derechos de los niños adolescentes y de la justicia, tales como Las Reglas de Beijing (1985), la Convención de los Derechos del Niño (1989), Reglas de La Habana (1990), Las Reglas de Tokyo (1990), entre otras. (Claudia Campistol y Victor Herrero, p. 8)

Incluso en la Observación General N° 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha señalado expresamente en relación con la justicia restaurativa que:

“La Justicia restaurativa es cualquier proceso en el que la víctima, el delincuente y/o cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito, participa activamente en la resolución de asuntos derivados del delito, a menudo con la ayuda de un tercero justo e imparcial. Ejemplos de procesos restaurativos incluyen mediación, conferencias y círculos de sentencia.”

Con el transcurso del tiempo, el concepto de «justicia restaurativa» ha experimentado una evolución en los países iberoamericanos hacia el de «enfoque de justicia restaurativa». (Claudia Campistol y Victor Herrero, p. 8)

A nivel internacional, se han practicado muchos intentos para consensuar la noción de «enfoque restaurativo de la justicia juvenil»; sin embargo, éste sigue rodeado por un universo de dispersión a nivel conceptual, inherente quizás a su propia lógica, la cual está alejada de todo dogmatismo y más apegada a la realidad de las diferentes sociedades y culturas, especialmente en Iberoamérica. (Claudia Campistol y Victor Herrero, p. 8)

La justicia con enfoque restaurativo puede entenderse como una mirada diferente de la justicia juvenil, la misma que se caracteriza por ser una mirada:

- *(...) que aborda de manera integral y respetuosa al adolescente o joven infractor, a las víctimas directas o indirectas y a la comunidad.*
- *Que propone una nueva visión humanista sobre el rol de las propias instituciones que forman parte del sistema de justicia y de sus operadores.*
- *Que visibiliza al adolescente haciéndolo sujeto de derecho y de garantías.*
- *Que hace del proceso penal un proceso fundamentalmente educativo y pedagógico que permita llegar a la responsabilización.*
- *Que entiende la responsabilidad no solo en términos jurídico penales, sino también como un proceso de crecimiento personal que permite comprender a los adolescentes y jóvenes las consecuencias de sus actos, y que promueve la empatía con aquellas víctimas que se hubieran visto afectadas por sus hechos.*
- *Que la víctima es entendida como sujeto de derechos y de garantías y es una parte clave para la resolución del conflicto.*
- *Que sus intereses legítimos y sus necesidades van a ser atendidas, y que de igual modo va a evitar el estigma y la revictimización.*
- *Que desde este enfoque se va a tomar muy en cuenta la participación de la comunidad, de sus recursos institucionales, sociales e individuales.*
- *Que estos recursos son puestos a disposición de la resolución pacífica y efectiva del conflicto derivado de la acción delictiva, pero que se hará uso de ellos de una manera articulada y coordinada.*
- *Por último, que el enfoque restaurativo propone y propondrá siempre la reparación y la paz social, como objetivo principal frente al concepto de retribución.*²³ (las cursivas son atribución propia)

Para traducir de mejor manera esta diferencia entre la justicia penal tradicional y la justicia restaurativa, presentamos el siguiente cuadro:

Justicia penal tradicional	Justicia restaurativa
<ul style="list-style-type: none"> ▪ El crimen es una ofensa contra la ley y el estado. ▪ Las ofensas generan culpabilidad ▪ La justicia requiere que el estado determine culpabilidades e imponga castigos. <p>• <i>Eje central:</i> que los infractores reciban su justo merecido.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El crimen es una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales. • Las ofensas generan obligaciones • La justicia involucra a víctimas, ofensores y miembros de la comunidad en un esfuerzo por enmendar el daño. <p>• <i>Eje central:</i> las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa del ofensor en la reparación del daño.</p>

Fuente: Howard Zehr, El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. Good Books. 2010. Elaboración propia

Como se aprecia, son miradas distintas de atender los conflictos sociales de naturaleza penal, una más humana que la otra.

3. El enfoque restaurativo en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

El reconocimiento del enfoque restaurativo en el marco del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes y con ello su positivización, por vez primera, en una norma de nuestro ordenamiento jurídico nacional, encuentra su antecedente en la Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa (año 2009), este documento se elaboró en el marco del Primer Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa, organizado por la Fundación Terre des hommes (Lausanne), en colaboración con el Ministerio Público del Perú, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Asociación Encuentros - Casa de la Juventud, en el año 2009.

En la citada declaración se instó al Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño a recomendar sistemáticamente a los Estados Miembro de la CDN que tomen las medidas necesarias para la integración de procesos restaurativos como una posibilidad para atender a los niños en conflicto con la ley en todas las etapas de la administración de la justicia juvenil”.

Asimismo, se recomendó a los Estados Miembro de la CDN y a los Estados que firmaron la CDN “que adopten, como parte de su política nacional integral sobre justicia juvenil, las medidas necesarias para incluir programas de justicia restaurativa como parte integrante de la administración de justicia juvenil, (...) e instamos al Grupo Interinstitucional sobre Justicia Juvenil, a la UNICEF y la ONUDD a brindar asistencia

técnica respecto a este tema.”

Adoptando las sugerencias y recomendaciones planteadas en la citada declaración, desde el año 2005 el enfoque de justicia restaurativa se aplica a través de la figura de la «Remisión Fiscal» prevista en el artículo 206 del Código de Niños y Adolescentes (en adelante CNA) y es la Línea de Acción Justicia Juvenil Restaurativa, la que tiene a su cargo el desarrollo de los programas de orientación a los que se deriva a los/las adolescentes a quienes se aplica la remisión.

No obstante, durante las amplias reuniones de trabajo que demandó la elaboración del proyecto de CRPA, se advirtió la necesidad e importancia de considerar al enfoque restaurativo como un elemento transversal que intervenga en la actuación de los distintos operadores de justicia penal juvenil. Es así que, se le incluyó como parte del título preliminar del Código, bajo la siguiente fórmula legal:

“Artículo XIII.4. Se debe promover durante el proceso, en medida de lo posible, la participación de la víctima para lograr su reparación adecuada, así como la aceptación de responsabilidad del adolescente por el daño causado, como forma para superar los efectos negativos de la infracción y prevenir la comisión de otras futuras.”

Como se aprecia, la priorización de la participación de la víctima para lograr su reparación adecuada y la aceptación de responsabilidad por parte del adolescente, resultan los ejes centrales del enfoque, resaltándose además la expectativa preventiva de futuras infracciones que se genera a partir de la aplicación del enfoque en la solución del conflicto penal generado y la finalidad de superar los efectos negativos de la infracción en el/la adolescente infractor/a y en la víctima.

4. Principales manifestaciones del enfoque restaurativo en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

Una característica propia del sistema penal juvenil, en el que se inserta el CRPA, es que la respuesta a la infracción debe tener preponderantemente una finalidad educativa y de reinserción social, propiciando que el adolescente repare el daño causado, realice actividades comunitarias y se capacite adquiriendo habilidades para la vida; y, que sólo frente a la comisión de delitos graves se aplique la privación de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible.

Ello traduce el sentido del enfoque restaurativo recogido en nuestro CRPA, el cual se manifiesta concretamente a través de ciertas instituciones regu-

ladas en esta norma, algunas de las cuales daremos cuenta a continuación.

No obstante, es preciso resaltar que, los alcances de la aplicación de este enfoque, irradian a cada una de las disposiciones previstas en el CRPA, no solo las que corresponden al ámbito pre judicial o judicial, sino también y aun en mayor medida, a las que corresponden al ámbito de ejecución de medidas socioeducativas. Por razones de espacio en la redacción del presente artículo, vamos a priorizar en esta ocasión las manifestaciones del enfoque restaurativo en el ámbito prejudicial.

4.1. Las salidas alternativas al proceso

Las salidas alternativas al proceso, categoría novedosa en la normativa sobre justicia penal juvenil en nuestro país- han sido establecidas y definidas en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes como “aquellas instituciones de resolución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos evitando las consecuencias negativas que puede originar el proceso judicial para el adolescente. Deben ser incentivadas y propiciadas en todas las instancias del proceso”. (Art. 127 del CRPA).

Estas salidas alternativas, precisamente revisten ciertas características que permiten evidenciar la interiorización del enfoque restaurativo en la implementación de las mismas.

Son dos las salidas alternativas previstas en el CRPA, la remisión y el acuerdo reparatorio. A continuación, precisaremos las particularidades de ambas.

4.1.1. La remisión

Prevista entre los artículos 129 al 136 del CRPA; esta salida alternativa al proceso permite promover la abstención del ejercicio de la acción penal o la separación del proceso al adolescente que hubiere cometido una infracción penal, pero que, por la no gravedad de la misma, es derivado a cumplir programas de orientación con enfoque restaurativo. donde se procura brindarle orientación especializada, dirigida a lograr su rehabilitación y reinserción social. La duración de estos programas, no excede de doce (12) meses.

Es preciso destacar que, esta institución se encontraba ya regulada en el Código de Niños y Adolescentes (artículo 206 de dicha norma); no obstante, la remisión recogida en el CRPA, presenta particularidades que la tornan más precisa en relación con la regulación que presenta en el Código de Niños y Adolescentes; así, por ejemplo, la remisión prevista en el CRPA,

tiene dos presupuestos de aplicación, uno de ellos en efecto determinado por el nivel de gravedad de la infracción, pero vinculada al quantum punitivo máximo de la sanción prevista en el Código Penal.

De otro lado, la remisión prevista en el CRPA, tiene un marcado sentido del enfoque restaurativo, que se traduce en la atención de necesidades de el/la adolescente infractor a través del desarrollo de actividades convenientemente estructuradas que tienen por objeto estimular y promover el desarrollo personal y de integración social de el/la adolescente, respecto de quien se ha dictado la remisión, atendiendo sus necesidades, partiendo de la responsabilidad que éste/a asume, por el daño cometido y el efecto reparador a la víctima y a la comunidad.

Cabe señalar que, de acuerdo con la regulación prevista en el CRPA, los programas de orientación son elaborados, ejecutados y supervisados por el Ministerio Público o las instituciones autorizadas por éste, sea que se trate de una remisión fiscal o judicial.

Para su aplicación se requiere del compromiso voluntario y aceptación expreso de el/la adolescente, sus padres, tutores o responsables, en su participación a los programas a los que se disponga su remisión. En caso de incumplimiento injustificado de los programas de orientación, por parte de el/la adolescente, la remisión puede ser revocada y se continúa el proceso desde la fase del proceso donde se quedó antes de disponerse la remisión. Esta es una diferencia con la regulación que presentaba la remisión en el CNA.

4.1.2. El acuerdo reparatorio

Por su parte, es una salida alternativa al proceso, novedosa, reconocida en el CRPA, que entraña la misma lógica que la aplicación de la remisión: procurar la desjudicialización del adolescente, evitar que se siga un proceso judicial en su contra, dada la no gravedad y naturaleza del hecho infractor.

Tratándose de esta institución, lo que la diferencia de la remisión es el supuesto específico para el que se ha destinado su aplicación: “Se puede aplicar en tanto la infracción afecte el patrimonio de la víctima y la misma no afecte su integridad o su vida” (Art. 137 del CRPA); de modo que se prioriza el empleo de esta salida alternativa, con marcado enfoque restaurativo, por el necesario consenso sobre la forma en que se reparará el daño cometido, cuando se hubiere afectado el patrimonio de la víctima.

4.2. La mediación como mecanismo restaurativo

La mediación, es una institución de solución de conflictos regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico nacional, para la materia justicia penal juvenil. Es reconocida como mecanismo restaurativo dentro del CRPA, que permite una intervención especializada, mediante un conciliador, un mediador o un tercero autorizado por la autoridad fiscal o judicial competente, que permite el diálogo entre las partes para llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño a la víctima por el adolescente, que sirva para la aplicación de la remisión, el acuerdo reparatorio, la terminación anticipada u otros supuestos permitidos en la Ley. (Art. 142 del CRPA)

En las últimas décadas, se ha considerado a la mediación como una vía consensual que tiene múltiples beneficios, entre otros, favorecer la comunicación, aumentar las relaciones pacíficas, incitar la cooperación, elevar la satisfacción general, desarrollar la capacidad de asumir la responsabilidad por parte de los propios participantes, ajustar los acuerdos u opciones a las necesidades reales, etc. Por estos motivos, es pensada como un camino alternativo que posibilita la solución de la sobrecarga judicial; asimismo, entrena a las personas en el diálogo y el encuentro y previene futuras controversias; es un proceso que permite reducir los costos, ya sean económicos, temporales, emocionales, sociales, etc. (Paulina Aguirre, 2020, p.14)

Para la justicia restaurativa, las reuniones entre víctima y ofensor, en algunas ocasiones con la asistencia de un tercero neutral (mediador), son esenciales como motor de arranque para la solución del problema originado con el ilícito. Estos encuentros logran que cada parte afectada por el acto delictual cuente su historia, pida perdón y logre la reconciliación con el contrario. (Paulina Aguirre, 2020, p.15)

De ahí la importancia de haber recogido a la mediación como instrumento facilitador de solución de conflictos con marcado espíritu restaurativo que encuentra funcionalidad no solo en el marco de la aplicación de salidas alternativas sino también, por ejemplo, durante la terminación anticipada al momento de determinar la reparación civil, lo propio en la sentencia luego de un juicio oral.

5. Conclusiones

- El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, es la primera norma en nuestro país, que se dedica al abordaje integral, especializado, sistemático y autónomo en materia de justicia penal juvenil.
- El enfoque restaurativo o de justicia restaurativa ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico nacional, a través de su positivización

en el título preliminar del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

- Los alcances de la aplicación del enfoque restaurativo, irradian a cada una de las disposiciones contenidas en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, desde la etapa prejudicial, donde la autoridad fiscal puede abstenerse de continuar un proceso de responsabilidad penal de adolescentes, como durante la ejecución de medias socioeducativas, donde se procura la reparación a la víctima por el daño cometido.
- Las principales manifestaciones del enfoque restaurativo en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, están representadas por las salidas alternativas al proceso, como la remisión (fiscal y judicial), el acuerdo reparatorio y el empleo del mecanismo restaurativo (mediación) para arribar a los acuerdos en el marco de la aplicación de dichas salidas alternativas.
- Las salidas alternativas como la remisión y el acuerdo reparatorio, entrañan un marcado espíritu restaurativo, al procurar atender las necesidades de los/las implicados/as en el conflicto generado a partir de la infracción penal entre ellas, la reparación a la víctima.

6. Bibliografía

AGUIRRE SUÁREZ, P., «La justicia restaurativa», en TELLO GILARDI J.; CALDERÓN PUERTAS C., *Mediación y justicia juvenil restaurativa*, 1.a. ed. (Lima: Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. Fondo Editorial del Poder Judicial, 2020), pp. 11-23.

BELOFF M., «El Modelo Acusatorio Latinoamericano y su impacto en la justicia juvenil», en MARTINEZ, S.; GONZÁLEZ POSTIGO, L., *Procesos especiales y técnicas de investigación*, (Buenos Aires Editores del Sur, 2020), pp. 266-323.

CAMPISTOL, C; HERRERO, V., *Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal*, (Colombia: Centro de Formación de la Cooperación Española, 2017), recuperado de <<https://intercoconnecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/Iniciativas%20para%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20Iberoamericana%20de%20Justicia%20Juvenil%20Restaurativa.pdf>>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nue-*

vo Código de los Niños y Adolescentes, Lima: 07 de agosto de 2000.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.*, Lima: 9 de octubre de 2016.

UNODC, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York: Naciones Unidas, 2006).

ZEHR, H., *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*, (EEUU: Good Books, 2010).

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *Decreto Legislativo N° 1348, Que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes*, Lima: 07 de enero de 2017.

La lucha contra la Corrupción Pública*

Ronald Vílchez Chinchayan**
Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué se espera del Derecho Penal? / 3. Los Gobiernos y la Corrupción pública. / 4. La Parte general de los delitos contra la Administración pública. / 5. División de Capítulos del Título de los Delitos contra la Administración pública.

1. Introducción

Durante la pandemia suscitada por el Covid-19, lo referente a la lucha jurídico penal contra la corrupción pública, encuentra diferentes cuestiones interesantes y preocupantes en torno al sistema jurídico actual; no solo respecto a los abogados, sino a la ciudadanía en concreto. Este panorama se relaciona directamente con factores como el aumento de la delincuencia; ya que, la criminalidad patrimonial –así como contra la vida, la salud e integridad física–, son de conocimiento general en la sociedad; por ende, basta con revisar los titulares de los diversos periódicos del país para comprender que la situación más alarmante recae en lo relacionado con la pandemia y la corrupción, la cual engloba a presidentes, representantes municipales, alcaldes, entre otros.

De esta forma, se erige la idea de que la corrupción se origina, desarrolla, transforma y se adapta; no obstante, no desaparece. Esto ha podido com-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Máster Universitario en Derecho de la Globalización y de la integración social por la Universidad de Navarra (España). Es autor de las monografías: *La participación en los delitos de infracción de deber. Problemas dogmáticos y una propuesta de solución* (EAE, 2011); *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro* (Palestra, 2018); *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación* (Editores del Centro, 2021). Así también es autor de diversos artículos sobre Derecho penal (de parte general y especial) publicados en revistas nacionales y extranjeras. Es investigador reconocido por la Renacyt. Actualmente es Director de Estudios en la Facultad de Derecho y profesor ordinario asociado de Derecho penal en la Universidad de Piura.

probarse –cercanamente– en el propio devenir del desarrollo de la sociedad.

2. ¿Qué se espera del Derecho Penal?

El Derecho Penal ha supuesto una herramienta para evitar la impunidad, que es lo que se busca. En la actualidad, se ha podido apreciar que, tanto funcionarios públicos como persona que ostentan un cargo, no reciben ningún tipo de sanción por los delitos que cometen; así, en el caso peruano, dicho castigo tiene en su cualificación más alta a la pena privativa de la libertad, es decir, la persona que comete un ilícito tipificado en el cuerpo normativo debe pagar su acto con cárcel. Asimismo, dentro de la línea de preocupaciones sociales, se tiene la necesidad de la existencia de un castigo; pues se requiere que el Derecho Penal intervenga, atacando las conductas delictivas. De lo contrario, se generaría una situación de inseguridad, exhibiría la inoperancia de esta rama del derecho y –del mismo modo– daría cuenta de una situación de crisis. Por ejemplo, recientemente, el presidente de la República ofreció un discurso a favor de la lucha contra la corrupción, dónde manifestó el engrosamiento de los mecanismos de fiscalización; además, propugnó la creación y el establecimiento de penas más altas.

De ello, cabe precisar que, adherirse al pensamiento de que las sanciones y castigos resultan el engranaje ideal del Derecho Penal, sería un error; debido a que, crear más penas e incrementar el tiempo de estas, es peligroso y poco efectivo. Por otro lado, ante la imputación de delitos leves, el ciudadano acusado suele optar por confesarse, ya que dichos ilícitos no acarrearán sanciones graves; sin embargo, cuando sucede lo contrario, es decir, la atribución de un delito de gravedad, los presuntos culpables suelen decantarse por ocultar la verdad, pues la penalidad por tal ilícito resulta bastante agresiva. Así, el pasarse la luz roja podría conllevar una sanción multa; mientras que, un acto de violación sexual, requiere la actuación del Derecho Penal. Ergo, esta rama jurídica posee un valor simbólico dentro de la sociedad, aunque la severidad no resulta suficiente.

En otro orden de ideas, si no se tiene la certeza de cumplimiento; entonces, es posible aducir que no hay celeridad y –por ende– el proceso penal no funciona; ya que se concibe la idea popular acerca de que, si no hay celeridad, no se obtiene justicia. Por eso, se comprende que esta, la certeza y la persecución efectiva, son términos completamente distintos; tal es así que, desde la ciencia jurídica, se debe revisar lo que se puede cambiar, en aras de conocer en qué aspecto se puede mejorar al sistema jurídico.

Además, se puede apreciar que el Derecho Penal –en el caso de la lucha

contra la corrupción— conforma un subsistema, en el cual se advierte el cambio de la razón, ya sea en supuestos de delitos contra la vida, la salud, etc. De esta manera, es posible apreciar la existencia de un paradigma —el delito cometido por un solo autor de tipo doloso—, que viene acompañado por otros sistemas; tales como la intención y la producción de un resultado lesivo, este último es verificado por los peritos de manera gráfica. Por tal motivo, al momento de traspasar las especificaciones del Código Penal, se observa dicha relación inexistente. Asimismo, se puede observar la lesión de la Administración pública; por ejemplo, en el caso Odebrecht o Los Cuellos blancos del Callao; siendo este último —especialmente— un caso paradigmático, ya que dicha lesión implica precisar, ajustar y dar cuenta de los lineamientos de la intervención jurídico-penal, en el sentido de que el Derecho Penal no funciona para todos los casos y no puede —por consiguiente— resolver todos los problemas.

En torno a este punto, el profesor alemán Kinhäuser sostiene que esta rama jurídica sirve como una herramienta adecuada para la situación; pero no se trata de una herramienta multiusos, pues requiere del apoyo de otro instrumento. Ello, aunado al agravante, genera que se requiera ver cómo el Derecho Penal puede entrar a tallar; así mismo, concurre la necesidad de observar la línea en la que este se inmiscuye con la libertad, toda vez que en esos casos se debe partir de la legitimidad que se ostenta para revisar el sistema jurídico-penal. En consecuencia, resulta evidente que, las cuestiones expuestas, no suceden por temas de política criminal.

Tal es así que no se pretende sostener la nimia importancia de los mecanismos de control. Pues, por ejemplo, la Constitución Política establece en su artículo 41° la imprescriptibilidad de los delitos contra la Administración pública más graves; sin embargo, no determina cuáles son estos. Por otro lado, en el artículo 57° de la misma norma suprema, se estipula que se puede suspender la ejecución de la pena en ciertos delitos; empero, de igual manera este artículo no ha detallado cuáles serían aquellos que se entienden como tal.

Por lo tanto, se debe dar cuenta —desde una parte general del Derecho Penal— acerca de los delitos de Administración pública; porque es posible hablar de ciertos ilícitos desde esta perspectiva, los cuales inciden en cuestiones esenciales, a la vez que se pueda delimitar la configuración, conceptos, figuras, definiciones y criterios; toda vez que, a lo largo del desarrollo, se encuentran situaciones que canalizan estos delitos.

3. Los Gobiernos y la Corrupción pública

Los diferentes gobiernos han terminado afectando considerablemente el

sector público a causa de la corrupción pública en la que se han visto envueltos. Esto ha generado un perjuicio económico a las arcas del Estado, impidiendo la adquisición de hospitales, escuelas, etc. En ese sentido, en el afán de perseguir y otorgar una sensación de alivio frente a tanta atrocidad a la sociedad, se han previsto medidas apresuradas y poco fundamentadas, tratando de abarcar en plenitud todo ámbito de actuación a través del Derecho Penal. Frente a esto, resulta necesario analizar la parte general, en aras de dar cuenta acerca de los lineamientos, fundamentos y criterios que este libro contempla, con la finalidad de alcanzar un verdadero beneficio.

Ergo, se requiere ser coherente en el desarrollo de esta rama jurídica, para no guiarse de una línea irrelevante y arbitraria. De esa manera, se puede concluir que no se trata de imponer una pena basada en subjetivismos; sino que esta debe darse sobre la base de los presupuestos y elementos que conforman el Derecho Penal y que –además– inciden en la formulación de estos delitos.

4. La Parte general de los delitos contra la Administración Pública

Cuando se ingresa a estudiar la parte general de los delitos contra la Administración pública, se suscita un problema grave: debe alejarse de los denominados “falsos amigos”. Esto refiere a tema de idioma; pues, al momento de la lectura del Código Penal, resulta ser comprensible solo para aquellos que dominan el español, que es mediante el cual se encuentra redactado el presente cuerpo normativo. Ante ello, la Corte Suprema ha indicado que no basta con la literosuficiencia.

Además, en los delitos contra la Administración pública, se hallan algunas complicaciones –como sucede con el tipo penal de colusión–; empero, cuando se hace mención a otros términos más complejos –tales como concusión, malversación, peculado, disponibilidad jurídica, etc.– ya no queda claro qué comprensión debe otorgarse a estos. Así, si se revisa la parte general de los delitos en mención, es posible contemplar el problema mencionado líneas arriba, pues este acontece también cuando se aprende un nuevo idioma –ya sea el inglés, el alemán u otro–; ergo, existen ciertas palabras que resultan cercanas a la acepción buscada, pero contienen otro significado, por lo que siempre se va a asumir este tipo de riesgos, igual sucede en el Derecho.

En el mismo sentido, se debe realizar un recorrido general, en aras de preguntarse sobre el bien jurídico protegido, es decir, sobre qué es, el porqué de las sanciones, el motivo por el cual se habla sobre delitos contra la Administración pública, etc. De esta manera, surge el problema de la

complejidad de las preguntas y la tautología en las respuestas.

Además, se debe considerar que los delitos contra la Administración pública no solo son de interés del Derecho Penal, sino también el Derecho Administrativo. No obstante, dejando de lado las cuestiones abordadas previamente, se revela una preocupación por el bien jurídico protegido; por tanto, es necesario dar cuenta de por qué se sanciona y por qué el Estado actúa como lo hace. De ese modo, es posible sostener que existen tres realidades: la primera, donde los individuos existen; una segunda, que refiere a la existencia del individuo en una sociedad concreta; y la tercera, donde se contempla la existencia el individuo en una sociedad concreta en la que hay reglas en juego. Estas tres realidades permiten –a su vez– referirse a límites; por ejemplo, a partir de la idea de ser persona se puede deducir y construir el principio de dignidad; así también, el hecho de saber que el individuo está inserto en una sociedad con otros símiles, permite construir el principio de seguridad; finalmente, contemplar que el individuo está inserto en una sociedad con otros individuos y que debe cumplir con las reglas de juego, concede la construcción del principio de legalidad.

En consecuencia, se construyen tres principios en tres realidades ineludibles; por ello, al saber que –como individuo– se convive con las demás personas para que puedan desarrollarse en libertad, la sociedad le otorga al Estado ciertas prerrogativas, con el objetivo de que este se ocupe de algunas situaciones complejas. De ese modo, cuando el Estado acepta estas concesiones, debe cuidar y velar para que el individuo pueda manifestar libremente su voluntad en los diferentes lugares donde se encuentre; sin embargo, si esto no se consigue, tiene toda la Facultad de intervenir. Así, se formulan criterios para que –en el futuro– se permita sostener el monto de la reparación civil.

Por otro lado, para saber quién ostenta la calificación de funcionario público, se requiere observar el artículo 425° del Código Penal; empero, la jurisprudencia se decanta por interpretar que dicha acepción es una forma autónoma, independiente del Derecho y que no se encuentra vinculada; por ello, el Derecho Penal podrá determinar quién es y quién no es funcionario público.

Finalmente, la intervención delictiva del autor y el participante debe estar orientada por la coherencia, puesto que se tienen derechos positivos, sujetos vinculados e interpretaciones autónomas del Derecho Penal. Esto permite deducir que el art. 25° cuenta con las teorías de la unidad de imputación y da cuenta del castigo que reciben los sujetos que cuentan con la cualificación establecida por la norma; toda vez que, no se puede sancionar al individuo que desconoce de la situación y que no esté especializado, ni

vinculado con el hecho delictuoso.

5. División de Capítulos del Título de los Delitos contra la Administración Pública

El legislador ha decidido dividir el título de los delitos contra la Administración pública en cuatro capítulos: en el primero, se hace referencia a los delitos cometidos por particulares; además, se cuenta con el capítulo dos, el cual regula aquellos tipos penales cometidos por funcionarios públicos; asimismo, se cuenta con un tercer capítulo, que versa acerca de los delitos contra la Administración de justicia; y, por último, aquel capítulo donde trata las disposiciones comunes. No obstante ello, la lista mencionada no resulta exacta, porque algunos de los delitos contemplados en sendos capítulos pueden ser cometidos por funcionarios públicos; por ejemplo, el artículo 361^o —que versa acerca de la usurpación de funciones— tiene como uno de sus supuestos la comisión realizada por funcionarios públicos; en ese sentido, si se remite a cada tipo penal del título XVIII, se puede verificar que, no solamente es inexacta, sino que también está incompleta, lo que revela una serie de defectos que podrían afectar a la aplicación e interpretación de los ilícitos en cuestión.

En esta línea, se requiere mirar la clasificación de los tipos penales en aras de poder observar con seguridad y predictibilidad al sistema. Aunado a ello, es menester que la sanción aplicada a estos casos debe ser uniforme, acorde al proceso que se lleva. Esto permite comprender la vigencia de tres situaciones distintas: la primera, referente a la no relación entre el funcionario público con el particular, pues este se ve violentado también por aquel; un segundo supuesto versa acerca de la vinculación de dichos sujetos en un contexto específico, el cual delimita la actuación del funcionario; finalmente, en una tercera situación correspondiente a la relación de estos, sin la exigencia de un panorama particular. En resumen, los tres se encadenan en torno a la existencia de unas conductas que permiten explicar los delitos contra la Administración pública.

Respecto a ello, dentro de los comportamientos se suscita la posibilidad del desarrollo de conductas de prevalimiento, desobediencias por infracción de competencias específicas y de desobediencia por aprovechamiento de la posición. Estas permiten evaluar —a su vez— 3 tipos de delitos: los delitos de abuso, en los que el funcionario público realiza una conducta de prevalimiento que supone la infusión de miedo en el particular a través de su uniforme, referente a lo que potestad pública le confiere hacer. Además, se tiene a los delitos de gestión (abuso de autoridad, concusión, etc.), donde se cuenta con un funcionario público con tareas y deberes positivos especí-

ficos, relacionados con la contratación pública y la administración; por tal motivo, no requiere amenazar al particular, sino que este se pone de acuerdo con el particular para sacar provecho de la situación (peculado, malversación, colusión, etc.). Finalmente, se generan los delitos de oportunidad, en estos se halla a un sujeto que se aprovecha de su posición –sin violentar ni amenazar al particular–, sino que extrae provecho a su posición como funcionario (Cohecho, tráfico de influencias, etc.).

De esta forma, mediante la clasificación efectuada, se busca demostrar cuáles son los límites y lineamientos para cada uno de estos tipos. Asimismo, dicha propuesta tiene como finalidad el sinceramiento de la estructura de la parte especial, toda vez que este sirve para alimentar el desarrollo de la parte general, permitiendo –a su vez– aplicar el Derecho Penal de una manera segura y que permita combatir las conductas de corrupción.

Retos de la política criminal peruana frente a casos complejos de crimen organizado*

Lucía Nuñoверо Cisneros**
Universidad Católica de Lovaina

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Crimen organizado en el Perú y contexto criminológico / 3. Retos de investigación y recuperación de patrimonios criminales / 4. Bibliografía

RESUMEN: El presente artículo reflexiona acerca del Crimen Organizado en el Perú, como un desafío político criminal que involucra dos ámbitos en particular. En primer lugar, la criminalidad organizada nos plantea un reto en cuanto i) al conocimiento criminológico sobre las manifestaciones de la misma en el contexto peruano; en segundo lugar, en lo relativo a ii) las herramientas de investigación y persecución de las cuales nos dotamos frente a los casos complejos, incluyendo la aplicación de instrumentos de recuperación de activos como una de las más actuales tendencias para desarticular rápidamente las actividades criminales generadoras de rentabilidad, así como para asegurar la reparación los daños y efectos de una criminalidad sumamente nociva para nuestra sociedad.

RESUMEN: *Crimen Organizado – Política Criminal – Investigación Criminal – Delincuencia Económica – Recuperación de Activos.*

1. Introducción

Una de las primeras definiciones acerca del crimen organizado, la encontramos en la legislación estadounidense del Safe Streets Act de 1968, que lo describió como aquellas *‘actividades ilegales en las que incurren miembros de*

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso de Ciencias Penales organizada por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

** Abogada. Magíster en Criminología por la Universidad Católica de Lovaina. Magíster en Salud Pública por la Universidad Libre de Bruselas y la Universidad Católica de Lovaina. Docente de Posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es actualmente Coordinadora de la Unidad de Análisis de Información de la Procuraduría Ad Hoc del caso Odebrecht y otros. Contacto: lucia.nunovero@pucp.edu.pe

una asociación altamente organizada y disciplinada, con el fin de proveer bienes ilegales, servicios incluidos, pero no limitados al juego ilegal, la prostitución el préstamo, el tráfico de drogas o la estafa laboral'.

Ahora bien, las estrategias estadounidenses en materia de crimen organizado hasta hace unas décadas se referían a *'asociaciones de individuos que se autopropietúan operando internacionalmente con el propósito de obtener poder, influencia, ganancia económica y comercial, en parte o exclusivamente a través de actividades ilícitas, protegiendo las mismas a través de patrones de corrupción o violencia'*. Como señala Paoli (2014), este tipo de acento en la pregunta sobre *'¿Quiénes? - las organizaciones criminales'* ha abierto paso a un enfoque en la pregunta sobre el *'¿Qué?*, de manera que la literatura criminológica más actual se enfoca propiamente en el Crimen Organizado, no obstante, se mantenga cierta centralidad del concepto de organización criminal en las discusiones europeo-continetales.

Efectivamente, es necesario hacer referencia a las respuestas e iniciativas que han mostrado los Estados con respecto a la política criminal internacional contra el Crimen Organizado desplegada los últimos años, que tuvo como mayor hito la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. La también denominada Convención de Palermo fue aprobada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General de la ONU del 15 de noviembre de 2000, y luego por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N°27527, el 4 de octubre de 2001.

Uno de los aspectos centrales de dicha Convención ha sido el que los Estados Parte adopten una tipificación más o menos homogénea de la participación en actividades delictivas a través organizaciones criminales, lo cual se efectivizó el Perú a través de la Ley N°30077, Ley Contra el Crimen Organizado del 26 de julio de 2013, que incorpora a nuestro ordenamiento una definición y criterios para una imputación en tales términos, sobre la base de lo establecido en el artículo 5 de la Convención de Palermo y una apropiación también de tipo continental-europea de dicha Convención (Maljevic, 2011; Cordini, 2017).

Cabe resaltar, que en el caso peruano la implementación de la Convención fue relativamente tardía, pues desde el 2007 en el Ministerio de Justicia se empezó a discutir aspectos sustantivos y criminológicos para una tal legislación (Caro, Caro & Pérez Guadalupe, 2007). Consideremos además que fue solo después de la Decisión Marco 2008/841 del Consejo de Europa que instó a los Estados de la Unión Europea a incorporar estos tipos penales y maximizar las penas de tráfico ilícito de drogas perpetrados por

organizaciones criminales, que se legisló en España el delito de pertenencia a organización criminal a través del artículo 570bis y el delito de pertenencia a grupo criminal a través del artículo 570ter del Código Penal, basados también en la referida Convención.

Ahora bien, otro aspecto central, aunque pocas veces relevado en el Perú, a propósito de la Convención de Palermo, es el sustento criminológico de la referida política criminal e instrumentos establecidos, y que puede trazarse desde lo esbozado en la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada de noviembre de 1994. En cuanto a la definición del fenómeno al cual busca enfrentarse la comunidad internacional, dicha Declaración refirió características como: *'la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permiten el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, la intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; y la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales'*. Esta conceptualización, luego llevó a la adoptada por el Consejo de Europa el 21 de diciembre de 1998, que fue en gran medida similar a la establecida en la Convención de Palermo.

Además, desde la Declaración de Nápoles se establecieron también los principales lineamientos que luego fueron desarrollados en la Convención de Palermo como pilares de la lucha contra el Crimen Organizado: a) el propugnar que los Estados formulen instrumentos que permitan una mayor armonización o compatibilidad entre las legislaciones nacionales proveyendo definiciones y criterios de aplicación de delitos de crimen organizado (artículos 2,3, 4, 5, 11), lavado de activos y corrupción (6 y 8); b) el fortalecer los mecanismos de cooperación internacional para la recuperación de activos (artículos 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15), y c) el fortalecer la asistencia judicial y extradiciones (artículos 11, 16, 17, 18) así como la aplicación técnicas especiales de investigación, y los mecanismos de investigaciones conjuntas, y protección de víctimas y testigos.

El presente artículo busca reflexionar, tanto sobre el aspecto criminológico como sobre estos últimos aspectos de investigación y persecución, como parte de la implementación de la política criminal contra el Crimen Organizado en el Perú, a fin de contribuir hacia una mayor discusión de esta problemática por parte de la doctrina peruana.

2. Crimen organizado en el Perú y contexto criminológico

Es evidente que la preocupación por el Crimen Organizado surge de un contexto de globalización que se caracteriza por la creciente interdependencia de los mercados, el desarrollo de las tecnologías de la información, y los cambios en las dinámicas transfronterizas de los países, transformaciones sociales que han reducido las barreras de entrada con respecto a ciertos mercados ilícitos y han diversificado la naturaleza y tipo de actividades en las que participan las organizaciones criminales. Como han señalado Blanco Cordero (2002) o Tiedemann (2007), asistimos a fenómenos migratorios, innovaciones científicas, entre otras transformaciones, que impactan en el transporte, las comunicaciones, y en la mayor internacionalización de los mercados de bienes y capitales, creando nuevos riesgos y vulnerabilidades en las sociedades.

De hecho, si en décadas pasadas encontramos conceptualizaciones del Crimen Organizado como la de Reuter (1983) o Naylor (1997), quienes aplicaron tempranamente el marco teórico de la economía a un fenómeno todavía predominantemente local, describiendo organizaciones con permanencia en el tiempo, jerárquicas y que participan en multiplicidad de actividades criminales en mercados ilícitos, empleando violencia sistémica y corrupción y obteniendo altas tasas de ganancias; los últimos años, sin embargo, asistimos a un cuestionamiento del foco puesto en las estructuras o la organización de individuos en lugar de más bien en la organización de la actividad criminal misma, puesto que, dependiendo del tipo de actividades ilícitas, algunas no requieren organizarse como una estructura criminal sino adoptan formas cada vez más flexibles y dinámicas (Alach, 2011; Hagan 2006).

Paralelamente, otros estudios han avanzado en caracterizar los factores que permiten la expansión de las organizaciones criminales y el daño que generan en el mundo globalizado. Para Campana y Varese no solamente es importante el tamaño, la estructura, reputación y naturaleza de las organizaciones criminales sino el ámbito en el cual se desarrollan, lo cual involucra el lugar, los mercados ilícitos con los que se relacionan y las vulnerabilidades asociadas a ciertos contextos en los cuales se expanden (impunidad, deficiencias en la regulación de mercados, desempleo, etc.). Asimismo, para estos autores es mayor daño que estas generan a nivel de la gobernanza local ejerciendo miedo en la población, coerción en negocios lícitos e influencia en autoridades, (Campana, 2013; Campana y Varese, 2018), fenómeno que en países de América Latina inclusive ha llevado a la captura de instituciones del sistema penal. (Kan, 2019).

Por nuestra parte, la doctrina también ha ido incorporando la existencia de formas delictivas a cargo de estructuras organizadas empresarialmente con un *modus operandi* más sofisticado, que cuenta con mecanismos de impunidad que asegura la acumulación de ingresos y capitales producto de la actividad criminal (Prado, 2013). Sin embargo, se requieren mayores desarrollos, considerando que la Convención de Palermo proveyó un concepto de ‘grupo delictivo organizado’ como un grupo estructurado, no necesariamente con funciones formalmente definidas, ni continuidad en la condición de miembros o estructuras desarrolladas, permitiendo que la precisión normativa responda cada contexto criminológico (Mendez, 2014). Por ello se resaltó la importancia de describir los agrupamientos delictivos y mercados criminales para entender el funcionamiento de la criminalidad organizada transnacional; así como de prevenir la subrepresentación de organizaciones flexiblemente estructuradas, o redes criminales, debido a que estas muchas veces no son perseguidas como tales o son menos visibles para las agencias del sistema penal.

Así, si bien el estudio Piloto conducido por la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (2002) identificó una tipología de organizaciones criminales que distinguía entre i) Jerarquía Estándar, ii) Jerarquía Regional, iii) Jerarquía Agrupada, iv) Grupo nuclear y v) Red Criminal, cada vez es más difícil circunscribirnos a esta única caracterización pues una actividad criminal puede estructurarse de acuerdo a varios tipos de estructuras por ejemplo los que falsifican monedas pueden organizar tanto en red como en jerarquía estándar y de igual manera los se dedican a delitos como la trata de personas (Sanz y Requena-Espada, 2013).

El derecho peruano requiere por ello contar con estudios empíricos que muestran las formas que toma la criminalidad organizada en nuestro país. Si bien la jerarquía estándar como una forma de agrupamiento delictivo con un único líder, una organización única, clara definición de roles y cadena de mando, permite caracterizar diversas organizaciones, en particular relacionadas con un tráfico de drogas que opera en América Latina a través de clanes familiares, gran parte del Crimen Organizado en el Perú de nuestros días lejos mostrar mecanismos fuertes de disciplina interna o control sobre un territorio, se encuentra al otro extremo del continuum, hacia lo que son redes criminales, tal como encontramos en casos recientes de corrupción política (Nuñovero y Melgar, 2019), tal como conceptualiza también este actuar organizado Giménez-Salinas y otros, (2012) a partir de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas en España (Ver Cuadro 01).

Cuadro 01. Organizaciones Criminales tradicionales Vs Redes Criminales

	Organizaciones criminales	Redes ilegales
Estructura	Jerárquica	Horizontal
División roles	División de tareas, especialización	Roles operacionales intercambiables
Movilidad interna	Miembros fijos y permanentes	Miembros no fijos ni permanentes
Promoción interna	Sistemas promocionales y procedimientos de selección de candidatos por méritos o habilidades	Reclutamiento y selección basada oportunidades y lazos sociales: antiguos negocios, etnicidad o familia, contactos, asignaciones concretas, etc. (Ianni, 1972)
Normas	Normas formales y secretas	Normas flexibles e inestables
Comunicación	Comunicación formal (se comparte mucha información)	Comunicación directa e individual (se comparte poca información)
Liderazgo	Liderazgo basado en la posición jerárquica	Liderazgo basado en la posesión de contactos y recursos (intermediación)
Protección	Relación global y Protección global de la red	Protección individual y relación individual
Resiliencia	Estructuras vulnerables	Estructuras resistentes

Fuente: Tomado de Giménez-Salinas et al., 2012.

Efectivamente, las redes criminales se caracterizan como conjuntos de actores conectados por vínculos, definidos en gran medida por actividades de individuos claves. En contraposición a las organizaciones criminales jerárquicas “tradicionales”, las redes se caracterizan por lealtades personales y afiliaciones operativas más que basadas en identidad étnica o social. Además, se pueden basar en conexiones coyunturales en relación con proyectos criminales, por lo que tienden adquirir poca relevancia pública, no tener una identidad definida, y verse reformadas rápidamente con la salida de uno u otro miembro, necesitando mayor número de integrantes para cooperar y ejecutar el crimen (Hobbs y Antonopoulos, 2014; Giménez-Salinas, 2012).

Algunos autores inclusive distinguen entre redes criminales engranadas o fluidas, estas últimas con mayor rapidez para transferencia de información y recursos, así como mayor desarrollo de habilidades y acceso a oportunidades de delinquir en adaptación a la persecución estatal y niveles de oferta y demanda de mercados ilícitos. (Le, 2012). Un ejemplo, es la existencia de redes en *whatssup* para intercambio de pornografía infantil.

En consonancia con más recientes manifestaciones de la criminalidad organizada, un estudio de la ONUDC (2012) identificó patrones organizacionales refiriendo los tipos tradicionales, como son las mafias o pandillas, así como nuevas formas de organización de tipo células y redes complejas, así como modelos mezclados con miembros fijos y ocasionales. Nuevamente estos estudios insisten en:

- La rápida obsolescencia de las tipologías criminológicas sobre organizaciones criminales, debido al surgimiento de nuevas formas delictivas, así como a las variaciones en los mercados ilícitos.
- La necesidad de evitar los estereotipos en base a constructos importados de otros contextos.
- La importancia de que al preparar las legislaciones se estudien las formas posibles para abarcar todos los patrones organizacionales utilizados por los grupos delictivos y por delincuentes individuales a quienes pudieren aplicarse de manera apropiada la legislación, de modo que esta no se limite en su aplicación a los tipos más tradicionales de organización delictiva.

En el Perú, como señalaron los primeros informes para la elaboración del proyecto de Ley contra el Crimen Organizado si bien un punto innegable de referencia es la Convención de Palermo, no se debe tomar esta como un paradigma definitivo y omnicompreensivo de este tipo de criminalidad pues se sabe que la realidad delictiva y las urgencias penales de cada país son diferentes, (Caro, Caro y Pérez Guadalupe 2007). De hecho, el Proyecto de Ley contra el Crimen Organizado elaborado en el Ministerio de Justicia el 2013 logró perfilar una definición que dejó atrás, por ejemplo, distinciones entre el nivel local, nacional o internacional del crimen organizado, quedando aún muchos vacíos pendientes en cuanto al sustento criminológico para la definición adoptada; de hecho la Ley 30077 más bien se centró en desarrollar los aspectos procesales para una persecución más acorde a lo establecido en la Convención de Palermo.

Más recientemente, tampoco se ha recurrido a estudios criminológicos para establecer los contornos de la figura a través del Acuerdo Plenario N°08-2019/CJ-116 de octubre de 2019, que señaló que la banda criminal es igualmente una estructura criminal, pero de menor complejidad organizativa que la organización criminal puesto que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la delincuencia común urbana. Las bandas criminales, según el citado acuerdo, no se dedicarían en nuestro país a activar y mantener negocios o económicas ilegales, a manera de una organización criminal productiva, sino que simplemente serían una agrupación criminal de despojo mayormente artesanal y violenta, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión de robos, secuestros, extorsiones, actos de marcaje y sicariato.

En realidad, la evidencia criminológica muestra que caracterizar a las organizaciones criminales – tipificadas en el artículo 317 - como no violentas, y más bien sofisticadas en su modus operandi, y a las bandas cri-

minales como ‘artesanales’, ‘violentas’ o ‘poco complejas’, ‘alejadas de las economías ilegales’ no termina de describir lo que encontramos en nuestro país como formas y niveles del Crimen Organizado. En el Perú, también encontramos bandas criminales dedicadas al tráfico de drogas, a mercados de autopartes o celulares robados, como capaces de perpetrar secuestros extorsivos tanto puntuales como multicéntricos simultáneos a empresarios en diferentes puntos de la capital o de desarrollar sofisticadas estafas informáticas a empresas a nivel nacional, casos que se revelan también muy difíciles de investigar.

De hecho, en un estudio reciente encontramos que, del total de investigaciones (451 registros) desarrolladas por la Dirección de Investigación Criminal (DIRINCRI-PNP) a bandas criminales que operaron en Lima durante el 2020, estas principalmente - un 36% (153) - se dedicaron a delitos patrimoniales como hurto agravado, robo agravado y receptación; así como también, un 21% (92) al tráfico ilícito de drogas, un 12% (51) a la tenencia o tráfico ilícito de armas, un 9% (42) a la extorsión, el marcaje o el secuestro, un 7 % (32) al fraude informático o la estafa agravada, y un 12% (45) a otros delitos (MININTER- Nuñovero, 2020).

Ahora bien, en los casos investigados por las Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado a nivel nacional (181 registros entre el 2016 al 2018), también observamos un modus operandi violento como también actuar de despojo o vinculado a la inseguridad ciudadana. De hecho, la actividad criminal principal predominante en dichas investigaciones respondió a delitos como sicariato, extorsión y usurpación agravada – presentes en un 37% (67) de los casos, así como a delitos patrimoniales como robo y hurto agravados – en un 13% (21) de los casos, a la trata de personas o al tráfico ilícito de migrantes – en un 5 % (9) casos, y en un 16% (29) a otros delitos como el tráfico de especies silvestres (MININTER-Nuñovero, 2020).

Sin duda, los casos de organizaciones criminales a cargo de FECOR involucran mayor número de investigados, requiriendo los denominados ‘Mega Operativos’ un gran número de policías y fiscales (MININTER, 2017); y con mayor aplicación de técnicas especiales de investigación, debido a que estas organizaciones pueden contar con mayor protección y capacidad corruptora de autoridades y funcionarios de la ley, aspecto que consideramos fundamental, pues más bien es el factor que permite que un grupo delictivo de menor nivel, que podemos caracterizar como una banda criminal, perpetúe o se expanda y sofistique en su accionar con el tiempo gracias a la protección o participación de funcionarios corruptos.

Tanto en la casuística de organizaciones criminales como de bandas po-

demos encontrar uso de violencia, vinculación con mercados ilícitos de diverso tipo y actividades generadoras de inseguridad ciudadana. Con todo, describir la actividad de bandas que pueden dedicarse al secuestro extorsivo de empresarios o al fraude informático como “artesanal” en contraposición a organizaciones criminales ‘sofisticadas’ resulta una caracterización todavía bastante gruesa a falta de investigaciones criminológicas en la materia. Así, es más bien necesario un mayor conocimiento de las modalidades y dinámicas de los mercados ilícitos que operan en el Perú y la región, incluyendo el de autopartes o celulares robados, que también puede alcanzar amplitud transnacional como la actividad de investigación criminal de INTERPOL¹ o la Policía de Colombia².

A pesar de ello, en el Perú, existe todavía un sesgo para identificar las organizaciones criminales con estructuras funcionales con roles definidos en la jurisprudencia peruana, en particular a partir del Acuerdo Plenario N°01-2017-SPN del 5 de diciembre del 2017. Si bien el referido Acuerdo Plenario refiere un enfoque criminológico, tampoco aporta un sustento tal, pero sí establece mayores requisitos de probanza para el Ministerio Público a la hora de establecer la imputación de este delito, lo cual nos remite al segundo desafío político criminal en la materia y a los limitados resultados alcanzados en el país los últimos años en la lucha contra el narcotráfico y otras formas de Crimen Organizado.

3. Retos de investigación y recuperación de patrimonios criminales

Desde los primeros *Travaux Préparatoires* para la Convención de Palermo, se constató una criminalidad organizada conformada por actividades comerciales, industriales, cierta organización, apariencia de negocio lícito y conexión con el poder político, que tornaba más difícil su persecución, considerando su extensión geográfica a diferentes territorios, lo cual requiere mayor cooperación internacional con hincapié en el lavado de activos ilícitos (ONU, 2008).

A pesar de la complejidad fáctica de investigar, perseguir y sancionar tales formas de criminalidad, muchas veces el marco normativo en el Perú ha dificultado aún más la tarea. Así, por ejemplo, el Acuerdo Plenario N°01-2017-SPN señala que por criminalidad organizada se entiende una acti-

1 INTERPOL, Delincuencia relacionada con vehículos. Consultado el 20 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-relacionada-con-los-vehiculos>.

2 INSIGHT CRIME - PUERTA, F., Desglosando el lucrativo comercio de teléfonos celulares en Latinoamérica. Artículo del 13 de agosto de 2014. Disponible en <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/desglosando-lucrativo-comercio-telefonos-celulares-robados-latinoamerica/>. Consultado el 20 de noviembre de 2021.

vidad delictiva cuyo rasgo diferencial radica en la organización y planificación. De esta manera, la estructura funcional de la misma— con sus diversos compuestos se añade al resto de los elementos del tipo establecido en el art. 317 del Código Penal. El elemento estructural, además se analiza en función de las actividades de la organización que deben ser probadas, infiriéndose a partir de las labores conjuntas de los integrantes de la organización, que impliquen un nivel de coordinación, pero además se desglosan una serie de elementos relacionados con este actuar organizado.

Finalmente, conforme se detalla en el Cuadro 02, nuestras exigencias sobrepasan criterios establecidos por EUROPOL³ válidos para investigar organizaciones criminales en ámbitos como el español, cuya realidad criminológica a diferencia de la peruana, no implica enfrentar los primeros eslabones del tráfico mundial de cocaína, extensión de mercados de explotación humana o tal grado vulnerabilidad a la corrupción como encontramos en el Perú, en la mayoría de ámbitos del gobierno nacional y subnacional.

Criterios Europol	Legislación peruana
Colaboración de más de dos personas.	Integración de 3 o más personas.
Actuación prolongada en el tiempo.	Estructura organizacional.
Comisión de delitos graves.	Operatividad planificada y funcional.
Búsqueda de beneficios o de poder	Finalidad delictiva.
	Permanencia en el tiempo.
	Delitos especificados en la ley.
	Actuación por diseño de organización.
Al menos uno de los indicadores:	Estructura definida por:
Reparto específico de tareas.	Elemento personal: Integrantes.
Uso de algún tipo de control interno.	Elemento temporal: Carácter estable o permanente.
Extensión al ámbito internacional.	Elemento teleológico: Desarrollo de programa criminal.
Uso de la violencia.	Elemento funcional: Designación o reparto de roles.
Blanqueo de capitales.	Elemento estructural: Normativo que engarza y articula todos los componentes.
Uso de estructuras económicas o comerciales.	
Corrupción de autoridades o privados.	

Elaboración propia

En el Perú, enfrentamos en efecto grandes retos para imputar organizaciones criminales, en particular de tipo redes criminales, de amplitud

³ PARLAMENTO EUROPEO, Working document on organized crime. Documento 6204/2/97 Enfópul 35, rev 2.

internacional, como se ha encontrado en casos de pornografía infantil o lavado de activos, en parte debido a las exigencias del estándar jurisprudencial, como debido a predominancia de miembros o colaboradores con participaciones ocasionales en ilícitos relacionados con el lavado de activos a nivel internacional, la ciberdelincuencia o la explotación sexual.

Con todo, lo fundamental de las investigaciones que involucran casos complejos de criminalidad organizada es una adecuada planificación y metodología, basada en la identificación progresiva de las características de la organización criminal, los principales actores y el *modus operandi* de la misma, mediando la elucidación de aspectos como el espectro de corrupción a funcionarios y el aseguramiento del patrimonio criminal. Esto último requiere el adecuado empleo técnicas, y herramientas de investigación de acuerdo con las características del caso en concreto. La planificación de la investigación implica además la organización de la investigación en líneas, reuniendo por ejemplo a grupos de individuos o hechos vinculados entre sí, por ejemplo, una organización o banda criminal dedicada no solamente a la trata de personas, sino con un brazo dedicado al tráfico de drogas.

Cabe por ello destacar que además de las técnicas que pueden ser aplicadas en casos de delincuencia común (Por ejemplo, operativos de allanamiento o toma de declaraciones a testigos), la Ley N°30077, Ley contra el crimen organizado establece la aplicación de técnicas especiales de investigación regidas por principios de: idoneidad, necesidad y ser indispensables para el esclarecimiento de los hechos; así como bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad; ahora bien, las capacidades para el despliegue de las mismas se encuentran aún dispares en algunas unidades de la Policía Nacional y las Fiscalías Especializadas, que vienen a ser las que predominantemente investigan estos casos.

Entre las principales técnicas de investigación, medidas limitativas de derechos y herramientas de persecución contra el Crimen Organizada que se encuentran las establecidas en la Ley N°30077, el Código Procesal Penal y leyes conexas, sobre las cuales se requieren especiales competencias en los operadores de la ley. Nos referimos a la utilización de Agente encubierto (Art.341 del CPP, Resolución de Fiscalía de la Nación N°729-2006-MP-FN), la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (Art. 340 del CPP), las Operaciones Encubiertas (Art. 341-A del CPP), la Interceptación postal e intervención de comunicaciones (Art.226 y siguientes del CPP), el Levantamiento del secreto bancario o de la reserva tributaria o bursátil, el procedimiento de Colaboración Eficaz (Art. 472 y siguientes del CPP, Decreto Supremo N°007-2017-JUS).

Así, investigar casos complejos que muestran vínculos con redes internacionales, o con políticos y funcionarios corruptos que les brindan protección requiere muchas veces diligencias en diversas - a veces inaccesibles - localidades del territorio nacional, cooperación judicial internacional, así como procesamiento y pericias sobre información bancaria, tributaria, telefónica, de internet o de dispositivos electrónicos, información que muchas veces tarda en llegar desde el sector privado, considerando la escasa interoperabilidad de los sistemas informáticos. Esto genera que, en países como Perú, a pesar de contarse con plazos procesales de hasta 36 meses o más, la formulación de imputación contra una organización criminal resulte todo un reto.

Dada la emergencia de nuevas modalidades y la multiplicación de conductas criminales a consecuencia del uso de tecnologías, el fortalecimiento de las investigaciones requiere que las instituciones del sistema penal optimicen su accionar implementando:

- Herramientas tecnológicas, sistemas, equipos y softwares especializados que provean capacidad de análisis (georreferenciado, análisis de vínculos, de redes, de transacciones bancarias, de redes en internet, evidencia digital forense, etc.).
- Personal especializado para análisis criminal y para elaboración de peritajes audiovisuales, fonéticos, contables, psicológicos, antropológico, entre otros.
- Recursos logísticos para transporte, instalación y condiciones de seguridad de actuaciones de investigación, como soporte logístico para la vigilancia y seguimiento en zonas poco accesibles.
- Recursos especializados para asistencia y protección de testigos y víctimas.

Por último, como hemos dicho, el lavado de activos contribuye especialmente a la expansión de la criminalidad organizada y de mercados ilícitos conexos, de manera que los ingresos de la criminalidad organizada transnacional a nivel global han sido estimados en más de 2 billones de dólares al año, encontrándose en un 30% relacionados con el tráfico de drogas (Global Financial Integrity, 2017). Cabe resaltar que según el Reporte Mundial sobre Drogas 2021 de la Organización de las Naciones Unidas, la producción mundial de cocaína ha alcanzado su máximo nivel registrado en la historia y, por ejemplo, el Perú, como segundo productor de coca del mundo alcanzó una producción potencial equivalentes a 95 mil kilogramos el 2017, y ganancias sumamente importantes considerando que cada kilo-

gramo alcanza precios de entre mil y 60 mil dólares a nivel internacional (UNODC, 2017).

Con respecto a una problemática de tal magnitud, desde los 80s se ha ido conformando un consenso mundial en cuanto a la pertinencia de enfocar la persecución del crimen organizado mediante mecanismos dirigidos a recuperar las ganancias ilícitas (Ligeti & Simonato, 2017; Kilchling, 2014). En países de América Latina, resulta innegable la capacidad que tiene el crimen organizado de socavar y distorsionar las economías aún emergentes y la institucionalidad de dichos países.

El caso del Perú muestra además que, si bien se tiene una menor contribución a la oferta de cocaína en términos de cultivos y producción, presentamos vulnerabilidades específicas al lavado de activos en el comercio internacional de oro, y más recientemente a través del *ciberlavado*. Recientemente en el Perú, hemos aproximado el *modus operandi* de la minería ilegal relacionada a la criminalidad organizada y al lavado de activos en el comercio internacional del oro (Ministerio Público de Perú, 2020). Estudios similares en Colombia han catalogado a parte de la minería ilegal de oro como minería criminal, debido a sus vínculos con organizaciones criminales (OCDE, 2017).

Cuadro 03. Montos Involucrados en IIF según delito precedente 2011-2020.

Posible delito vinculado	Acumulado 2011-2020		Año 2020	
	Nº de IIF	Millones de US\$	Nº de IIF	Millones de US\$
Minería ilegal	62	8,210	5	1,343
Tráfico ilícito de drogas	155	2,431	3	9
Defraudación tributaria	49	1,491	1	1
Corrupción de funcionarios	182	1,420	8	18
Defrauda. aduanas / contrabando	54	554	1	2
Delitos contra el orden financiero y monetario	17	428	1	0.04
Delitos contra el patrimonio	44	145	4	0.5
Tala ilegal de madera	2	103	-	-
Proxenetismo	9	20	-	-
Trata de personas	3	2	-	-
Otros	143	786	6	63
Total	720	15,590	29	1,437

Fuente: UIF Perú- Boletín Estadístico (diciembre 2020).

Como se muestra en el Cuadro 03, la Unidad de Inteligencia Financiera

UIF-Perú, reportó para el 2020 la emisión de 29 Informes de Inteligencia Financiera – IIF involucrando montos de US\$ 1,343 millones por lavado de activos asociado a minería ilegal, mientras que los montos por lavado producto de la corrupción de funcionarios y el tráfico ilícito de drogas solo alcanzaron los US\$ 27 millones dicho año.

Ahora bien, siguiendo la lógica de la Convención de Palermo, además de la penalización de la participación en un grupo delictivo, la lucha contra la criminalidad organizada implica para los Estados la responsabilidad de aplicar medidas como el decomiso y la incautación dirigidas a la recuperación de activos ilícitos (artículo 12). Entre otros instrumentos procesales, en casos complejos de crimen organizado, en el Perú vienen aplicándose:

- **Las incautaciones:** el Código Procesal Penal peruano recoge en su artículo 218 la posibilidad que tiene la policía o la fiscalía de incautar bienes que constituyan cuerpo del delito o que se relacionen con este, o sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos. De acuerdo con el Acuerdo Plenario N°5-2010-/CJ-116 es un mecanismo con una función conservativa de la prueba material o de prevención de obstaculización de la averiguación de la verdad, pero que a la vez cumple funciones de asegurar la posibilidad de un decomiso como consecuencia accesoria del delito. Se han reportado hasta US\$ 21.5 millones incautados entre el 2015 y el 2017 a nivel de Fiscalías Supraprovinciales Especializadas en Lavado de Activos, así como vehículos, inmuebles, dinero, oro y otros bienes incautados a nivel nacional por más de US\$ 1,110 millones entre el 2014 y el 2017.
- **Los embargos y otras medidas reales:** El Código Procesal Penal peruano incorpora también el recurso a medidas coercitivas de carácter real, como los embargos (artículo 302 y siguientes), que proceden para asegurar la efectividad de la reparación civil derivada del delito. Uno de los problemas más importantes ha sido el de cuantificar montos de reparación civil en delitos cada vez más complejos, en los cuales la conceptualización de la afectación y metodología para hacer objetiva la pretensión indemnizatoria no estaba suficientemente desarrollada (USAID, 2014) y llevaba a la imposición de montos irrisorios.

Es por ello que por ejemplo, como actor civil, la Procuraduría Ad Hoc ha desplegado una estrategia procesal de inteligencia patrimonial, diversificación de medidas cautelares, incorporando empresas como terceros civiles responsables y estableciendo acuerdos reparatorios, a fin de dotar de mayor eficacia a mecanismos como el embargo para obtener el resarcimiento pecuniario por parte del Estado en procesos penales vinculados al

caso 'Lava Jato', en su mayoría de adecuados a la Ley N°30077 Ley contra el Crimen Organizado. Al 2020, la imposición de montos de reparación civil en dichos casos alcanzó aproximadamente los S/800 millones (Procuraduría Ad Hoc, 2021).

- **El decomiso sin sentencia desde un país extranjero.** Se utiliza en caso en que las ganancias ilícitas hayan sido trasladadas rápidamente fuera del país a través de empresas intermediarias, testaferros, cuentas en paraísos fiscales, o utilizando transportistas transfronterizos de dinero efectivo o joyas, dependiendo de la ruta de dicho patrimonio criminal. En particular, países en los que se ha implementado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de Palermo, y aquellos con los cuales existen acuerdos de cooperación judicial y de extradición, permiten la recuperación de activos desde países extranjeros, a través de mecanismos civiles implementados judicialmente en dichos países (Ligeti & Simonato, 2017).
- **El congelamiento administrativo de fondos** (Art. 3° de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF-Perú), que realiza la UIF-Perú sobre cuentas bancarias, es una medida caracterizada por su inmediatez que prohíbe la transferencia, conversión, disposición o movimiento de fondos o activos de personas o entidades designadas en el marco de los dispositivos internacionales vinculados a la prevención de terrorismo, financiamiento de terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva.
- **La extinción de dominio.** Finalmente, en el marco de la implementación de la Convención de Palermo, el 2012 también se publicó el Decreto Legislativo 1104 sobre pérdida de dominio, norma con limitada aplicación hasta su reformulación a través del Decreto Legislativo 1373, denominado Ley de Extinción de Dominio, del 2018. Este procedimiento implica que, como consecuencia jurídico-patrimonial se traslade a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, como una acción autónoma, distinta e independiente de otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, de la que cual se haya desprendido, o por la que se le dio origen.

La implementación de este mecanismo a partir del 2019 ha conllevado a la creación de Subsistema Especializado - aún provisional - compuesto de 24 fiscalías. A finales del 2020 las fiscalías especializadas en la materia venían tramitando más de 1500 procesos obteniendo sentencias por montos

involucrados de hasta US\$ 22 millones, principalmente por delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos procedentes del tráfico ilícito de drogas.

En conclusión, tanto los adecuados estudios criminológicos pendientes en nuestro país en materia de crimen organizado, como el fortalecimiento de capacidades investigativas y de recuperación de patrimonios criminales constituyen aspectos político-criminales pendientes de suma relevancia para enfrentar el fenómeno del Crimen Organizado en el Perú. En particular, el fortalecimiento de dichas capacidades a nivel del Sistema Penal requiere propiamente la apuesta por políticas institucionales de parte de actores clave como el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Ministerio del Interior y la Policía Nacional, que involucren la organización de recursos, tanto humanos como técnicos y tecnológicos, a la medida de la gravedad de la situación.

4. Bibliografía

ALACH, Z. J., «An incipient taxonomy of organised crime», en *Trends in organized crime*, vol. 14, no 1, 2011, pp. 56-72.

CAMPANA, P., «Understanding then responding to Italian organized crime operations across territories», en *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 7, no 3, 2013, pp. 316-325.

CAMPANA, P.; VARESE, F., «Organized crime in the United Kingdom: Illegal governance of markets and communities», en *The British Journal of Criminology*, vol. 58, no 6, 2018, pp. 1381-1400.

CARO, D.; CARO, J. A.; PÉREZ GUADALUPE, J. L. y otros., *Informe sobre Anteproyecto de Ley Penal contra la Criminalidad Organizada, de Comisión creada por Resolución Ministerial N° 514-2006-JUS*, 2007.

CORDINI, N. S., «Delitos de organización: Los modelos de Conspiracy y asociación criminal en el derecho interno y en el derecho internacional», en *Derecho Penal y Criminología*, 2017, vol. 38, pp. 75-120.

GIMÉNEZ-SALINAS, A. y otros., «Estructuras y liderazgo en cuatro redes españolas dedicadas al tráfico de drogas», en *Revista Española de Investigación Criminológica*. Art. 1 (10), 2012.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME (GI-TOC), en *Organized Crime an illegally mined gold in Latin America*, (Ginebra: Global initiative against Transnational Organized Crime, 2016).

HAGAN, F. E. «“Organized Crime” and “organized crime”: indeterminate problems of definition», en *Trends in organized crime*, vol. 9, no 4, 2006, pp. 127-137.

HOBBS, D.; ANTONOPOULOS, G. A., «How to research organised crime», en *The Oxford handbook of organised crime*, 2014, p. 96-117.

SANZ, C.; REQUENA-ESPADA, L., «¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal?», en *Revista Criminalidad*, 2013, Vol 55(1), p. 31-48.

KAN, P. R., *Drug Trafficking, and International Security*. Plymouth: Rowman & Littlefield, 2016.

KILCHLING, M., «Finance-oriented Strategies of Organized Crime Control», en PAOLI, L. (Ed.), *The Oxford Handbook on Organized Crime*, (New York: Oxford University Press, 2014), pp. 655-673.

LIGETI, K.; SIMONATO, M., «Asset Recovery in the EU: Towards a comprehensive enforcement model beyond confiscation? An introduction», en *Chasing Criminal Money. Challenges and perspectives on asset recovery in the EU*, (Oxford, Hart Publishing Ltd, 2017, pp.1-21).

MALJEVIC, A., *Participation in a criminal organization and conspiracy. Different Legal model against Criminal collectives*, (Berlín: Duncker & Humblot, 2011).

LE, V., «Organised Crime Typologies: Structure, Activities and Conditions», *International Journal of Criminology and Sociology*, 1, 2012, p. 121-131.

MENDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de droga cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2014, pp. 511-560.

MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN, *Minería Aurífera Ilegal. Territorios, modus operandi y lavado de activos en el comercio internacional. Informe de Análisis N°03*, (Lima, MP-FN, 2020).

MINISTERIO DEL INTERIOR (MININTER), *Megaoperativos contra el crimen organizado*, (Lima, MININTER, 2017).

MINISTERIO DEL INTERIOR (MININTER); NUÑOVERO, L., *Plan*

operativo entre la PNP y el MP para fortalecer la lucha contra las actividades delictivas de bandas criminales en Lima metropolitana. Documento para la creación el Grupo de Trabajo Multisectorial aprobado mediante Resolución Ministerial N°0558-2021, (Perú: Dirección General contra el Crimen Organizado – MININTER, 2021).

NUÑOVERO, L.; MELGAR, S., «Redes de criminalidad, corrupción y punibilidad: El caso del Gobierno Regional de Áncash 2007-2014», en *Derecho & Sociedad*, núm. 52, 2019, pp. 143-163.

NAYLOR, R. T., «Mafias, myths and markets», en *Transnational Organized Crime*, vol. 3, núm. 3, 1997, pp.1-45.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, (Nueva York: ONU, 2008).

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL CRIMEN (UNODC), *World Drug Report 2021. Booklet 4. Drug market trends: Cocaine Amphetamine-type stimulants*, (Viena, UNODC, 2012).

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL CRIMEN (UNODC), *Compendio de casos de delincuencia organizada*, (Viena: ONUDC, 2012).

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL CRIMEN (UNODC), *Pilot Survey on forty selected organized crime groups in sixteen countries*, (Viena: UNODC, 2002).

OCDE, *Debida diligencia en la cadena de suministros de oro colombiana: Perspectivas generales*, (Colombia: OCDE, 2016).

PAOLI, L., *The Oxford Handbook of Organized Crime*, (Oxford: Oxford University Press, 2014).

PRADO SALDARRIAGA, V., *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, (Lima: Idemsa, 2013).

PROCURADURÍA AD HOC CASO ODEBRECHT Y OTRAS (PPAH), *Informe de Gestión y Resultados 2017-2020*, (Lima: PPAH, 2021).

REUTER, P., *Disorganized crime: The economics of the visible hand*, (Cambridge, MA: MIT press, 1983).

TIEDEMANN, K., *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*, (Lima:

Griljey, 2007).

USAID-PERU, *Manual de apoyo para el cálculo de la reparación civil en los delitos contra la administración pública*, (Lima: USAID, 2014).

Los aportes científicos de los Peritajes Forenses en la tipificación jurídico penal*

José Luis Pacheco De La Cruz**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Parte tanatológica forense / 2.1. El perito forense / 3. Casos para examinar / 3.1 Caso de un cadáver femenino / 3.1.1. Lugar del hecho / 3.2 Caso de un cadáver masculino / 3.3. Otros casos / 4. Conclusión.

1. Introducción

Ante una muerte violenta o sospechosa de criminalidad, la función del perito médico forense versa en determinar –mediante el examen corporal del cadáver– si es que se trata de una muerte homicida, accidental o suicida. Lo descrito puede ejemplificarse en el supuesto en el que una persona resbala y su cabeza impacta con el suelo, causándole una lesión mortal; entonces, se suscita en una muerte violenta accidental, motivo por el cual, no es correcto pensar que, cada vez que se encuentre un cadáver en un lugar, se piense que siempre se trata de una muerte violenta homicida.

Sin embargo, si la misma persona –en su lugar– decide acabar con su vida, haciendo uso de una soga o lazo que comprima su cuello, con el propio peso corporal podría producirse una asfixia mecánica, ahorcándolo; en este caso, se estaría determinando una muerte violenta suicida.

En consecuencia, resulta menester entender la labor que realizan los peritos en la determinación de aquellos supuestos sobre los que se está traba-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el II Congreso Nacional de Ciencias Penales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 11 al 15 de octubre del 2021.

Es Doctor en Derecho, Maestro en Salud Pública con mención en gestión hospitalaria, Médico especialista en Medicina Legal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional Hermilio Valdizan. Además, es profesor en la Maestría en Derecho Penal de la UNMSM, cursos de Medicina Legal, Criminalística y Criminología en la USMP, AMAG, PNP, y es un destacado autor de múltiples artículos científicos publicados en revistas biomédicas y jurídicas indexadas.

jando en la praxis de esta ciencia.

2. Trabajo tanatológico forense

En primer lugar, debe considerarse que se está ante una muerte sospechosa de criminalidad, pues aun no se sabe si es el resultado de una conducta homicida o suicida. En ese sentido, el conocimiento científico forense será fundamental para que –durante la investigación– se llegue a formalizar la denuncia en el supuesto que se trate de un hecho delictivo criminal o –caso contrario– para que este se descarte.

A partir de ello, cuando se hace referencia a la criminalidad, resulta menester esclarecer que prima la violencia del acto, toda vez que existen otros modos por los que una persona podría fallecer –como la muerte natural–; no obstante, en el caso concreto, actúa un agente externo traumático que culmina con la vida de la víctima.

2.1. El perito forense

Sobre este punto, pueden provenir del Ministerio Público, así como del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y de la Oficina de peritajes, o de la Policía Nacional del Perú, por medio de la Dirección de criminalística, la cual se encuentra descentralizada alrededor del país, a través de oficinas de criminalísticas (OFICRI) en los distritos judiciales.

Por otro lado, la científicidad y objetividad de su conocimiento, deben ir acorde a lo exigido en el Código Procesal Penal; es decir, el perito forense debe ser el encargado de exponer resultados producto de la ciencia, independientemente de los grados y títulos que ostenta. Por ende, si no cumple con las funciones de un perito; esto es, si no observa, describe, elabora informes periciales, no acude a las citaciones judiciales o si acude, pero no participa de manera óptima en la ilustración, empleando términos incomprensibles para los asistentes de las diligencias; entonces, su aporte resulta inservible en el proceso. Verbigracia, si un perito llega a la escena de un crimen y observa una mancha roja, aparentemente de sangre; entonces, en aras de averiguar que –efectivamente– se trata de ello, lo primero que podría realizar es el test de peróxido de hidrógeno, denominado comúnmente como agua oxigenada, para luego confirmar esa presunción con otros test o insumos más específicos. Luego, una vez terminado el proceso de verificación, el perito debe describir los resultados y emitir conclusiones; para lo que es primordial evitar el uso de un lenguaje sumamente técnico, ya que este se encuentra enfocado al entendimiento de todo aquel que lea la descripción realizada de los hechos. De igual manera, si en la misma escena se aprecian lesiones corporales en el cadáver y el perito llega a

describir la presencia de muchas heridas punzo cortantes penetrantes ocasionadas por un arma blanca con punta y filo; entonces, probablemente los que lo escuchan o lean dicha descripción no comprendan a lo que hace referencia. Empero, si el perito lo describe como “heridas ocasionadas por un cuchillo” seguramente sí podrá ser entendido.

Es por todo lo ilustrado en párrafos anteriores que el Código Procesal Penal y la cientificidad del aporte forense –por parte del perito– deben ir de la mano. De esta forma, el perito forense debe redactar de una manera clara y a través del empleo de palabras universalmente entendibles; toda vez que, aquel que investiga y acusa, así como el que presenta medios probatorios, el que va a escuchar a las dos partes para tomar la decisión o cualquier otro profesional del derecho que pueda leer este tipo de dictamen o informe pericial, deben entender las conclusiones a las que arribó el perito.

A razón de ello, se expidió un manual –vigente en el país desde el año 2010– donde se identifican todos los procedimientos que deben seguirse para conocer el lugar en el que se suscitó una muerte violenta o sospechosa de criminalidad, es decir, si se trata de un delito contra la vida, en su forma homicida. Por ello, el conocimiento científico del aporte del perito es fundamental para que –finalmente– se pueda tipificar correctamente estos delitos como tal.

3. Casos expuestos para análisis académico

3.1. Caso 1

En este caso, se tiene una habitación y un cadáver que corresponde al sexo femenino. Se observa también que dicho cuerpo se encuentra semidesnudo y mantiene puesta una media en el pie derecho. Además, se aprecia un fluido que –presumiblemente– podría ser sangre; así, estos indicios permiten conjeturar hipótesis, tales como que –posiblemente– la sangre le pertenece a la occisa o que quizá sea de su victimario.

Posteriormente, cuando los peritos se hallen en el lugar, no solo se deben fijar en el cuerpo; sino también en los alrededores para tratar de hallar la mayor cantidad de indicios o evidencias, con el objetivo de ir describiendo lo que se va encontrando en la escena; es decir, si se observa un cuerpo humano sin vida, la concentración no reside netamente en el cuerpo, sino también en lo que está alrededor. A lo descrito se conoce como indicios o evidencias, ya que el cadáver forma parte del lugar; no obstante, no constituye la evidencia principal, sino que también hay otras. Por consiguiente, el perito forense debe describir las evidencias corporales y extracorporales; verbigracia, si se encontrase el cadáver de sexo femenino en posición

decúbito dorsal, correspondiente a una mujer de aproximadamente 30 años, quien –además– se halla semidesnuda; entonces, se generaría algún tipo de hipótesis en el perito.

En ese sentido, cabe conjeturar que –tal vez– hubo una relación sexual previa al deceso y, probablemente, se trate de una víctima de violación sexual; sin embargo, también podría sostenerse que quizá estaba tomando una ducha –razón por la que estaba desnuda– y tuvo un infarto que provocaría su muerte. Empero, esto último no resultaría del todo creíble, ya que poseía una media; además, en las paredes estaba escrita la frase “te amo”. Es por ello que los peritos deberían realizar una inspección o visualización de todo el lugar, no solamente de una parte.

Por otro lado, resulta primordial que se esclarezcan las circunstancias en las que se suscitaron los hechos; por ejemplo, si se está ante un homicidio intencional –o doloso– en el que la víctima es una mujer, podría tratarse de un feminicidio si es que se llevó a cabo por la condición de ser tal. Asimismo, para llegar a dicha tipificación jurídica, es necesario el aporte de las Ciencias forenses; de modo tal que se abandonen las creencias generalizadas sobre los hechos, como suele suceder cuando –por ejemplo– se plantea que una mujer fue asesinada por su ex conviviente basándose en las estadísticas o en casos similares.

3.1.1. Lugar del hecho

En el caso mostrado, se trataría de aquel escenario donde la mujer fue golpeada, estrangulada o lesionada mortalmente. Este acontecimiento pudo suscitarse en el baño; de ser así, entonces este ambiente va a tener que ser examinado. A razón de ello, la locación donde ocurren dichas lesiones –que van a condicionar posteriormente una muerte– se le denomina el “lugar del hecho”.

No obstante, puede ser que la persona también falleciera en el pasadizo de la habitación en cuestión, producto de haber sido acuchillada en el baño para, posteriormente, ser arrastrada por el pasadizo o –quizás– ella se arrastró, llegando a morir en el pasadizo. En ese sentido, en aras de comprobar alguna de las teorías descritas, se deben examinar las manchas de sangre. En consecuencia, el lugar al que el perito llega y observa el cadáver se le denominara como “lugar de hallazgo del cadáver”.

Además, el lugar del hecho, el de muerte y el de hallazgo del cadáver –generalmente– podría no coincidir; ya que, como sucede en los casos de feminicidio, el que asesina a una mujer trata de borrar la evidencia trasladando el cuerpo a otro sitio o –incluso– aplicar un descuartizamiento *post mortem*,

con el propósito de arrojar las partes corporales en diferentes lugares.

3.2. Caso 2

Sobre este punto, se halla un cadáver de sexo masculino en una vía pública, el cual fue encontrado en posición de decúbito dorsal y con la presencia –únicamente– de prendas de vestir correspondientes a la parte inferior: calzoncillos, pantalón, medias y, un solo calzado. En ese sentido, resulta presumible que se trata de una víctima de muerte violenta, toda vez que no se logró encontrar el par del zapato; no obstante, no puede asumirse una conjetura como absolutamente cierta, pues cabe la posibilidad de sostener que quizá fue atropellado para luego ser abandonado en dicho lugar u otros supuesto, pues también se le encontró la marca de un surco por encima del cartílago tiroideos, conocido como “manzana de Adán”.

Así, en esa línea, resulta coherente descartar hipótesis como el suicidio o ahorcamiento, basándose en aspectos como el tipo de surco: dos bordes definidos que se asemejan a las marcas provocadas por la presión de una correa a nivel del cuello. Además, permite afianzar la hipótesis del estrangulamiento, debido a que la marca del surco cervical no es oblicua hacia atrás ni incompleta (característica de una muerte por ahorcamiento); sino que se trata de una horizontal y completa; por consiguiente, cabe inferir que se ha suscitado un estrangulamiento, en el cual es necesaria la presión de una mano ajena, coherente –además– con la etiología homicida.

3.3. Otros casos

Dentro de los aportes científicos forenses, es muy frecuente encontrar lesiones por armas u objetos con filo, denominados armas blancas. En ese sentido, existe la posibilidad de que una persona fallezca y su cadáver ostente una lesión en la muñeca, la cual indique que dicha muerte se llevó a cabo al cortar sus venas; no obstante, ¿cómo se acredita que esa lesión fue hecha por la persona que falleció o por otra distinta? Los peritos se encuentran para responder este tipo de interrogantes; de esta forma, si hay una herida cortante donde –primero– se ejerció una presión del lado con filo, luego el deslizamiento y –finalmente– la salida; entonces, puede hacerse referencia a una lesión realizada por la misma persona. Empero, si se presenta un supuesto en el que se observa una mano con diferentes cortes discontinuos –de diversos tamaños y profundidades–, aunados a heridas hechas del medio de la palma hacia afuera, cuya parte más ancha se halla al borde de la mano; mientras que, la más fina y superficial, por donde sale el lado con filo, está en la parte interna; entonces, con todo lo mencionado, se puede presumir que las lesiones son originadas al defenderse de un atacante que portaba un arma punzo cortante.

Por otro lado, se presenta otro supuesto en el que se puede observar un cadáver con un orificio circular originado por un disparo, en una zona denominada formalmente como región témporo-parietal, conocida comúnmente como sien. Al respecto, tras realizar las observaciones pertinentes, se puede deducir que dicho orificio es uno de entrada, debido a que se aprecia la pólvora alrededor de la herida; así también, se ve que el arma fue disparada a corta distancia y en un ángulo de 90  sobre la superficie de la piel, esto último por la forma circular que ostenta el orificio en el cuerpo y porque –alrededor de este– existen residuos de la pólvora que quedó impregnada por fuera de la herida, de manera concéntrica a su alrededor. Pues, será diferente si el disparo hubiera sido realizado de arriba hacia abajo, viceversa o de derecha a izquierda; ya que la mayor cantidad de polvo se hallar  por el lado donde hay mayor inclinación. En consecuencia, una de las preguntas recurrentes en casos como el mencionado anteriormente, radica en esclarecer si el disparo fue realizado en vida o cuando la persona ya estaba muerta; toda vez que alguien pudo asesinar de otro modo a la víctima y luego simular que se suicidó, colocando el arma en la mano de esta. Así, si se observan lesiones puntiformes rojizas dispersas en el cuerpo; entonces, cabr  la posibilidad de sostener que dicho disparo fue ejecutado en vida, debido a que la sangre circula más rápido, por lo que las salpicaduras no aparecerán si se llevó a cabo un disparo a un cadáver.

Asimismo, existen diferentes conocimientos científicos forenses que ayudan a determinar si se est  ante un suicidio o un homicidio; verbigracia, las manchas de sangre, así como los residuos de las partículas de la combustión de la pólvora, que es una especie de arenilla negra. Todo ello debe ser recogido por los peritos forenses especializados, en aras de poder someterlos a diferentes procesos y –así– verificar o descartar hipótesis. Adicionalmente, resulta importante tomar en cuenta las evidencias extracorporales, pues de estas se puede corroborar la presencia de una o más personas involucradas en un posible delito; e, incluso, gracias al gran avance científico es posible verificar la presencia de la sangre que se intent  eliminar de la escena.

4. Conclusión

En resumen, los peritos deben usar un lenguaje que sea entendible para las partes que participan en las diligencias; de igual modo, a lo largo del desarrollo de los casos, se evidencia que los aportes científicos forenses revisten de gran relevancia para la validación o descarte de las hipótesis de investigación criminal, que se generan a partir de diferentes casos en los que se presume la realización de un delito.

Asimismo, gracias a avances científico forenses, los resultados de las investigaciones tienen un acercamiento aún mayor para con los hechos que realmente ocurrieron, constituyendo un aporte muy importante al Derecho Penal y Procesal Penal.

En el Bicentenario del Perú, somos conscientes que, a través de los años, las legislaciones peruanas han ido evolucionando conforme a los avances de la sociedad y la modernidad ha obligado a hacerlo, humanizando penas antes contempladas o eliminando y tipificando ciertos delitos o tipos penales, conforme el contexto social y el devenir que lo requiera.

En ese sentido, en esta oportunidad nos es grato presentar el producto de un exacerbado esfuerzo, motivado por el valioso y esmerado hecho de otorgar a la comunidad jurídica la recopilación de una serie de excelentes y prolijos trabajos académicos pertenecientes al II Congreso Nacional de Ciencias Penales, cuyo eje temático fue denominado "Enfoques y estudios actuales para el análisis del ordenamiento jurídico penal peruano".

Al respecto, este producto académico tiene como objetivo principal rendir un homenaje a las legislaciones penales peruanas, en el marco de los 30 años de vigencia del Código Penal, 18 años del Código Procesal Penal, 30 años del Código de Ejecución Penal y 18 años de su Reglamento.

De modo tal que, la presente obra aborda una serie de estudios y análisis de las diversas problemáticas que se erigen en torno a la realidad nacional al momento de aplicar las normativas que se contemplan en la legislación penal peruana, sin soslayar las bases dogmáticas de las teorías que se conocen y que han servido de guía para la evolución de las Ciencias penales en el país.

En consecuencia, pese al valeroso esfuerzo, es complaciente observar cómo el producto final supera las expectativas iniciales, por lo que, esperamos que la lectura de esta obra impulsada y hecha por estudiantes y egresados de la carrera de Derecho genere en la comunidad jurídica ese sentimiento de análisis, reflexión, crítica y, sobre todo, de estar siempre a la vanguardia.