

DERECHO PENAL & PROCESAL PENAL

DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y
CUESTIONES ACTUALES

DERECHO PENAL & PROCESAL PENAL

DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADO Y
CUESTIONES ACTUALES

Directores

Benito Héctor Atencio Valverde
Udelia Butrón Zeballos
Luis Chayña Aguilar

Coordinadores

Aldo Calcina Hanco
Luis Rubén Yanqui Machaca

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2014, **Derecho Penal & Procesal Penal**

Delitos de Crimen Organizado y Cuestiones Actuales

© 2014, Benito Héctor Atencio Valverde / Udelia Butrón Zeballos /

Luis Chayña Aguilar (*Directores*)

© 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley

www.grijley.com

Jr. Azángaro 1077 - Lima

Tlfs.: 321-0258 • 427-1881

mentejuridica@hotmail.com

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince

Tlf.: 3031120

Cel.: 985770709

info@grijley.com

Av. Tingo María 1330 - Lima

Tlfs.: 337-5252 • 666-0714

elay_grijley@hotmail.com

Jr. Pumacahua 150 Of. 201 - Juliaca

Cel.: 951689212

gruponestor_kc_abogados@hotmail.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica
Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-15084
ISBN: 978-9972-04-471-7

Tiraje: 1,000 ejemplares

CONADEPC 2014

DIRECTORES

Benito Héctor Atencio Valverde
Udelia Butrón Zeballos
Luis Chayña Aguilar

COORDINADORES

Aldo Calcina Hanco
Luis Rubén Yanqui Machaca

COMITÉ CONSULTIVO

Hernán Layme Yépez
Percy García Caveró
Mario Pablo Rodríguez Hurtado
Dino Carlos Caro Coria
Luis Lamas Puccio
Raúl Pariona Arana

COMITÉ DE APOYO NACIONAL

Daniel Osarim Huamán Castellares
Néstor Henry Gutiérrez Miranda
David Rosales Ártica

COORDINADORES ACADÉMICOS

Deysi Judith Canaza Blanco
Kevin Atamari Flores

COMITÉ DE APOYO INTERNO

Flor Marina Huacani Torres
Maryori Marlut Ponce Páucar
Rosmery Nataly Quiroz Apaza
Alejandra Mamani Machaca
Kim Dina Larico Mamani
Sadam Betancur Ordóñez
Magno William Centeno Roque
Nélida Yobana Choque Cruz

CONTENIDO

Presentación.....	11
El objeto material del delito de lavado de activos	
PERCY GARCÍA CAVERO.....	13
Una aproximación a las consideraciones sobre la nueva legislación contra el crimen organizado con referencia a Ley N° 30077	
LUIS LAMAS PUCCIO	43
Estructuras y tipologías de la criminalidad organizada a propósito de la Ley N° 30077: Ley contra el Crimen Organizado	
NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA.....	65
¿Existen fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo en la Ley N° 30077?	
DAVID GUSTAVO PACHECO-VILLAR BARRA.....	85
La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva	
SHIKARA VÁSQUEZ SHIMAJUKO.....	109
¿Derecho penal en la era del “compliance”?	
DINO CARLOS CARO CORIA	145
<i>Criminal Compliance</i> . Hacia una cultura de programa compliance penal	
ALDO CALCINA HANCCO	151

La normativización del tipo subjetivo como imputación de conocimiento a título de dolo	
JOSÉ ANTONIO CARO JOHN	167
Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos	
DANIEL O. HUAMÁN CASTELLARES	211
La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?	
RAÚL PARIONA ARANA	239
La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos “A propósito del Decreto Legislativo N° 1106 y cómo afrontar con las reglas del Código Procesal Penal del 2004”	
UDELIA BUTRÓN ZEBALLOS	257
Competencia por la organización y participación en el delito	
DAVID ROSALES ARTICA	279
El delito feminicidio un análisis político criminal. “Como violencia y odio contra la mujer por razones de género y algo más”	
BENITO HÉCTOR ATENCIO VALVERDE	303
Determinación del objeto de protección en los delitos de violación sexual a menores de edad	
LUIS CHAYÑA AGUILAR / LUIS RUBÉN YANQUI MACHACA	327
El delito de contaminación ambiental: Análisis de los elementos normativos y la problemática de su determinación	
RONAL HANCCO LLOCLLE	341
Coerción procesal penal: medidas provisionales o cautelares para conjurar peligro procesal, y restrictivas de derechos motivadas por búsqueda de prueba. Preguntas y respuestas	
MARIO PABLO RODRÍGUEZ HURTADO	365

Presentación

Recientemente hemos tenido la satisfacción de haber publicado el primer libro denominado *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado*, en cuya preparación intervino el doctor Hernán Layme Yépez de manera incondicional como director. Este logro bibliográfico se presentó en homenaje a la jornada preparatoria para el Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología llevado a cabo el mes de junio, el cual tuvo como tema central “*Las nuevas políticas criminales en los delitos de crimen organizado y la puerta giratoria del NCPP*”. Aquí se desarrollaron ponencias sobre los delitos de lavado de activos, contra la administración pública, y contra el ambiente, todo ello vinculado a la criminalidad organizada. Al respecto, se abordaron sus principales problemas sustantivos y procesales.

En este contexto, y viendo la necesidad de seguir ofreciendo aportes académicos a la comunidad jurídica, me complazco en presentar el nuevo esfuerzo de mis grandes amigos: esta segunda publicación denominada *Derecho Penal y Procesal Penal: Delitos de Crimen Organizado y Cuestiones Actuales*, en la cual se analizarán temas relacionados desde un punto de vista dogmático y normativo, sin dejar de lado la política criminal estructurada para los delitos de crimen organizado. Así también se abordarán, entre otros, los principales problemas procesales en la interpretación del CPP 2004 y los delitos de género como el objeto material del delito de lavado de activos; una aproximación a las consideraciones sobre la nueva legislación contra el crimen organizado con referencia a Ley N° 30077; estructuras y tipologías de la criminalidad organizada a propósito de la Ley N° 30077: Ley contra el Crimen Organizado; ¿exis-

ten fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo en la Ley N° 30077?; la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos “a propósito del Decreto Legislativo N° 1106 y cómo afrontar con las reglas del Código Procesal Penal de 2004”; la normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva; ¿derecho penal en la era del “*compliance*”? *Criminal Compliance* hacia una cultura de programas *compliance* penal; aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos; la prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿*suspensión o interrupción de la prescripción*?; competencia por la organización y participación en el delito; coerción procesal penal: medidas provisionales o cautelares para conjurar el peligro procesal, y restrictivas de derechos motivadas por búsqueda de prueba; el delito feminicidio, un análisis político criminal como violencia y odio contra la mujer por razones de género; y la determinación del objeto de protección en los delitos de violación sexual a menores de edad.

Las reflexiones y el desarrollo teórico contenidos en este libro se han elaborado con una notable coherencia a partir de una atenta consideración de la bibliografía respectiva. Valga destacar que los señores Aldo Calcina Hanco, Luis Rubén Yanqui Machaca y Kevin Atamari Flores han coordinado un trabajo incisivo por la calidad académica y originalidad que se aprecia a lo largo de las siguientes líneas, por lo cual merecen el más sincero de nuestros aplausos.

Asimismo expreso mi más sincero agradecimiento y reconocimiento a los autores de cada ensayo jurídico, por su invalorable ayuda y cooperación; a las autoridades de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de Juliaca; a cada uno de los miembros del Centro de Investigación en Dogmática Penal (CIDP); y, por último, a Hernán Layme Yépez por haber guiado sabiamente la presente publicación.

Jesús Manuel Cruz Cervantes

Doctor en Derecho

Presidente de la acreditación FCJP-UANCV

La Perla del Altiplano, 7 de octubre de 2014

El objeto material del delito de lavado de activos

PERCY GARCÍA CAVERO (*)

Preliminares

No hay duda que una de las cuestiones más discutibles en la aplicación del delito de lavado de activos lo constituye la determinación de su objeto material. Conforme al tenor del Decreto Legislativo N° 1106 (Ley de Lucha Contra el Lavado de Activos), los actos tipificados como delito de lavado de activos pueden recaer sobre dinero, bienes, efectos o ganancias. Si bien la figura de los actos de transporte y traslado (artículo 3) menciona específicamente a los títulos valores, esto se explica por el sentido de dicha incriminación específica, pero no por tratarse de un objeto adicional a los ya contemplados. El título valor es también un bien. Todos los conceptos mencionados por la ley como posibles objetos del delito de lavado de activos se pueden englobar en el término general de “activos”. Por *dinero* debe entenderse el efectivo, sea en moneda nacional como extranjera. Los *bienes* constituyen el término más general, equiparable incluso al de activos⁽¹⁾. De hecho, la propia Convención de Viena define los bienes para el delito de lavado de dine-

(*) Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura.

(1) Vid., así, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, 2ª ed., Lima, 2009, p. 83. Similarmente, CARO CORIA, “Sobre el tipo básicos del lavado de activos”, *ADPE* 2 (2012), p. 203.

ro como “los activos de cualquier tipo, corporales e incorporales, muebles o raíces, tangibles e intangibles y los instrumentos legales que acrediten la propiedad sobre dichos activos”⁽²⁾. Los efectos son todos los activos que se obtienen directamente de la actividad delictiva previa. A su vez, por ganancias debe entenderse la utilidad obtenida a raíz de las actividades ilícitas⁽³⁾.

Los problemas interpretativos que suscitan los posibles objetos materiales del delito de lavado de activos no residen en su definición, sino en su vinculación con el delito previo que los genera. En este sentido, resulta necesario primeramente establecer cuándo un activo procede de un delito, lo que no es tarea fácil. Pero además resulta necesario fijar hasta cuándo dura la vinculación de un activo con su origen delictivo. Por último, la necesidad de hacer más operativa la persecución del delito de lavado de activos ha llevado a que su investigación sea autónoma en relación con el delito previo, de manera tal que no resulta necesario una condena precedente por el delito previo para recién poder juzgar y condenar por el delito de lavado de activos. Todos estos aspectos serán abordados en la presente contribución.

1. El delito previo como origen ilícito

El activo que constituye el objeto material del delito de lavado de activos debe tener un origen ilícito. Si se sigue el tenor literal utilizado por los tipos penales, habría que concluir que la conducta de lavado de activos puede recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre los procedentes de cualquier ilícito en general. En este orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser

⁽²⁾ Vid., la referencia, DEL CARPIO DELGADO, “Principales aspectos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española”, en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), Lima, 2012, p. 74.

⁽³⁾ Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000, p. 204.

considerada igualmente delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la comisión de una falta. Pese a la plausibilidad de una interpretación literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo⁽⁴⁾, pues el artículo 10 de la LPCLA establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a “*actividades criminales*” con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción del tipo penal exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática que tenga en cuenta lo previsto en el artículo 10 de la LPCLA, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales⁽⁵⁾. En consecuencia, el delito de lavado de activos debe considerarse un delito de conexión que exige un delito previo o fuente⁽⁶⁾.

Por lo general, la procedencia delictiva de los activos no está referida a cualquier delito, sino que la conducta punible que los origina debe tener cierta entidad. En diversos ordenamientos legislativos, se recurre a criterios de restricción de los delitos previos, como una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el llamado criterio del umbral). En países como Chile⁽⁷⁾ o Colombia⁽⁸⁾, se asume un sistema restringido del delito previo, al establecer expresamente qué delitos son idóneos para generar los bienes sobre los que recae la conducta punible de lavado; este sistema era seguido hasta hace poco también por la normativa penal brasilera⁽⁹⁾. Por su parte, la regulación española utilizó hasta hace

(4) Vid., FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 290 y ss.

(5) Del mismo parecer en relación con la normativa anterior del lavado de activos, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 90.

(6) Sobre el lavado de activos como delito de conexión, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, Köln, 2006, § 7, n.m. 278; KINDHÄUSER, *LPK-StGB*, 3. Aufl., § 261, n.m. 3.

(7) Vid., así, HERNÁNDEZ BASUALTO, “El delito de lavado de dinero”, *Ministerio Público. Informes en Derecho*, Santiago de Chile, 2005, p. 322.

(8) Vid., HERNÁNDEZ QUINTERO, “Lavado de activos: Características generales y su tipificación penal en Colombia”, en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), Lima, 2012, p. 231.

(9) Vid., CALLEGARI, *Lavado de activos*, Lima, 2009, p. 180.

algunos años un criterio general de gravedad para determinar el delito previo⁽¹⁰⁾, coincidiendo con diversos instrumentos internacionales que propugnan también un criterio de restricción de los delitos previos, como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves. Por “delito grave”, se entiende, según este mismo instrumento internacional, la conducta que constituya un hecho punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Las recomendaciones del GAFI establecen, a su vez, que la gravedad del delito previo se alcanza con el umbral mínimo de una pena privativa de libertad de más de seis meses.

En nuestro sistema penal, no se asume un sistema de catálogo cerrado o un criterio de gravedad de los delitos previos, sino una enumeración ejemplificativa de aquellos cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos. En la ley penal contra el lavado de activos anterior, la Ley N° 27765, el artículo 6 hacía una enumeración de la clase de delitos previos que podían dar lugar a un delito de lavado de activos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.), pero abría la posibilidad de considerar también otros delitos “similares”. La exigencia de una “similitud” con los delitos expresamente mencionados, permitía concluir que no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencio-

(10) Vid., sobre esto, FERRÉ OLIVÉ, “Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada”, en *Nuevas tendencias del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord.), Lima, 2005, p. 855; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona, 1996, p. 46 y ss., destacando la discrecionalidad del modelo del delito grave. Por el contrario, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 190, consideraba que la categoría de “delito grave” estaba perfectamente concretada por el propio Código Penal (arts. 13 y 33).

nados⁽¹¹⁾. Esta conclusión se correspondía además con lo establecido en el punto 30 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, en el sentido de que, por delitos similares, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada⁽¹²⁾.

La situación ha cambiado sustancialmente con la nueva regulación del delito previo en el lavado de activos. Si bien el artículo 10 de la LPCLA se refiere al delito previo como una “actividad criminal” y menciona expresamente delitos especialmente graves, al final utiliza un cláusula general que permite abarcar cualquier figura delictiva: “*cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*”. Con esta nueva redacción del dispositivo legal, lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta⁽¹³⁾). Pero

(11) Así, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, PE, II, Lima, 2007, p. 501 y ss. Por ejemplo, la lista de conductas punibles previas contenía únicamente delitos y de carácter doloso, por lo que cabía excluir razonablemente del universo del origen delictivo de los activos las faltas y los delitos culposos (BRAMONT-ARIAS TORRES, “Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos”, *Libro Homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont-Arias*, Lima, 2003, p. 522; CARO JOHN, “Consideraciones sobre el ‘delito fuente’ del lavado de activos y su incidencia para la determinación del ‘riesgo reputacional’ de una institución financiera”, en *Dogmática penal aplicada*, Lima, 2010, p. 159 y ss.). Por otro lado, la enumeración hacía alusión, en el caso de delitos patrimoniales, a las figuras agravadas, por lo que no podían ser considerados delitos previos del delito de lavado de activos las figuras básicas de los delitos contra el patrimonio. Esta misma regla de la agravación cabía aplicar a delitos económicos, en la medida en que respondían a una línea de protección penal muy similar a los delitos contra el patrimonio.

(12) La regulación penal alemana tenía, en su redacción original, una clara vinculación del lavado de activos a la criminalidad organizada, lo que ciertamente apenas es posible reconocer en la situación legal actual. Vid., al respecto, LÖWE-KRAHL, “Geldwäsche”, *Handbuch*, ACHENBACH/RANSIEK (Hrsg.), 2004, XIII, n.m. 16.

(13) En la regulación penal española, se habla de “actividades delictivas”, frente a lo cual la doctrina penal niega que se puedan incluir las faltas; así, DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 90; ABEL SOUTO, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *RECPC* 14-14 (2012), p. 31 y ss., quien ofrece diversos argumentos para excluir las faltas como hecho generador de ganancias susceptibles de ser objeto de un delito de lavado de activos; DÍAZ-MOROTO Y VALLEJO, “La regulación española del blanqueo de capita-

sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podrá ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos⁽¹⁴⁾.

La necesidad de un origen delictivo de los activos presenta adicionalmente una duda interpretativa en cuanto al alcance del término “actividades criminales” con el que se califica al delito previo. Del tenor utilizado por el texto legal podría deducirse que la conducta delictiva generadora de las ganancias debe ser punible, lo que exigiría su tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Pese a la particular situación de la legislación nacional, debe seguirse el parecer doctrinal dominante que entiende el delito previo en un sentido limitado, esto es, que sólo será necesario que la conducta previa que da lugar a los activos maculados sea típica y antijurídica⁽¹⁵⁾, pues la ilegitimidad de la adquisición de las ganancias se sustenta únicamente en la antijuridicidad de la conducta que las genera. En consecuencia, si al autor del delito previo no se le castiga por alguna causa de exclusión de la culpabilidad, por una causa de exclusión de la punibilidad (prescripción del delito, por ejemplo) o por la falta de una condición de procedibilidad (por ejemplo, la denuncia de parte), esta situación no afectará la responsabilidad penal del que procede a lavar las ganancias provenientes del injusto penal previamente cometido.

les”, en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), Lima, 2012, p. 152.

- (14) Sin embargo, CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 205, mantiene el parecer de que debe tratarse de delitos graves, sin establecer los parámetros para fijar dicha gravedad. A favor de un catálogo abierto, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002, p. 258, pues considera inapropiada alguna limitación de los delitos previos, en la medida que fomentaría que las organizaciones criminales cometan delitos no considerados graves, pero generadores de cuantiosas ganancias.
- (15) Vid., así, CASTILLO ALVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (octubre de 2009), p. 341. Igualmente, en otras regulaciones penales KINDHÄUSER, *LPK-StGB*, § 261, n.m. 3; ALTENHAIN, *Nomos Kommentar StGB*, § 261, n.m. 31; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 263; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 198 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 291; DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 76; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, 2ª ed., Valencia, 2005, p. 503.

En cuanto al grado de ejecución del delito previo, el término *conducta punible* se satisface con la tentativa del delito e incluso con los actos preparatorios punibles⁽¹⁶⁾. Si la ejecución de un delito o la realización de actos preparatorios punibles originan bienes ilegítimos a favor de los intervinientes en el delito, los actos dirigidos posteriormente a darles apariencia de legitimidad configuran, sin ningún inconveniente, un delito de lavado de activos⁽¹⁷⁾. Por otro lado, dado que la normativa penal asume un sistema abierto de delito previo no habrá ningún límite dogmático para englobar como delitos previos a los delitos culposos⁽¹⁸⁾ y tampoco a los delitos omisivos, mientras generen un beneficio económico individualizable.

Existe cierta discusión en relación con la aplicación espacial del delito previo. Dado el carácter transnacional del delito de lavado de activos, se presenta como una cuestión de necesaria dilucidación si el delito previo que genera las ganancias ilícitas puede haberse cometido en el extranjero. En ciertos países se cuenta con una disposición específica al respecto, tal como sucede con el Código penal argentino, en cuyo artículo 279, inciso 4, se autoriza la aplicación del tipo penal de lavado activos también a los casos en los que el delito precedente haya

⁽¹⁶⁾ Así, MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 503.

⁽¹⁷⁾ De similar opinión, ALTENHAIN, *Nomos Kommentar StGB*, § 261, n.m. 30; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 264 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 389; DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (COORD.), p. 76; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 95. No incluye los actos preparatorios punibles, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 197.

⁽¹⁸⁾ Vid., Una posibilidad excepcional, pero que luego niega de *lege lata*, sostiene CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 206. Admite esta posibilidad en la regulación penal española anterior, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 261; y actualmente DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (COORD.), p. 76. De otra opinión, en el contexto de la regulación penal anterior, BRAMONT-ARIAS TORRES, *LH-Bramont Arias*, p. 522. Resulta pertinente, en todo caso, tener en cuenta lo señalado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 189, de que difícilmente se pueden encontrar bienes para blanquear que sean generados por un delito imprudente.

sido realizado en el extranjero⁽¹⁹⁾. El cuarto párrafo del artículo 301 del Código penal español que establece que el autor del delito de blanqueo de capitales será también castigado cuando el delito del que proceden los bienes se ha realizado total o parcialmente en el extranjero⁽²⁰⁾, o el § 261, Abs. 2, Nr. 8 StGB que incluye como delito previo el cometido en el extranjero siempre que esté sancionado penalmente en el lugar de comisión⁽²¹⁾. Igualmente la Convención de Palermo en el artículo 6.2. c) admite la extraterritorialidad del delito precedente. En nuestro Derecho positivo, aun cuando no exista una disposición explícita como las mencionadas, se puede llegar a una conclusión similar, en la medida que la Ley contra el lavado de activos castiga también la acción de “ingresar al país” los activos maculados (artículo 3 de la LPCLA), lo que presupone lógicamente que la fuente de dichos activos esté situada en el extranjero⁽²²⁾.

Otro aspecto sobre el que calla absolutamente la legislación nacional es la necesidad de que, como lo establece la Convención de Palermo o la legislación penal alemana, el delito previo cometido en el extranjero cuente con una doble incriminación, es decir, que sea delito tanto en el país donde se cometió, como en el país donde se procede a lavar los activos generados por el delito. En la doctrina española se afirma que, aun cuando la legislación penal no requiera expresamente la doble incriminación, resulta igualmente exigible para castigar el lavado de activos procedentes de un delito cometido en el extranjero⁽²³⁾, pues de no hacerlo se caería en serios problemas prácticos para la persecución

(19) Vid., DURRIEU, *El lavado de dinero en la Argentina*, Buenos Aires, 2006, p. 139 y ss.

(20) Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 194; DÍAZ-MOROTO Y VALLEJO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 167 y ss.

(21) Vid., LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, Berlin, 1995, p. 59 y ss.; ALTENHAIN, *Nomos Kommentar StGB*, § 261, n.m. 45.

(22) Sin embargo, CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 206, entiende que no hay soporte nacional para llegar a esta conclusión, olvidando no sólo que el Perú está adherido a la Convención de Palermo (cuya aplicación directa admite este mismo autor en la página 209), sino incluso la propia redacción concluyente del artículo 3 de la LPCLA.

(23) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 274 y ss.

penal⁽²⁴⁾. Lo que no resulta necesario es que el lavado de activos sea un delito en el país en donde se cometió el delito previo⁽²⁵⁾. A estas mismas conclusiones cabe llegar desde el Derecho penal peruano⁽²⁶⁾.

Resulta permitente precisar que, tal como lo ha sostenido el GAFI, la doble incriminación se cumple únicamente con que el hecho generador de las ganancias sea delito en el lugar de comisión y en el lugar del lavado de los activos, sin que se requiera que el delito fuente cometido en el extranjero sea, en dicho país, un delito previo respecto del delito de lavado de activos⁽²⁷⁾. Para que los activos sean susceptibles de ser lavados de forma penalmente relevante, el delito que los genera debe ser un delito previo únicamente en el lugar en que se realiza su lavado.

II. El alcance del origen ilícito

Uno de los temas más problemáticos del delito de lavado de activos es la cuestión del alcance del origen delictivo. Para poder abordar este tema, lo primero que debe hacerse es diferenciar los delitos que producen un enriquecimiento con la adquisición de bien determinado (como el pago por las drogas, la coima en el cohecho, el dinero recibido por el proxeneta, entre otros delitos), de los delitos que evitan un desprendimiento patrimonial por parte del delincuente (apropiación ilícita, defraudación tributaria, etc.). El análisis que se hará seguidamente estará referido a los primeros, dedicando al final de este apartado unas consideraciones específicas para los segundos.

(24) Así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 195 y ss., señala que en el Derecho penal español no se recoge expresamente el principio de la doble incriminación, por lo que los tribunales españoles son autónomos para calificar el hecho cometido en el extranjero, pero reconoce serios problemas prácticos a tal proceder.

(25) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 275.

(26) Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 96.

(27) Vid., ALTENHAIN, *NomosKommentar StGB*, § 261, n.m. 45.

1. Delitos que generan un incremento patrimonial

El origen delictivo se determina, ante todo, por una vinculación causal directa entre el delito previo y el activo generado. En relación directa con el delito previo están los instrumentos, los objetos y los efectos del delito⁽²⁸⁾. Sin embargo, resulta a todas luces inviable calificar como un activo de *origen* delictivo a los instrumentos del delito previo⁽²⁹⁾, en tanto éstos no se originan por el delito, sino que preexisten al mismo. Por lo tanto, sólo podrán tenerse en cuenta como activos de origen delictivo los efectos y en ciertos casos los objetos del delito previo, siempre que sean susceptibles de lícito comercio, pues bienes prohibidos como las drogas o el dinero falsificado no pueden ser sometidos a un proceso de legitimación⁽³⁰⁾. Resulta oportuno recordar en este punto lo establecido en el párrafo 2 del Acuerdo Plenario N° 07-2011, en donde se deja en claro que activos procedentes de un delito pueden ser también aquellos beneficios o ganancias que se reciben por un delito que aún no se ejecuta (como adelantos o pagos parciales). Pese a la falta de ejecución del delito previo, la generación de los activos maculados ya tuvo lugar y, por lo tanto, dichos activos son desde ya pasibles de ser lavados.

(28) En el Derecho penal alemán se menciona una tercera categoría que son los objetos relacionados, como, por ejemplo, el vehículo que se conduce en estado de ebriedad (vid., al respecto, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 97 y ss.). Sin embargo, en la regulación penal nacional, no hay un tratamiento legal para tales objetos y mucho menos se le vincula con el delito.

(29) Igualmente, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 94; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, Frankfurt a.M., 1999, p. 106 y ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 242; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 205; DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 74; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 84 y ss.; CARO CORIA, *ADPE 2* (2012), p. 203, destacando que ello no enerva que puedan ser incautados y decomisados en el proceso penal por el delito previo.

(30) En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PE, p. 502; HINOSTROZA PARIACHI, *El delito de lavado de activos*, Lima, 2009, p. 114; CARO CORIA, *ADPE 2* (2012), p. 203 y ss.

No hay discusión en cuanto a que el origen delictivo no se queda en los activos que tienen una relación causal directa con el delito previo, sino que abarca también los bienes derivados de los que directamente produce el delito previo⁽³¹⁾. Para dejar clara esta posibilidad, en algunas legislaciones penales se habla de “procedencia” en lugar de “origen”. Sin embargo, el que nuestra legislación penal utilice el término “origen” no limita los activos susceptibles de ser lavados a los que provienen directamente del delito previo, pues los actos de transporte y traslado admiten como objeto material del delito los títulos valores, los que, sin duda alguna, no provienen directamente del delito previo. Esta particularidad legislativa permite incluir dentro del objeto material del delito los bienes que han pasado por un delito de lavado anterior (el lavado de activos en cadena⁽³²⁾) o los derivados del activo directamente originado por el delito previo⁽³³⁾. Sin embargo, queda claro también que no basta una simple relación de causalidad mediata para sostener el origen delictivo del bien, pues, de mantenerse este criterio, se podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal por el menor contacto con dinero sucio. Por esta razón, en la doctrina penal se han hecho diversas propuestas para delimitar el alcance del origen delictivo.

Un sector de la doctrina penal procura determinar a qué bienes derivados del delito previo les alcanza el origen delictivo por medio de la regulación del decomiso⁽³⁴⁾, al extremo de señalar que el delito de lavado de activos sería una ley penal en blanco que se vincula a la nor-

(31) Vid., igualmente, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 92; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 296. Como lo destaca VOGEL, “Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, *ZStW* 109 (1997), p. 339, desde la Convención de Viena se puso el acento en que la procedencia delictiva no sólo podía ser inmediata, sino también mediata.

(32) Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 193.

(33) Vid., con mayor detalle, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 283; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 206 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 390.

(34) Vid., ARZT, *JZ* 1993, p. 913; VOGEL, *ZStW* 109 (1997), p. 355.

mativa del decomiso. Más allá de lo discutible que puede ser afirmar, en atención al tenor legal, la existencia de tal cláusula de remisión, la regulación penal nacional es muy clara al señalar que la conducta típica de lavado de activos apunta no sólo a evitar el decomiso, sino también la incautación e incluso la mera identificación del origen delictivo. Por lo tanto, no es posible determinar el alcance del origen delictivo atendiendo simplemente al ámbito de regulación del decomiso⁽³⁵⁾.

Otros autores hacen provechosa la interpretación económica desarrollada en el ámbito del delito de encubrimiento en relación con los efectos del delito, por lo que señalan que el origen delictivo alcanza también a los beneficios mediatos, siempre que exista una relación de correspondencia con la ventaja económica alcanzada por medio del delito previo, sin que para ello sea necesaria una identidad con el bien originario⁽³⁶⁾. Además de una falta de concreción, a esta propuesta se le ha criticado que si bien podría funcionar en el delito de encubrimiento que cuenta con un ámbito de aplicación claramente delimitado, no sucede lo mismo con el delito de lavado de activos que precisamente tiene una vocación expansiva en cuanto a los bienes susceptibles de ser considerados objeto material del delito⁽³⁷⁾. Por esta razón, la doctrina mayoritaria se inclina, más bien, por buscar el criterio de determinación del alcance del origen delictivo en el ámbito jurídico y no dejarlo a consideraciones puramente económicas.

Diversas propuestas se han formulado para determinar el alcance del origen delictivo desde consideraciones jurídicas. Algunos ofrecen soluciones plausibles para problemas específicos como las sustitucio-

(35) En el mismo sentido, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 77, respecto del tipo penal alemán cuyo interés principal radicaría en asegurar la función de investigación penal.

(36) En este sentido, OTTO, "Geldwäsche, § 261 StGB", *Jura*, 1993, p. 331; BOTTKE, "Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 1)", *wistra* 1995, p. 91, con el criterio del mantenimiento de la identidad valorativa del bien.

(37) Así, DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, p. 88.

nes, la mezcla de fondos o las transformaciones⁽³⁸⁾, aunque cabe reprocharles la falta de un criterio general que permita ordenar sistemáticamente las soluciones parciales⁽³⁹⁾. Una solución unitaria procura ser ofrecida por un sector de la doctrina penal que recurre a la teoría de la imputación objetiva para resolver los distintos problemas sobre el alcance del origen delictivo⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, no debe olvidarse que la teoría de la imputación objetiva ha sido formulada para imputar sucesos a personas, no para atribuir cualidades a los objetos, resultando siempre problemático trasladar a un ámbito concreto un instrumental conceptual desarrollado en un contexto distinto⁽⁴¹⁾. Por eso, no sorprende que los propios defensores de este tipo de planteamiento terminen incorporando ciertos correctivos⁽⁴²⁾ que le restan finalmente uniformidad a las propuestas de solución. Esta maleabilidad a la hora de encontrar los criterios de solución es posiblemente la razón que ha llevado a un sector de la doctrina a proponer resolver los casos problemáticos en el ámbito subjetivo⁽⁴³⁾. Pero ello no sólo llevaría consigo el riesgo de una ampliación desmedida de la mácula delictiva y el surgimiento de barreras probatorias difíciles de superar, sino que, en el fondo, deja de lado la cuestión de cuándo un bien derivado de un delito mantiene su origen ilícito.

(38) En este sentido, los criterios específicos propuestos por SALDITT, "Der Tatbestand der Geldwäsche", en *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht. Strafverteidiger-Forum* 4/92, *Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV*, p. 123, de distinción entre transformaciones verticales y horizontales, la predominancia de la parte ilegal o los negocios usuales.

(39) Así, la crítica de DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, p. 90.

(40) En esta línea, la tesis de BARTON, "Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)", *NStZ* 1993, p. 165. En nuestro país, CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 213 y ss., acude también a la teoría de la imputación objetiva basado en una peligrosidad *ex ante* que aplica a los bienes.

(41) En esta línea, las consideraciones críticas de LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 91 y ss.

(42) Así, BARTON, *NStZ* 1993, p. 163 y ss.

(43) Vid., FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 300. Considera que las soluciones subjetivas discurren por una capa de hielo delgada, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 92.

A nuestro entender, la solución a la cuestión del alcance del origen delictivo debe partir de la premisa de que toda duda interpretativa sobre un elemento típico debe responderse desde el fin de protección de la norma que contiene el elemento en cuestión. Si en ciertos casos problemáticos no se tiene claridad sobre el alcance semántico de un término legal, debe acudir a la razón de ser del dispositivo como llave maestra para encontrar la solución. En este sentido, resultan plenamente atendibles las propuestas doctrinales que apuntan a determinar el alcance del origen ilícito a través del fin de protección del delito de lavado de activos. En esta línea, algunos autores han identificado el fin de protección del delito de lavado de activos en impedir la consolidación de la criminalidad organizada, a partir de lo cual responden a los distintos supuestos problemáticos relacionados con el alcance del origen delictivo⁽⁴⁴⁾. Pese a asumir la perspectiva correcta, este planteamiento no es, cuando menos, aplicable a la regulación nacional, en la medida que queda claro que la tipificación del delito de lavado de activos no se limita a los delitos cometidos por organizaciones criminales. Lo que debe hacerse, por tanto, es determinar, desde las particularidades de la regulación nacional, cuál es su fin de protección.

Un sector de la doctrina penal sostiene que el fin de protección del delito de lavado de activos es evitar que los bienes originados por el delito entren en el tráfico patrimonial lícito. Pero señala también que este fin no puede llevarse al extremo de afectar sustancialmente el funcionamiento dinámico de la economía con una persecución desmedida de todos los bienes con los que el activo directamente producido por el delito previo ha tenido contacto. En consecuencia, debe procederse a hacer una ponderación de estos intereses en conflicto y decidir en qué casos prepondera uno u otro⁽⁴⁵⁾. Pese al correcto planteamiento

(44) En este sentido, BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Bonn, 1995, p. 67.

(45) Vid., en este sentido, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 67; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, p. 105. Anteriormente, ARZT, *NStZ* 1990, p. 3 y ss.

del problema, hay que precisar que lo que debe llevarse a cabo no es una ponderación que recorta un interés, sino dimensionarlos adecuadamente. En este sentido, el origen delictivo no debe transmitirse o deberá perderse si las condiciones mínimas para el funcionamiento del mercado de bienes así lo exigen. El delito de lavado de activos protege una condición esencial del mercado, la que solamente requerirá de tal protección si con ella no se perjudica al mercado mismo. Si la protección del mercado termina siendo perjudicial para el mismo mercado, entonces dicha protección pierde su utilidad y se hace, por tanto, innecesaria. De lo que se trata, por tanto, es de identificar los casos en los que la vinculación de un bien con un delito puede distorsionar sustancialmente el funcionamiento del mercado.

A. Las sustituciones materiales

En primer lugar, cabe abordar los casos de *sustituciones materiales* o llamadas también *contaminaciones verticales*. El principio es claro: Si el activo originado directamente por el delito es entregado a otro a cambio de otro bien, este otro bien estará también infectado con la mácula delictiva⁽⁴⁶⁾. La idoneidad de este principio se discute, sin embargo, en ciertos casos limítrofes, lo que solamente puede responderse desde la perspectiva de las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado.

Por un lado, se discute el caso específico del ingreso obtenido por la *constitución en garantía* del bien directamente obtenido del delito previo. Al respecto, cabe señalar que hay duda que, desde una perspectiva económica, existe una relación de correspondencia entre el préstamo otorgado y el bien dado en garantía, pues si es que no se cumple con pagar la deuda, el cobro se hará con el bien entregado en garantía. Esta relación económica permite transmitir a dicho ingreso el origen delictivo⁽⁴⁷⁾. En la medida que esa transmisión no asfixia la dinámica del

(46) Vid., LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 100 y ss.

(47) Vid., LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 102 y ss.

sistema económico⁽⁴⁸⁾, no hay ninguna objeción que pueda cuestionar la transmisión de la mácula delictiva.

Por otro lado, resulta necesario dilucidar el caso de las *ganancias* obtenidas por el activo directamente originado por el delito previo. Nada se opone a extender el origen delictivo a los frutos o productos procedentes del activo maculado⁽⁴⁹⁾. En cuanto a las ganancias, en la doctrina penal predomina el parecer de que ellas son también ilícitas, si son consecuencia del desenvolvimiento normal de los hechos (por ejemplo, una inversión en fondos mutuos), lo que no será el caso cuando las ganancias se derivan de sucesos incontrolables como el juego o la apuesta⁽⁵⁰⁾. En el fondo de este razonamiento se encuentra la idea de la causalidad adecuada que traslada el carácter delictivo sólo a las ganancias obtenidas por las vías ordinarias. Sin embargo, no se aprecia ninguna justificación razonable para que las ganancias extraordinarias obtenidas por el delincuente con el dinero maculado sean inmunes a la contaminación. Si el delincuente tuvo suerte con el uso del dinero sucio, a esa suerte no se le tiene que agregar además la limpieza del premio obtenido. En nada afecta al funcionamiento del mercado que ese premio se considere también delictivo, sino que, por el contrario, refuerza la finalidad de la norma penal de impedir que el delincuente pueda gozar de todos los beneficios derivados del delito. Es más, el especial control que se ejerce en la actualidad a los casinos o casas de juego se debe a que constituye un lugar frecuente para el lavado de dinero. Esto se hace mucho más evidente si el delincuente adquiere con el dinero sucio la gran mayoría de las oportunidades para ganar el premio. Nada justifica, pues, la solución de librar del origen delictivo a las ganancias extraordinarias.

(48) Del mismo parecer, DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, p. 108.

(49) Así, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 105; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, p. 108.

(50) Así, vid., LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 104 y ss.; HERNÁNDEZ BASUALTO, *Informe*, p. 342; CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 217.

B. La mezcla de fondos

En segundo lugar, puede mencionarse la *mezcla de fondos ilícitos con fondos lícitos* (contaminación parcial). Si se sigue un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirán en ilegales, lo que no parece ser lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría en el tráfico de bienes lícito como una mancha de aceite⁽⁵¹⁾. Por esta razón, debe precisarse cuándo la contaminación parcial lleva a una contaminación total de los fondos.

A nuestro entender, la contaminación tiene lugar cuando el bien de origen delictivo alcanza un nivel de significancia en el conjunto de los fondos. Sin embargo, al criterio del nivel de significancia cabría cuestionarle recurrir a una fórmula porcentual⁽⁵²⁾ que no cuenta con un reconocimiento legal explícito para el lavado de activos. A este eventual cuestionamiento podría replicársele que lo relevante es exigir cierta entidad del dinero maculado para transmitir su naturaleza delictiva al fondo conjunto, lo que no precisa establecer una proporción exacta para todos los casos⁽⁵³⁾. En muchos otros ámbitos, el legislador deja un margen de discrecionalidad judicial, especialmente si la fijación de un criterio general resulta inadecuada. Como contrapeso a esta indefinición legal, se le exige al juez una motivación cualificada de su decisión que la hagan razonable y, por lo tanto, previsible. El nivel de significancia debe, por lo tanto, ser determinado por el juez en función de la incidencia del dinero sucio en la valoración económica de los fondos mezclados,

(51) Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 210.

(52) Vid., BARTON, *NStZ*, 1993, p. 163, que lo establece en el 5% con base en los resultados obtenidos por ciencias experimentales. Por su parte, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 109 y ss., con base en la regulación tributaria establece en un 25% el nivel de significancia.

(53) Sin embargo, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Informe*, p. 343 y ss., estima recomendable mantener un criterio en la línea de establecer parámetros porcentuales, pues la tesis contraria dejaría la aplicación de la ley a merced de todo tipo de manipulaciones.

para lo cual no sólo debe tenerse en cuenta los montos implicados, sino también los controles administrativos existentes, la apertura del sector de inversión, la rapidez de las operaciones, etc. La aceptación del origen delictivo por contaminación parcial dará pie, a su vez, a que la parte de ese fondo que se mezcle con otros lícitos los contaminen si se cumple, por su parte, con el nivel de significancia; se trata de lo que ha venido a denominarse como multiplicación por contaminación parcial⁽⁵⁴⁾.

Si el fondo que contiene una parte significativa de origen delictivo produce *utilidades* o ganancias, a éstos les alcanzará también el carácter de tener un origen delictivo, pues la rentabilidad se deriva del conjunto de los fondos y no solamente de la parte lícita contenida⁽⁵⁵⁾. Un caso especialmente resaltable tiene lugar por medio de inversiones en empresas que rentabilizan dichos aportes de capital en actividades legales. La recepción consciente de niveles relevantes de dinero de procedencia delictiva contagiará a todas las utilidades obtenidas por la empresa con el desarrollo de su giro económico.

C. *La multiplicación de bienes*

Cabe mencionar, en tercer lugar, la *multiplicación por sustituciones de bienes*, donde se plantea la cuestión del alcance del origen ilícito en dos escenarios distintos. Debe determinarse, por un lado, si el origen delictivo se mantiene en el bien sustitutivo recibido por el autor del delito previo a cambio del activo directamente proveniente del delito, una vez que se trasmite a otra persona; por otro lado, si el activo de origen delictivo recibido por una primera operación de intercambio, resulta también de origen delictivo en otra operación que se haga con otra persona. No hay duda de que se castigará como autor de lavado de activos tanto al que recibió el bien sustitutivo, como al que recibió el activo originario. Lo que se discute es si los actos que estas personas hagan con el bien sustitutivo u originario pueden dar pie, a su vez, a un lavado de activos.

(54) Igualmente, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 118.

(55) Similarmente, CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 217.

Podría sostenerse que admitir semejante transmisión del origen delictivo podría llevar finalmente a contaminar de modo generalizado a todo el patrimonio en circulación del país⁽⁵⁶⁾. Esta apreciación no es, sin embargo, tan cierta, pues no debe olvidarse que el lavado de activos es un proceso complejo, de modo tal que aislar el proceso en el punto de inicio implicará, cuando menos, dejar en la impunidad determinados eslabones de la cadena de lavado. Por lo tanto, el origen delictivo alcanzará también al bien sustitutivo y al bien originario transferido en ulteriores operaciones. Distinto sería el caso si la configuración del delito de lavado de activos abarcara también los actos de disfrute o gasto con dinero sucio (cláusula de aislamiento o receptación de activos), pues, en ese caso, la multiplicación del origen delictivo tendría un efecto espiral en el sistema de tráfico lícito de bienes. Sin embargo, al limitarse el delito en nuestra legislación a los procesos de lavado de activos, no hay una razón económica para limitar el contagio del origen ilícito en el caso de multiplicación por sustituciones de bienes.

Un supuesto que podría detener, sin embargo, la transmisión del origen delictivo es la *transformación de bienes*, en el que el bien original se transforma en otro distinto al ser sometido a un proceso de producción o fabricación. Para que en estos casos se pierda la vinculación del bien resultante de la transformación con el delito previo, debe tratarse de una transformación que cambie incluso la naturaleza del bien originario⁽⁵⁷⁾. Debe producirse la llamada especificación del Derecho Civil, regulada en el artículo 937 del CC. La falta de transmisión de la naturaleza delictiva en este caso tiene una razón económica clara, en el sentido de haberse originado un bien distinto que no es equiparable, ni siquiera en el plano valorativo, con el activo proveniente del delito. Desde esta perspectiva, no se dará un caso de transformación esencial si el valor del

(56) Esto se desprende del razonamiento de LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 114.

(57) Igualmente, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 303. De acuerdo solamente en caso el bien originario sea insignificante, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 216.

nuevo bien obtenido se sustenta de forma relevante en el bien que procede directamente del delito. Esta situación se presenta, por ejemplo, si con la madera de caoba extraída ilegalmente se hace un fino mueble de caoba o con el oro ilegalmente obtenido se elabora una joya.

D. Las sustituciones personales

En el caso de *sustituciones personales* o también llamada *contaminaciones horizontales*, se discute si el origen delictivo se mantiene cuando el bien producido directamente por el delito pasa a las manos de otra persona. En estos casos lo que se discute es si la buena fe de quien recibe el bien impide la transmisión de la mácula delictiva. Si es que no se quiere sacrificar el mínimo de seguridad jurídica en el tráfico económico patrimonial, debe atribuírsele a la buena fe un efecto de ruptura de la procedencia delictiva⁽⁵⁸⁾. Sin embargo, la buena fe no debe ser entendida como la simple falta de conocimiento por parte del adquirente del origen delictivo del bien, sino que tal adquisición debe reunir ciertas exigencias que hagan sensata su protección, a saber: que se trate de un negocio jurídico en interés propio y que se contemple una contraprestación razonable. El efecto descontaminador de la buena fe se pierde, sin embargo, si el bien es adquirido nuevamente por un tercero que conoce su procedencia delictiva⁽⁵⁹⁾, lo que es mucho más claro cuando

(58) Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 281. Por su parte, CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 217, llega a la misma conclusión aunque con la idea de una conducta neutral, ya que niega que la regulación nacional del decomiso le otorgue a la buena fe del último adquirente la posibilidad de impedir el decomiso (p. 212 y ss.), aunque en otro lugar (CARO CORIA/ASMAT, "El impacto de los acuerdos plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la determinación y persecución del delito de lavado de activos", en *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Prof. César Augusto Paredes Vargas*, ABANTO/CARO/MAYHUA (coord.), Lima, 2012, p. 303, (nota 17), señala que la buena fe del último comprador hace casi imposible la incautación y decomiso.

(59) Así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 217. Igualmente, LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, p. 100, respecto del tipo de ocultamiento (*Verschleierungstatbestand*) del delito de lavado de activos alemán.

lo que se busca es instrumentalizar el criterio de la buena fe, procurando transmitir los activos a una persona de buena fe para luego adquirirlos librados de la mancha delictiva original⁽⁶⁰⁾.

Otro criterio de interrupción del origen delictivo que usualmente se maneja es la *prescripción del delito previo*, con base en el cual la circulación de los activos procedentes del delito prescrito ya no configurará un lavado de activos. Podría sostenerse en defensa de esta tesis que, dado que la finalidad procurada por el autor del lavado de activos es impedir la identificación, incautación o comiso de los activos maculados, este delito precisa que los activos puedan ser pasibles de incautación o decomiso, lo que no podría tener lugar si el delito previo que los generó ya está prescrito⁽⁶¹⁾. Esta afirmación resultaría correcta si se piensa únicamente en el comiso previsto en el proceso penal, el cual no podría decretarse si es que no cabe pronunciar una condena por el delito generador de los activos —se trata de una consecuencia accesoria—. Sin embargo, la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104) permite decretar la pérdida del dominio de activos procedentes de un delito, incluso de aquellos que ya se encuentran prescritos. Por lo tanto, la prescripción del delito no impide la incautación o el decomiso de los bienes que proceden del delito, aunque debe repararse también que la acción de pérdida de dominio prescribe a los 20 años. En atención a estas ideas, puede sostenerse válidamente que la procedencia delictiva se mantiene mientras la acción de pérdida de dominio no prescriba⁽⁶²⁾, luego de lo cual los bienes perderán su procedencia delictiva. En todo caso, debe quedar claro que la prescripción debe producirse antes del acto de lavado, pues si éste tuvo lugar cuando la acción aún no estaba prescrita, los activos mantendrán el origen delictivo.

(60) Vid., así, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 8.

(61) Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 219.

(62) De manera similar, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 305 y ss., considera necesario además que haya prescrito la acción civil.

2. Delitos que evitan un desprendimiento patrimonial del autor

Hasta ahora se ha hecho referencia a la determinación de la procedencia delictiva de activos resultantes de delitos que producen un enriquecimiento con la entrada de ciertos bienes al patrimonio del delincuente. Sin embargo, existen delitos que no generan un bien que entra en poder del delincuente, sino que evitan un desprendimiento patrimonial por parte de éste. Si el bien que debió salir del patrimonio del delincuente está debidamente individualizado (por ejemplo, la apropiación ilícita de una maquinaria), no habrá ningún problema para calificar de lavado de activos los actos de colocación o ensombrecimiento que se hagan sobre dicho bien. Lo complicado está, más bien, en los delitos que simplemente ahorran un gasto, como sucede, por ejemplo, con la defraudación tributaria⁽⁶³⁾. En este caso, no es posible individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia del delito. Individualizar una parte equivalente del patrimonio como el gasto ahorrado con el delito o decir que todo el patrimonio del autor está contaminado, resultaría cuando menos arbitrario⁽⁶⁴⁾. Por lo tanto, no sería posible la comisión de un delito de lavado de activos.

La conclusión precedente no se condice con la voluntad expresa del legislador que en el artículo 10 de la LPCLA califica a los delitos tributarios como un delito previo⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, una afirmación del legislador no puede pasar por encima las garantías mínimas de una imputación penal, siendo necesario que se reúnan las condiciones que autorizan atribuir un delito de lavado de activos. Bajo estas consideraciones, puede decirse que los delitos tributarios solamente podrán

(63) Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, BT, § 7, n.m. 281.

(64) Similarmente, BITTMAN, "Die gewerbs- oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung und die Erfindung des gegenständlichen Nichts als geldwäscherelevante Infektionsquelle?", *wistra*, 2003, p. 161 y ss.

(65) Desde esta misma lógica formal, DEL CARPIO DELGADO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 79, considera que el delito tributario es un delito previo del lavado de activos.

constituir un delito previo que genere activos susceptibles de ser lavados, si cabe individualizar el monto defraudado en el patrimonio del obligado tributario, tal como sucede, por ejemplo, con las devoluciones tributarias o los tributos percibidos o retenidos y no entregados a la Administración Tributaria⁽⁶⁶⁾. Por el contrario, en el caso de los delitos tributarios que impliquen una cantidad dejada de pagar al Estado, si bien hay un enriquecimiento, no es posible individualizar un bien sobre el que pueda luego cometerse un lavado de activos. Lo que hay es un patrimonio y una deuda que se debería saldar con parte de ese patrimonio, que aunque pueda expresarse en un porcentaje del patrimonio, no está diferenciado del mismo. Por lo tanto, en estos casos, no será posible sostener que existe un lavado de activos por los actos de disposición hechos por el autor sobre su patrimonio.

III. La autonomía del delito de lavado de activos

El Acuerdo Plenario N° 03-2010 establece que *“el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad”*. En consecuencia, la actividad probatoria dirigida a acreditar la base fáctica de la imputación penal debe abarcar el delito generador de los activos lavados⁽⁶⁷⁾. En este punto, uno de los aspectos más llamativos es el principio de autonomía previsto en el primer párrafo del artículo 10 de la LPCLA, conforme al cual la determinación del delito fuente no precisa de una prejudicialidad homogénea de carácter devolutivo, esto es, que con carácter previo se haya determinado judicialmente la realización del delito fuente. Esta particularidad procesal no significa, sin embargo, un relajamiento probatorio de este elemento constitutivo del delito de lavado de activos. En el proceso penal por lavado de activos, debe estar suficientemente probada la comisión del delito fuente,

⁽⁶⁶⁾ En este sentido, BLANCO CORDERO, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *RECPC* 13-01 (2011), p. 15.

⁽⁶⁷⁾ Igualmente CASTILLO ALVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (octubre de 2009), p. 340; HINOSTROZA PARIACHI, *El delito de lavado de activos*, p. 142.

así como que los activos generados por este delito son los que constituyen objeto del lavado de activos⁽⁶⁸⁾.

La prueba para acreditar la realización del delito previo puede ser directa o indirecta, siendo esta última modalidad probatoria la más usual⁽⁶⁹⁾. El Acuerdo Plenario N° 03-2010 hace mención en el punto 34 de diversos indicios indicadores de un delito de lavado de activos⁽⁷⁰⁾. En primer lugar, se encuentran los indicios que permiten asumir que los activos no tienen procedencia lícita, tales como el incremento injustificado del patrimonio, la realización de operaciones sospechosas o inusuales por los montos o frecuencias, la existencia de negocios aparentes, la presencia de testaferros, la utilización de sociedades o cuentas procedentes de paraísos fiscales, entre otros. En segundo lugar, están los indicios que ponen en evidencia la vinculación de los activos con una actividad criminal previa como serían las investigaciones anteriores por delitos generadores de ganancias, los contactos personales con los sospechosos de realizar estos delitos, la coincidencia del incremento patrimonial con el tiempo que duró el contacto con los sospechosos, etc.

Pero la previsión del principio de autonomía en el artículo 10 de la LPCLA no tiene como única consecuencia que la existencia del delito previo pueda acreditarse en el mismo proceso penal por el delito de lavado de activos. El referido dispositivo legal contiene también una implicancia procesal al establecer que, para la investigación y el procesamiento por el delito de lavado de activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron los activos, hayan sido descubiertas,

(68) En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, *Informe*, p. 328.

(69) Así, DÍAZ-MOROTO Y VALLEJO, en *Política criminal*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), p. 155.

(70) Criterios indiciarios que son reiterados con algunas indicaciones adicionales por el R.N. N° 4003-2011-Lima, del ocho de agosto de 2012 (considerando sexto). Sobre los indicios usualmente propuestos por la jurisprudencia penal española, vid., GARCÍA PÉREZ, "El delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO/SALAZAR (coord.), Lima, 2012, p. 201 y ss.; AYALA/NOLASCO/VELARDE, *Manual de litigación en lavado de activos*, Lima, 2011, p. 124 y ss.

se encuentren sometidas a una investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria. En relación con esta particularidad procesal, surgen dos cuestiones que deben ser resueltas de forma satisfactoria, lo que no puede alcanzarse si se pone la mirada exclusivamente en la finalidad represiva de la legislación contra el lavado de activos.

Por un lado, se presenta la cuestión de si cabe iniciar una investigación penal por el delito de lavado de activos con la sola existencia de una situación patrimonial injustificada. El que el artículo 10 de la LPCLA señale que el delito previo ni siquiera debe haber sido descubierto, podría llevar a la conclusión de que el solo desbalance patrimonial es suficiente para justificar una investigación por lavado de activos. La doctrina nacional se ha mostrado crítica frente a esta comprensión de la autonomía del delito de lavado de activos. BRAMONT-ARIAS TORRES, por ejemplo, considera que no puede procesarse a una persona si no está acreditada la comisión del delito previo⁽⁷¹⁾. En este sentido, la única manera de evitar un posible procesamiento penal arbitrario sería que, cuando menos, el delito previo se comience a investigar junto con el delito de lavado de activos, de forma tal que se cuenten con pruebas obtenidas con las garantías constitucionales y procesales que las hagan aptas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia⁽⁷²⁾. La mera sospecha de un origen ilícito de los activos por falta de justificación no es suficiente⁽⁷³⁾.

Un sector de la doctrina penal sostiene, desde una óptica constitucional (especialmente el derecho a ser informado de la imputación), que no es posible una investigación fiscal o judicial sin informar al investi-

(71) Vid., BRAMONT-ARIAS, "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", *Actualidad penal* 105 (2002), p. 64.

(72) Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 278 y ss.

(73) Así, ALTENHAIN, *Nomos Kommentar StGB*, § 261, n.m. 47. Desde consideraciones constitucionales CASTILLO ALVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (octubre de 2009), p. 341 y ss.; CARO CORIA, *ADPE* 2 (2012), p. 208.

gado cuál sería el delito previo del que habrían provenido los activos⁽⁷⁴⁾. De esta razonable exigencia no debe extraerse, sin embargo, la conclusión de que resultan necesarios indicios suficientes de dicha procedencia, sino que basta con que ello sea probable (causa probable), siendo, por el contrario, injustificable una indefinición en la postulación de dicho aspecto del delito⁽⁷⁵⁾ —lo que siempre es provisional en esta etapa del proceso—. Sobre la base de esta idea, un sector de la doctrina procesal exige, para la apertura de una investigación por lavado de activos, la presencia de la llamada “doble sospecha inicial”, esto es, la sospecha del delito previo y de actos posteriores de lavado de activos⁽⁷⁶⁾. Si luego de la investigación no se cuentan con elementos de convicción suficientes sobre la existencia del delito previo, entonces el proceso penal no podrá seguir adelante⁽⁷⁷⁾.

El otro aspecto problemático en relación con el tenor absoluto dado al principio de autonomía, está referido a las fricciones con ciertas garantías o principios procesales básicos. Por poner en discusión el caso más sensible: ¿Qué sucede si antes de que termine el proceso penal por el delito de lavado de activos se emite una sentencia absolutoria en el proceso penal por el delito previo? ¿No tiene lugar acaso una cosa juz-

(74) En este sentido, CASTILLO ALVA, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (octubre de 2009), p. 350 y ss.

(75) Así, AYALA/NOLASCO/VELARDE, *Lavado de activos*, p. 53.

(76) HERTZER, “Vermögenseinziehung. Geldwäsche, Wohnraumüberwachung. Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia”, *wistra*, 1994, p. 183. Si bien reconoce que con la doble sospecha inicial se hará frente al riesgo de un desbordamiento de casos de sospecha, KAUFMANN, M., *Die Bedeutung der Einbeziehung von Bankmitarbeitern in die strafrechtliche Bekämpfung des Geldwäsches*, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 2003, p. 169, considera que no se corresponde a la voluntad del legislador de la ley penal de lavado de activos.

(77) Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 308: “En el caso de no existir suficientes elementos probatorios o indicios concurrentes de la comisión del o los delitos originarios, tampoco se podrá vincular la conducta de presunto lavado de activos a delito alguno, por lo que su ilicitud no habrá podido determinarse y, por tanto, tampoco se podrá iniciar acción penal alguna, debiendo archivarse los actuados”. Similarmente, en relación con la normativa alemana, LÖWE-KRAHL, *Handbuch*, ACHENBACH/RANSIEK (Hrsg.), XIII, n.m. 17.

gada que no puede ser desvirtuada en el proceso penal por el delito de lavado de activos? En nuestra opinión, el principio de autonomía debe entenderse en el sentido atribuido por ALEXY de un mandato de optimización⁽⁷⁸⁾, lo que supone dimensionar este principio a partir del alcance que le corresponde a la cosa juzgada.

La cosa juzgada es el efecto de una resolución judicial firme que impide que lo resuelto pueda ser nuevamente revisado. Esta irrevisibilidad de lo decidido se extiende únicamente a los hechos que han sido materia de juicio (con independencia de su calificación jurídica) y a la persona del acusado⁽⁷⁹⁾. Desde estas consideraciones, podría decirse que el pronunciamiento sobre el delito previo debe limitarse a este hecho, de manera tal que no puede ser vinculante en la determinación de un hecho distinto como lo es el que configuraría el delito de lavado de activos. A esta primera respuesta cabría oponer, sin embargo, la necesidad de distinguir entre la eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal⁽⁸⁰⁾. La primera está referida al hecho en el que se sustenta la imputación penal, mientras que la segunda se refiere a hechos cuya existencia depende de la existencia del delito imputado. Con base en estos conceptos se puede sostener que si bien la sentencia por el delito previo no se pronuncia por el hecho del lavado de activos, la existencia de éste depende de la existencia de aquél, lo que se enmarca dentro de la eficacia refleja de la cosa juzgada penal.

Admitida la vinculación de la sentencia firme por el delito previo en el proceso penal por el delito de lavado de activos, entrará en consideración el límite subjetivo de la cosa juzgada. Si se trata de un caso de autolavado (esto es, el autor del delito fuente es autor también del delito de lavado de activos), la absolución por el delito previo generará una cosa juzgada que no puede ser alterada en el proceso por lavado

(78) Vid., ALEXY, *Rechtstheorie* 1 (1979), p. 59 y ss.

(79) Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 745 y ss.

(80) Al respecto, fundamental, CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1994, p. 258 y ss.

de activos, por lo que deberá absolverse también de la segunda imputación. Queda claro que si la primera absolución se debió a razones distintas a la comprobación de que el hecho imputado no se realizó o la atipicidad del hecho, como podría ser el caso de la prescripción o de causas de exclusión de la punibilidad, entonces sí habrá un espacio para una determinación autónoma de la existencia del delito precedente y, por lo tanto, para la imputación de un delito de lavado de activos.

La situación se torna más discutible cuando el procesado por el delito de lavado de activos no es el que ha sido absuelto por el delito previo. En este caso, podría decirse que no hay una cosa juzgada amparable por falta de identidad de sujeto, ya que el pronunciamiento judicial por el delito previo estaría referido a una persona distinta al procesado por el delito de lavado de activos. Ante esta alegación, podría oponerse que, siguiendo la tesis de CARNELUTTI, la cosa juzgada no limita sus efectos a las partes procesales, sino que pueden extenderse, si resultan favorables, a otros⁽⁸¹⁾. Desde esta perspectiva, si la sentencia del delito previo indica que el hecho nunca se realizó o que la conducta fue completamente lícita, entonces sería un contrasentido que luego se castigue penalmente a otra persona por haber lavado los activos procedentes del negado delito. Esta opinión parece ser, por otra parte, la que subyace en el planteamiento del Tribunal Constitucional en el caso del *non bis in idem procesal*, al establecer su doctrina jurisprudencial de que el archivo fiscal por calificar que la conducta investigada no es delito, impide que se pueda volver a denunciar por este mismo hecho incluso a otros sujetos⁽⁸²⁾.

Si la absolución por el delito previo es posterior a la condena por lavado de activos, lo que procede en este caso es una acción de revisión. Al respecto, el Código Procesal Penal establece que esta acción procede sin limitación temporal y sólo a favor del condenado. Dentro de los supuestos de procedencia previstos en el artículo 439 de la referida ley

(81) Vid., CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 268 y ss.

(82) STC Exp. N° 2725-2008-PHC/TC del 22 de septiembre de 2008.

procesal, cabría tratar el caso descrito como el descubrimiento de nuevos hechos o medios de prueba que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas, sean capaces de establecer la inocencia del condenado. Se trata de un mecanismo excepcional, pero válido para revertir una condena que se sustenta en un hecho que judicialmente se ha declarado como inexistente o como lícito.

Una aproximación a las consideraciones sobre la nueva legislación contra el crimen organizado con referencia a Ley N° 30077

LUIS LAMAS PUCCIO

Introducción

En los últimos años, la comunidad internacional y de forma particular nuestro país asisten de forma conjunta o de manera indistinta, a una transformación sustancial en el plano político, social, estratégico, económico y legislativo en lo relativo a los esfuerzos para contrarrestar el aumento vertiginoso y significativo del crimen organizado, el lavado de activos, la corrupción y otras formas de delincuencia a gran escala. En la Declaración de Caracas, aprobada en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁽¹⁾, se reconoció como uno de los problemas más resaltantes que afectaba a todos los países por igual, el aumento considerable de la delincuencia en sus diversas manifestaciones, incluidas las nuevas formas de criminalidad y sus repercusiones en la sociedad. Se mostró que el delito y su categorización correspondiente dentro del crimen organizado en sus distintas modalidades y facetas, por igual trastocaban el desarrollo integral de las naciones, el bienestar espiritual y material de

(1) Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente. Caracas, Venezuela, setiembre de 1980. A/CONF. 87/14/Rev. 1.

los pueblos, comprometía la dignidad humana y, en última instancia, creaba un clima de temor y violencia generalizada⁽²⁾.

En efecto, se ve en la mayoría de países transformaciones sociales, culturales y económicas rápidas y de gran alcance. Estos cambios han traído consigo, junto al progreso y desarrollo tecnológico, influencias de distinto orden que aparecen traducidas en un mayor refinamiento para cometer toda clase de delitos. Como lo interpretan, las Naciones Unidas: el alcance y la gravedad de la delincuencia en sus nuevas dimensiones varía de un país a otro en lo que respecta a las distintas circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales, pero parecen existir aspectos que son comunes y se evidencian en diversas formas de criminalidad, como la corrupción, la delincuencia callejera, los delitos contra la integridad de las personas, el lavado de activos, la delincuencia organizada y el tráfico de drogas⁽³⁾.

Relaciones entre la criminalidad organizada y el lavado de activos

La criminalidad organizada y, en particular, el lavado de activos con sus vinculaciones con otros delitos, se manifiestan en sus formas más nocivas justamente en donde las sociedades e individuos son susceptibles y están expuestos a las maniobras de quienes sacan provecho de esta nueva coyuntura. Una prueba verificable es el caso del tráfico de drogas y sus relaciones con el lavado de activos, que se manifiesta de una forma creciente en distintos países. La alarmante expansión de las organizaciones delictivas transnacionales y el crimen organizado, que manejan la producción, el tráfico y distribución de drogas, a lo que se

(2) Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia, setiembre de 1985. Guía para los debates de las Reuniones Preparatorias regionales e interregionales. Tema 1. *"Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo: desafíos para el futuro"*. A/CONF. 121/PM.1. Párrafo N° 6.

(3) Ibid. Párrafo N° 8.

suma las conexiones que tiene el tráfico de drogas y con otras formas graves de criminalidad mantienen con el tráfico de armas, la trata de blancas, la corrupción y el terrorismo internacional⁽⁴⁾.

La importancia de la criminalidad organizada dentro del entorno social ha determinado que cada vez sean más los sectores que se tengan que avocar a su tratamiento, y en la mayoría de los casos, a su regulación normativa con fines de prevención y control; a su estudio en relación al análisis de las complejas causas que lo provocan; y a su tratamiento como parte de una política específica de Estado. Se señala de manera insistente que el progresivo aumento de la delincuencia y la inseguridad ciudadana en muchos lugares suscita preocupación en los países y la comunidad internacional, hasta el punto de haberse convertido en una cuestión de Estado de índole prioritaria para la gran mayoría de gobiernos. Entre las razones que contribuyen a que la criminalidad en sus variadas modalidades se expanda a todos los niveles, adquiere trascendencia la "internacionalización del crimen". Ello se debe en gran medida a los notables adelantos tecnológicos en materia de la comunicación y al transporte masivo de personas en todos los lugares. Al mismo tiempo, las fronteras se han hecho más permeables como efecto del intercambio comercial de todo tipo de mercancías y productos, la cooperación económica y el turismo de masas.

Sacándole provecho a este nuevo ambiente internacional mucho más fluido y dinámico que antes, la delincuencia en general y el crimen organizado en particular, han ampliado sus ramificaciones en los terrenos de la eficiencia y las dificultades que surgen cuando se trata de detectarlas. Sucede a través de forma directa o a través de las denominadas "redes corporativas de asociaciones delictivas", entre cuyos objetivos más resaltantes se encuentra el prestarse apoyo mutuamente en las diferentes áreas que son de su incumbencia. El resultado no solo ha sido el aumento de sus actividades a nivel fronterizo, sino también respecto a cualquier nación que se encuentre en el camino de sus operaciones. La

⁽⁴⁾ Ibid. Párrafo N° 15.

expansión de las actividades delictivas más allá de las fronteras nacionales o regionales, opera de forma paralela al desarrollo del comercio, las finanzas y el intercambio de toda clase de bienes y servicios. Estos cambios fortalecen notablemente la operatividad del crimen organizado y amenazan el deterioro político y social, dependiendo de su ubicación geográfica, dónde opera el crimen organizado y cómo se ha consolidado, a lo que se suma la inestabilidad social⁽⁵⁾. A ello se agrega que *“el crimen organizado opera bajo la violencia indiscriminada, la intimidación, el miedo, la corrupción, el fortalecimiento de la criminalidad común, el tráfico de drogas y el lavado de dinero”*⁽⁶⁾.

En tal virtud, y aunque no es un fenómeno novedoso, adquiere relevancia la temática del crimen organizado, no solo por la eficacia sin precedentes que ha alcanzado en los últimos años, sino también por la compleja diversificación que ha alcanzado en el terreno de la delincuencia, entre las que se destaca: la elaboración y tráfico de drogas, el blanqueo de los capitales adquiridos, el contrabando de armas a gran escala, los fraudes internacionales, la transferencia ilegal de capitales, las quiebras fraudulentas, el tráfico de personas, el secuestro organizado, las alianzas estratégicas entre bandas internacionales, la subversión, el terrorismo, etc.⁽⁷⁾. Como explica PRADO SALDARRIAGA: “la criminalidad organizada, puede variar según su origen, el grado de desarrollo alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que la integran. Hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión centralizados. También coexisten

(5) LAMAS PUCCIO, Luis, “Manifestaciones del crimen organizado”, en *Revista de Ciencias Penales y Criminológicas*, Volumen XI, N° 39, diciembre 1989, Universidad Externado de Colombia.

(6) Guía para los debates de las Reuniones Preparatorias Regionales e Interregionales. Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Tema N° 3. “Medidas nacionales e internacionales efectivas contra: a) La delincuencia organizada; b) Las actividades terroristas criminales”. Párrafos 43 al 75. A7CONF.144/PM, 20 de agosto de 1988.

(7) Ibid.

con otras agrupaciones delictivas más flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada”(8).

Sobre la problemática del crimen organizado, LUIS CALLEGARI explica “que la nueva sociedad globalizada y moderna ha propiciado la aparición de nuevos riesgos y sentimientos de inseguridad, factores que se deben al desarrollo acelerado de las grandes ciudades, a la migración de las personas, a los avances tecnológicos, a la ausencia de fronteras y a la versatilidad del flujo de capitales circulante en el mundo, entre otros factores”(9). En ese sentido, coincidimos con MORERA ARAYA, cuando indica: “hoy día, el proceso de globalización que experimenta la sociedad contemporánea y que sin duda alguna afecta de manera profunda todos los ámbitos de la vida del ser humano, también se ve reflejado directamente en las tendencias de política criminal adoptadas por diferentes naciones, las cuales tampoco escapan de esta realidad. Un claro ejemplo de ello lo constituye el fenómeno de la delincuencia organizada y, ante todo, el tratamiento que se le ha otorgado a este “modelo de criminalidad”, tanto por parte de la comunidad internacional –en su conjunto–, como a lo interno de los ordenamientos legales de distintos países suscriptores de instrumentos internacionales en la materia”(10).

Política de Estado y Derecho penal del enemigo

En el plano legislativo nacional, las acciones que han emprendido en la mayoría de países contra el crimen organizado y otras graves transgresiones, por lo general, dirigen su mirada y atención a ciertas

(8) PRADO SILDARRIAGA, Víctor, “Sobre la criminalidad organizada en el Perú y el artículo 317° del Código penal”.

(9) LUIS CALLEGARI, André, “Control social y criminalidad organizada”, en *Crimen organizado, tipicidad, política, investigación y proceso*, Ara editores, 2009, Lima, p. 13.

(10) MORERA ARAYA, Jorge Andrés, “Análisis crítico del fenómeno del crimen organizado, a la luz de la aprobación de la Ley contra la Delincuencia Organizada en Costa Rica”. Proyecto final de graduación para optar por el título de master en criminología con énfasis en seguridad humana, San José, Costa Rica, octubre 2010, www.uci.ac.cr/Biblioteca/Tesis/PFGMCSH28.Pdf.

regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general, en virtud de determinadas características peculiares que se distancian de sus preceptos generales y comunes, en tanto que más bien aparecen como parte de un particular *corpus* punitivo, al que autores de renombre denominan, "Derecho penal del enemigo"⁽¹¹⁾. Se trata de aquellos tipos penales que anticipan la punibilidad sobre determinados actos que solo tienen el carácter de *preparatorios* respecto a hechos futuros; se refieren ya no a la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino de cualquier conducta que puede o no tener una relación a una organización que lleva a cabo sus actividades en contra del derecho, en razón de que mediante estos tipos penales se criminaliza conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de un hecho delictivo, o de conductas que pueden favorecer a una organización, en términos de favorecimiento, consistencia, subsistencia y permanencia. Esto en lo que respecta a una tenue línea divisoria difícil de ubicar aunque involucra por lo general responsabilidades penales graves (vinculaciones con un sentido político, acciones mediáticas, tráfico de influencias, etc.). En igual sentido, la desproporcionalidad de las penas implica recurrir con frecuencia a sanciones severas sin hacer distinciones entre actos preparatorios y hechos consumados. Igual si se trata de la pertenencia del autor a una organización o banda criminal, soslayando aspectos que podrían atenuar las penas, a lo que se suma la aplicación de otra clase de medidas como la ejecución de "técnicas especiales de investigación", que incluyen la interceptación postal, la grabación de las comunicaciones, el levantamiento del secreto tributario, bursátil o bancario.

(11) Ver GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Artículos. RECPC. 07-02-2005. POLAINO-ORTS, Miguel, "Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo", Universidad de Huánuco. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid.

En el plano internacional, la comunidad de naciones también han desarrollado un marco normativo importante, como la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; la Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Transnacional Organizada; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves; y recientemente con igual significado las llamadas Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) sobre Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

La nueva normatividad contra el crimen organizado

En nuestro país, los esfuerzos políticos, económicos, institucionales y normativos se han visto plasmados desde la perspectiva de fortalecer el sistema de justicia penal. Se ha promulgado un nuevo Código Procesal Penal en el año de 2006 que implica una reformulación sustancial del sistema de justicia penal en el país, en la búsqueda de seguridad, racionalidad y eficiencia como parte de una política de Estado. Se ha ampliado la legislación administrativa para prevenir el lavado de activos la misma que incorpora una amplia serie de iniciativas plasmadas en las normas internacionales, para cuyos fines, cabe destacar la creación y reglamentación de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Igualmente se ha modificado la legislación penal contra el crimen organizado, el lavado de activos y la minería ilegal, reformulando no solo los tipos penales sino los procedimientos administrativos, policiales y judiciales en la búsqueda de eficiencia con la implementación de un nuevo marco normativo sistematizado conocido como "Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado". De la misma manera se ha promulgado una nueva disposición de mayor amplitud y complejidad para arremeter de forma más sistematizada contra el crimen organizado desde distintas perspectivas, actualmente conocida como "Ley contra el crimen organizado".

Otras disposiciones de menor rango aunque igualmente importantes complementan el marco legal señalado. Una Resolución Administrativa emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que aprueba los Protocolos de Actuación Conjunta, relacionados a medidas limitativas de derechos en materia de allanamiento, impedimento de salida del país, intervención de las comunicaciones telefónicas, levantamiento del secreto bancario, la reserva tributaria y bursátil llamada "Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado", y otra disposición que establece la competencia por especialidad respecto al delito de lavado de activos por parte del Ministerio Público, que ha creado fiscalías especializadas en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio. A lo que se suma un "Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo", y una comisión especializada con la participación de todos los sectores e instituciones públicas relacionadas con la prevención y fiscalización del lavado de activos.

Hablo de un marco normativo amplio que incluye la tipificación de una serie de delitos vinculados con el lavado de activos, los mismos que aparecen relacionados con la conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes, cuyo origen ilícito se presume o se debía sospechar procedían de una actividad criminal. En los mismos términos de determinadas circunstancias que pueden agravar o atenuar la responsabilidad penal, cuando por ejemplo el agente utiliza o se sirve de su condición de funcionario público o trabaja en el sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. Si el agente del delito es parte de una organización criminal. Igual si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucradas superan el equivalente a quinientas Unidades Impositivas Tributarias, en cuyos casos, la pena privativa de la libertad puede alcanzar hasta los veinticinco años. Igual si el dinero, bienes, efectos o ganancias proceden de la minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, del terrorismo, el secuestro, la extorsión o la trata de personas.

Al respecto en este nuevo marco normativo aparecen nuevas figuras penales, que corresponden al transporte o traslado dentro del territorio

nacional de dinero o títulos valores, cuyo origen ilícito se conoce o debía presumirse que proceden de actividades criminales, con la finalidad de evitar la identificación de su origen o incautación o decomiso. Igual se señalan responsabilidades penales y administrativas para quienes en su condición de oficiales de cumplimiento, omitan en forma dolosa o culposa comunicar o informar a las autoridades competentes una operación o transacción financiera sospechosa, que hubiera conocido en el desarrollo de su labor de vigilancia y control. Similar responsabilidad se establece para quienes se rehúsan, retardan o se niegan a suministrar información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial a la autoridad que se lo solicita, que en el presente caso corresponde a la Unidad de Inteligencia Financiera.

En ese sentido, las disposiciones penales y administrativas contra el lavado de activos, la minería ilegal, el crimen organizado y otras formas de criminalidad, incorporan modificaciones importantes para el conocimiento, análisis y exploración de información de naturaleza contable en materia de investigación criminal, levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria y reserva bursátil. Si se refiere a las denominadas consecuencias accesorias en materia de responsabilidad penal de las empresas, cuando se vincula o ha mediado una persona jurídica en cualquiera de estos delitos, con la finalidad de encubrirlos o favorecerlos y dependiendo de la gravedad o la naturaleza del delito, se aplica de forma alternativa o conjunta penas de multa, la clausura de los locales, suspensión de las actividades a las que se dedica la empresa intervenida, la prohibición de realizar en el futuro actividades de la misma clase a aquellas en cuyo ejercicio se llevó a cabo o se cometió, favoreció o encubrió el delito. Se puede proceder a la cancelación de la licencia para el funcionamiento del rubro al que correspondían a los servicios realizados por la empresa, e igual se puede disponer como medida extrema la disolución de la persona jurídica a través de la cual se cometió el delito de lavado de activos.

En iguales términos, la ley contra el crimen organizado consolida las acciones respecto a las consecuencias accesorias ya mencionadas, se-

ñalando que cualquiera de los delitos previstos en la citada norma y en los que ha mediado una organización criminal, atendiendo a la gravedad y naturaleza de los hechos, de manera alternativa o conjunta un juez puede imponer una multa, clausura definitiva de los locales o establecimientos, suspensión de las actividades, prohibición de realizar actividades de la misma clase que motivaron la intervención, cancelación de licencias y disolución de la persona jurídica.

Las modificaciones planteadas sobre la legislación que reprime el delito de lavado de activos, aborda aspectos relacionados con la autonomía del delito en cuestión. Se le desvincula del delito precedente en tanto que el delito de lavado de activos es autónomo, en razón de que no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, ganancias o efectos, hayan sido descubiertas o se encuentren sometidas a algún tipo de investigación o proceso judicial. En otras palabras, que el delito en cuestión no haya sido previamente objeto de algún tipo de prueba o sentencia condenatoria.

Si se trata de la interceptación, incautación y ulterior apertura de todo tipo de correspondencia, documentación o legajos postales, se establecen medidas excepcionales para la intervención de cualquier clase de correspondencia, incluso a través de la inferencia, siempre que se refiera a documentación que sea útil a una investigación. En iguales condiciones, cuando se requiere de la interceptación o grabación de las comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas u otras formas de comunicación, haciéndose hincapié en que las autoridades pueden requerir a las empresas telefónicas o de comunicación para que brinden todas las facilidades necesarias en la consecución de estos fines y mantengan la reserva del caso, haciéndose la salvedad de que todas estas acciones no pueden ser de conocimiento de aquellos que son objeto de una investigación. En ese sentido, las disposiciones entre el lavado de activos y el crimen organizado, implementan técnicas en materia de investigación tratándose de la interceptación postal y la intervención de las comunicaciones, haciéndose la salvedad de que estas acciones deben

llevarse a cabo sobre la base del respeto de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Como sabemos, la entrega vigilada es una técnica en virtud de la cual se permite que mercancías ilícitas o sospechosas puedan circular dentro o fuera del territorio nacional, sin la interferencia de las autoridades y bajo la vigilancia de agentes especializados. Desde esta perspectiva y conforme a los parámetros que sobre esta materia establece el Código Procesal Penal, según las nuevas normas y siempre que existan motivos razonablemente fundados de que se está produciendo el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, insumos químicos o cualquier otro bien de naturaleza delictiva, un fiscal de oficio o a instancia del procurador público puede disponer la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentra prohibida. Igual acontece con el agente encubierto cuya finalidad no es otra cosa que facilitar a los miembros especializados de la policía a que actúen o se introduzcan en una organización criminal bajo una identidad supuesta.

Otra figura legal para luchar contra la delincuencia organizada y el delito de lavado de activos, es la llamada colaboración eficaz que aparece señalada para cualquiera de los delitos que integran y son parte del crimen organizado. Por ella se faculta al Ministerio Público para que pueda celebrar acuerdos de beneficios y colaboración eficaz con quienes se encuentren sometidos a una investigación, proceso penal e incluso con quienes se encuentren sentenciados, siempre que se trate de información considerada estratégica en el contexto de las acciones que despliega la justicia penal.

En el plano de las funciones y facultades administrativas que corresponden a la Unidad de Inteligencia Financiera en la lucha contra la criminalidad, se procede a modificar y fortalecer el marco regulador respecto a las operaciones sospechosas que se susciten en el ámbito de las instituciones sometidas al control y la supervisión de la Superinten-

dencia de la Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Hablo de la adopción de medidas de control apropiadas y suficientes para evitar que dentro de sus operaciones normales, se oculten fondos o ganancias relacionados con el crimen organizado y el lavado de activos. Es en este ámbito que la Unidad de Inteligencia Financiera está facultada para solicitar a cualquier organismo público del gobierno nacional, gobiernos regionales y locales, instituciones y empresas que pertenezcan al sector público sin excepción o reserva alguna e incluso las personas naturales o jurídicas privadas cualquier tipo de información que consideren conveniente a sus intereses y objetivos. No existe oposición alguna a una solicitud de esta índole bajo responsabilidad.

En un contexto legal de estas características, las recientes disposiciones contra el lavado de activos posibilita que la Unidad de Inteligencia Financiera comunique al Ministerio Público todas aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectiva, se presuma que están vinculadas con actividades de lavado de activos, crimen organizado y el financiamiento del terrorismo. La ley señala que los reportes que emite la Unidad de Inteligencia Financiera tienen valor probatorio y deben ser asumidos por el fiscal a cargo de la investigación o proceso. Ahora bien, la ley establece posibilidades de cooperación internacional entre las distintas unidades de inteligencia que funcionan en otros países. Hablo de una investigación internacional en la que está permitido solicitar, intercambiar o compartir toda clase de información con miras a una investigación que puede comprender varios países sobre lavado de activos y crimen organizado. En materia de confidencialidad de la información se ha establecido el deber a la reserva como un mecanismo para proteger la información que se obtenga por cualquiera de estos medios. Los sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera, así como sus accionistas, directores, funcionarios, empleados, trabajadores o terceros vinculados a ellos, bajo responsabilidad, están prohibidos de poner en conocimiento de cualquier persona, entidad u organismo la información solicitada.

Si se refiere al nuevo Código Procesal Penal, éste aparece vigente para todos los delitos que se señalan, dado que se establece la realización de una audiencia de control judicial para los fines de verificar su legalidad respecto a la interceptación, incautación, ulterior apertura de cualquier clase de correspondencia; la interceptación y la grabación de las comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas, los resultados de todo lo actuado deben ser puestos a conocimiento de la persona afectada, quien puede solicitar su control judicial a los fines de que se revise la legalidad de las medidas que se adoptaron. En términos similares, la legislación sobre crimen organizado establece a solicitud de la parte interesada que se lleve una audiencia judicial de reexamen.

La ley contra el crimen organizado suple un vacío notorio que existía en nuestra legislación penal. Se mencionan determinados criterios cuantitativos y cualitativos para determinar cuándo ha mediado en la comisión de un delito una organización criminal, respecto a la repartición de funciones o tareas dentro de la misma, las características de su estructura, el ámbito del accionar criminal, los grados de participación en cuanto a los integrantes del grupo criminal, sus vinculaciones, la concertación, las coordinaciones, la temporalidad, oportunidad y objetivos. Dentro de los delitos que corresponden a una organización criminal ahora se encuentran: homicidio calificado, secuestro, trata de personas, violación del secreto a las comunicaciones, determinados delitos contra el patrimonio, pornografía infantil, extorsión, usurpación, delitos informáticos, delitos contra la propiedad intelectual, delitos monetarios, tenencia, fabricación y tráfico de armas, delitos contra la salud pública, tráfico ilícito de drogas, delitos ambientales, el reglaje, genocidio, desaparición forzada, tortura, delitos contra la administración pública, falsificación de documentos y lavado de activos.

En ese sentido, para los delitos señalados siempre que medie una organización criminal en los términos como lo señala la ley, rigen las normas y disposiciones del nuevo Código Procesal Penal sin perjuicio

de las disposiciones especiales contenidas en la ley de la materia. En iguales condiciones a la ley contra el lavado de activos, procede la interceptación postal y la interceptación de las comunicaciones, el levantamiento del secreto bancario, la reserva tributaria y bursátil. A lo que se suma el proceso de pérdida de dominio para los bienes que puedan estar sujetos a cada uno de los delitos mencionados en la ley. Asimismo la prueba trasladada la cual implica que las pruebas actuadas a nivel judicial, cuando ha mediado una organización criminal, pueden ser utilizadas en otro proceso penal siempre que su actuación sea de imposible consecución.

En materia de sanciones que restringen la libertad personal, si se trata de cualquiera de los delitos que comprenden el crimen organizado y se configura alguna de las agravantes especiales señaladas por la misma norma, la pena se aumenta hasta en una tercera parte por encima del máximo legal sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años de pena de privación de la libertad, para lo cual tiene que tratarse del líder o cabecilla de la organización criminal; que el agente ha financiado de alguna manera a la organización criminal, si se refiere a una persona que desempeña funciones administrativas, de dirección o supervisión dentro de la organización. Igual para aquellos que tienen una función o cargo público, actúan por encargo de la organización criminal, utilizan menores de edad, personas inimputables, los que abusan de su posición de dominio y para aquellos que usan armas de guerra.

También se crea un sistema reforzado para el control de toda la información relacionada con la criminalidad organizada y cuyas siglas son SISCRICO (Sistema de Control Reforzado de Internos de Criminalidad Organizada), a los fines de almacenar y analizar cualquier tipo de información sobre la situación penal, procesal y penitenciaria de aquellas personas que aparecen vinculadas o relacionadas de alguna manera con el crimen organizado. Hablo de los procesados o sentenciados por la comisión de uno o más delitos en su condición de integrantes de una organización criminal. Se incluye la creación de un registro de visitas de internos con la finalidad de hacer un seguimiento sobre las personas que los visitan.

Sobre la cooperación internacional y asistencia judicial, el Estado Peruano está obligado, a través de las distintas agencias o instituciones que integran el sistema de justicia penal, a prestar asistencia en términos recíprocos incluyéndose a los requerimientos de solicitudes que provengan de la Corte Penal Internacional. Están incluidas una serie de diligencias judiciales de diferente orden, como recibir entrevistas o declaraciones en las que pueden estar presentes autoridades extranjeras; emitir copias certificadas; efectuar inspecciones, incautaciones y embargos preventivos; facilitar elementos de prueba y toda clase de peritajes; entregar información bancaria y financiera; identificar y entregar documentos con fines probatorios; detener de manera provisional y entregar a personas que son investigadas, acusadas y condenadas; remitir documentos policiales en los casos de un procedimiento de entrega vigilada; y cualquier otra clase de información que estén permitidas en las leyes internas.

El rol de la nueva legislación penal frente al crimen organizado

Si se refiere a la legislación penal es interesante precisar, lo siguiente: “a pesar del frondoso desarrollo que en los últimos años han tenido las ciencias penales y otras disciplinas conexas, y de los cuantiosos recursos económicos que se invierten con la finalidad de neutralizar la delincuencia, son cada vez más las naciones que denotan un aumento cuantitativo y cualitativo de las distintas categorías de delitos, hasta el punto de distorsionarse seriamente los sistemas de justicia penal en sus diferentes áreas. El crecimiento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad –entre la que cabe de destacar la criminalidad organizada– suscita preocupación en la ciudadanía y las autoridades en relación a que los esfuerzos hasta ahora realizados, resultan incapaces para poder hacer frente a la criminalidad en general.”⁽¹²⁾

(12) LAMAS PUCCIO, cit.

En ese sentido, el Derecho penal confronta en los momentos actuales una situación distinta a la que caracterizó en momentos pasados a las discusiones sobre el control penal, en que la legislación penal estaba orientada más al control del sujeto como trasgresor de la norma, y no a una asociación criminal como ente corporativo en el que la voluntad aparece materializada en un grupo de personas organizadas y jerarquizadas con roles y objetivos diferenciados. Se trata de un fenómeno criminal que confronta un desarrollo distinto como resultado de nuevas tecnologías en los terrenos de las comunicaciones, la economía y la globalización.

Hablamos de una manifestación delictiva que siempre existió aunque bajo distintos matices y características⁽¹³⁾, o por el contrario, de una transformación sustancial en el plano de la trasgresión criminal en el ámbito corporativo o societario, aunada a otras patologías sociales y el advenimiento de nuevas tecnologías, que dada su etiología, características y configuración distinta desbordan las expectativas ciudadanas, políticas y jurídicas que se encuentran depositadas en la eficacia y rendimiento del Derecho penal como medio de control del comportamiento humano⁽¹⁴⁾. Sobre lo señalado, diferentes autores enfatizan que el De-

(13) *"A diferencia de lo que sucede con otros segmentos de criminalización de la evolución expansiva que caracteriza el momento actual, las infracciones asociativas no son un fenómeno nuevo para el Derecho penal. Por el contrario, estaban presentes desde el principio, es decir, también en el 'bueno y viejo' Derecho penal liberal del siglo XIX; también, con efectos negativos desde la perspectiva del Estado de Derecho: como es sabido, el origen de los preceptos en cuestión en la época de la codificación está en la lucha contra la resistencia o disidencia políticas". CANCIO MELIÁ, Manuel, "El injusto de los delitos de organización". "Crimen organizado, tipicidad, política, investigación y proceso", cit., p. 41.*

(14) *"Una de las características del Derecho penal moderno, es la evolución de una criminalidad asociada al individuo aislado hasta una criminalidad desarrollada por estructuras de modelo empresarial. Dentro de esta evolución, la criminalidad organizada se dirige fundamentalmente a la obtención de importantes beneficios económicos. La expansión internacional de la actividad económica y la apertura o globalización de los mercados son acompañados de la correlativa expansión o globalización de la criminalidad, que frecuentemente presenta un carácter transnacional, pudiéndose afirmar que la criminalidad organizada es la globalización". IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, "Criminalidad organizada y delincuencia económica".*

recho penal aparece más interesado en ciertas regulaciones, enmarcadas dentro del Derecho positivo, diferenciado del Derecho penal general, en virtud de determinadas características peculiares, las que podrían ser agrupadas en un particular corpus punitivo que se denominaría "Derecho penal del enemigo"⁽¹⁵⁾.

En tal virtud, coincidimos, con CANCIO MELIA, cuando explica que "esta evolución tiene lugar en un marco general en el que la legislación puramente simbólica e impulsos punitivos de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal"⁽¹⁶⁾. Desde un punto de vista histórico, estructural y cultural, el delito es un fenómeno social que cambia constantemente de formas. Como lo manifiesta GARCÍA BARROSO: "Junto a una determinada forma de vida social, política y cultural surgidas en cada época, ha aparecido un tipo de delincuencia característica de cada época"⁽¹⁷⁾.

Aproximación a su incidencia global. "Criminalidad organizada y delincuencia económica", Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2002, p. 15. Citado en "Crimen organizado: tipicidad, política, investigación y proceso", André Luis Callegari, Manuel Cancio Meliá y Paula Andrea Ramírez, Ara Editores, Lima, 2009, p. 16. Igual SILVA SÁNCHEZ en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001. En este contexto, ha adquirido particular notoriedad la noción de "Derecho penal del enemigo". Al respecto ver también JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 753 y ss. Igual HRRS 3/2004; ídem *Staatliche Strafe*, p. 40 y ss. Lo mismo CANCIO MELIÁ en *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, 2006, p. 93 y ss. En todo caso, para mayor información sobre el particular ver nota a pie de página en "Control social y criminalidad organizada", en *Crimen organizado, tipicidad, política, investigación y proceso*, cit., p. 34.

(15) Ver, entre otros: GRACIA MARTÍN, Luis, "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del Enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*. Artículos. RECPC 07-02 (2005). ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006. POLAINO-ORTS, Miguel, "Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del Enemigo", Universidad de Huánuco, Grijley, 2009. JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

(16) CANCIO MELIÁ, Manuel, "El injusto de los delitos de organización de peligro y significado", en *Crimen organizado, tipicidad, política, investigación y proceso*, cit., p. 34.

(17) GARCÍA BARROSO, Casimiro, *Interpol y el procedimiento de extradición*, Madrid, 1982,

A lo que se suma, entre otras razones, la inseguridad ciudadana y el temor de la población centrada en la delincuencia urbana o callejera relacionada con los delitos patrimoniales de poca monta, la cotidiana violencia en las grandes urbes, los crímenes publicitados por los medios de comunicación o la distribución de drogas en pequeñas cantidades, que son formas de delincuencia común las cuales constituyen enemigos menos nocivos en comparación con el crimen organizado. Como lo explicitan distintos autores, se entiende, que: “las recetas drásticas que se reclaman se dirigen contra los sujetos con los cuales no se identifica la mayoría social, que está obcecada por la posibilidad de ser víctima del delito y que no teme, en cambio, los eventuales abusos del Estado en el ejercicio del poder punitivo, pues tales excesos, en cualquier caso, recaerán sobre elementos ajenos al cuerpo social nacional”⁽¹⁸⁾.

Etiología del crimen organizado

Desde esta perspectiva, las organizaciones delictivas constituyen “estructuras criminales” en un sentido criminógeno, dado que no solo favorecen la realización de distintos delitos, la maximización de sus resultados y la potencialización de sus efectos, sino que son apropiadas en cuanto se refieren a la fungibilidad o mimetización de sus miembros, la sustitución de los mandos y la persecución de sus integrantes. Las organizaciones criminales son amorfas en su fisonomía o estructuras, siempre están adoptando nuevas formas, son altamente flexibles cuando se trata de aislarse del control penal, policial y normativo, y se adaptan a esquemas corporativos horizontales o verticales que les permite una dinámica de cooperación más eficaz y ayuda, dependiendo de las cir-

p. 13. Citado por CERVINI, Raúl, en *Análisis criminológico del fenómeno del crimen organizado*.

(18) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria, “Las ideologías de la seguridad en la legislación penal española presente y futura. Un debate abierto”, Atelier, Barcelona, 2003, p. 128. Citado en *Crimen organizado: tipicidad, política, investigación y proceso*, p. 19.

cunstancias que confrontan, con la finalidad de ampliar sus mercados, su ámbito de acción, su poder político y económico, e intercambiar bienes y servicios de toda clase. Frente a ello, LUIS CALLEGARI señala que *"es posible que su simple existencia suponga un peligro para los bienes jurídicos protegidos por las figuras delictivas que serán practicadas por el grupo y, por lo tanto, constituyen un injusto autónomo, en un 'estado de cosas' antijurídico que amenaza la paz pública"*(19).

En el terreno psicológico, el crimen organizado o la agrupación para delinquir es una fuerza colectiva circundante con idénticos fines criminales, y suscita transformaciones desde el punto de vista psicológico, tanto en lo que respecta a los integrantes de la misma organización delictiva, como en lo referente a quienes la lideran o las dirigen, en la expectativa de que las actitudes "ejemplares" den el impulso suficiente para ir más allá de lo que normalmente se haría. Son las circunstancias y condicionamientos externos (libertad económica, medios de comunicación, transporte masivo, corrupción, abuso de poder, aumento de las relaciones transnacionales, etc.), los que adquieren formas de realización en la vida diaria(20). La delincuencia es un importante problema de dimensiones nacionales e internacionales, con repercusiones y ramificaciones que trascienden las fronteras de cada uno de los países, y asimismo, obstaculizan el progreso político, económico, social y cultural de las naciones, a lo que se suma la amenaza a la libertad, los derechos humanos, la paz social y la seguridad individual y colectiva. En los últimos años, la mayoría de países han experimentado transformaciones sociales, económicas y tecnológicas de largo alcance. Sin embargo, aunque el desarrollo no es un factor criminógeno *per se*, un crecimiento económico sin planificación y equidad en el que todos disponen de la capacidad de disfrute en condiciones similares o parecidas, se convierte en un factor que distorsiona las relaciones interpersonales tanto en los

(19) "Control social y criminalidad organizada", en *Crimen organizado, tipicidad, política, investigación y proceso*, cit., p. 27.

(20) LERSCH, Philipp, *El hombre como ser social*, Psicología Social, Editorial Scientia, p. 22 y ss.

planos individuales, colectivos y corporativos, y se puede convertir en un factor criminógeno⁽²¹⁾.

En efecto, dependiendo de las características geográficas, económicas y de producción, la delincuencia en sus distintas modalidades se desarrolla y consolida cada vez más adquiriendo nuevas formas y características, hasta pasar inadvertidas en un primer momento, y convertirse en un problema que no solo relaciona a los que transgreden el sistema normativo, punitivo o marco legal, sino involucra a la sociedad que se ve precisada a confrontar y convivir con diferentes tipos de criminalidad⁽²²⁾. La inseguridad urbana y rural, la ineficiencia administrativa, la corrupción, todo ello, aunado a la escasez de recursos económicos y la carencia de una política de Estado para prevenir y tratar la delincuencia en sus distintas facetas, es un problema crucial que afecta a la colectividad en su conjunto, denotan una falta de planificación y una carencia de política de Estado para prevenir y tratar la delincuencia en el país⁽²³⁾. Se da por sentado que la delincuencia en sus diferentes modalidades y dependiendo de su capacidad operativa y organizativa, tiende a penetrar en las actividades legítimas de la economía nacional con diferentes fina-

(21) Ver "Informe de la Reunión Preparatoria Interregional para el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente acerca del tema I: Nuevas dimensiones de la criminalidad y de la prevención del delito en el contexto del desarrollo: desafíos para el futuro". Párrafos 1 y siguientes. Nueva Delhi, abril 1985. A/CONF.121/IPM/5. 15 de mayo de 1985.

(22) La criminalidad y violencia en el mundo constituyen en la actualidad un problema político social de primer orden, que exige la necesidad de implementar medidas concretas para disminuir la violencia urbana en las principales ciudades del país, en particular contra la delincuencia común, cuyos efectos los padece transversalmente toda la población. Esta violencia obedece a muchos factores causales de índole socioeconómico y cultural, donde la familia, la escuela, la comunidad y los medios de comunicación constituyen espacios de socialización muy importantes; sin embargo, éstos históricamente no han articulado una clara orientación de sus objetivos, contribuyendo a una débil formación ciudadana.

(23) Ver documento de trabajo N° 01, "La delincuencia en el Perú: propuesta de intervención articulada", enero 2013, Consejo Nacional de Política Criminal, Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

lidades; entre las que cabe destacar por su relevancia para el tema tratado: la legitimación del producto del delito; el lograr que estas actividades sean reconocidas y aceptadas en el contexto social como si fueran lícitas; la falta de autoridad ante el desprestigio de las instituciones y en alguna medida el control en los lugares en donde actúan, con el objetivo de obtener ganancias y ventajas de toda clase, y de esa manera, reducir al mínimo cualquier tipo de riesgo que pueda afectar sus acciones e intereses económicos.

Estructuras y tipologías de la criminalidad organizada a propósito de la Ley N° 30077: Ley contra el Crimen Organizado

NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA (*)

1. Planteamiento

En una de las obras cumbres de Miguel de Cervantes Saavedra —expresamente en “Don Quijote de la Mancha”—, se narra un pintoresco encuentro entre don Quijote y su fiel escudero Sancho Panza con un grupo de presos. Todos estos personajes provenientes de la imaginación de este universal escritor al cual hice referencia al inicio del presente párrafo. El planteamiento de este pequeño ensayo se detalla cuando a Don Quijote de la Mancha le llama mucho la atención que el último de los presos —que era un muchacho joven, bien parecido, culto, inteligente, de buen talante y singular elocuencia para el habla— que respondía al nombre de Ginés de Pasamonte, tenía atado un grillete en el cuello y una cadena grande en sus piernas (era una de esas cadenas dirigida a un peligroso delincuente). El caso surge cuando don Quijote formulada a los guardianes de los presos la siguiente interrogante: ¿Por qué va el

(*) Abogado. Becario por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Especializado en Técnicas de Litigación Oral por “ITESIS” (Medellín, Colombia). Director académico del Centro de investigación en Dogmática Penal (CIDP). Correo electrónico: gutierrezmirandaabogados@hotmail.com

último preso con tantas prisiones más que los demás? Y la respuesta que ofrecen los guardianes a don Quijote fue *“ese último preso ha cometido él solo mas delitos que los demás juntos y es tan atrevido grande y bellaco que aunque lo llevamos de esta manera no vamos seguros de él sino que tememos que se nos ha de escapar”*⁽¹⁾. Creo que este planteamiento que expongo es el resumen de la política criminal y de la Criminalidad organizada actual en el Perú y el Mundo. Por lo que se desglosa que en la obra de Cervantes Saavedra existen dos tipos de delincuentes y que ello es equiparado en la coetánea savia a la Criminalidad organizada, y podemos desprender que en la actualidad —en este mundo globalizado— existen dos formas de atentar contra la norma jurídica: *por un lado* (siguiendo la obra de Cervantes) todos los presos comunes y que por regla general respetan la norma de manera incidental y en algún momento determinado cometen una afectación a la norma jurídica (como el hombre no es perfecto y que está sujeto a errores en forma de delito que son propios de la naturaleza humana), siguiendo a Günther Jakobs, él podría referirse a este planteamiento como un *desliz reparable en forma de delito*⁽²⁾; lo cierto es que después de cometer esta afectación a la norma jurídica, estas personas vuelven al respeto de la misma norma jurídica para convivir en sociedad, dándose una rehabilitación y readaptación de estas personas al mundo del ser. *Por el otro lado*, se encuentra a todas las otras personas —como este último preso (Ginés de Pasamonte⁽³⁾ en la obra de Cervantes) que no solamente persisten en su actitud contraria a la norma, sino que después de cometer un delito— hayan tenido una sentencia condenatoria y pasado por un centro carcelario, siguen repre-

(1) CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *Las aventuras de don Quijote y Sancho Panza*, Ediciones grupo Imaginador, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 117.

(2) JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 35.

(3) La descripción que se nos da del personaje es la de un hombre de treinta años de edad, de muy buen parecer pero bizco. Es un hombre peligroso, atrevido y bellaco, tanto que los guardias desconfían de él. Sus crímenes son mayores que los de sus compañeros, él sólo puede sumar los delitos de los demás y, por lo tanto, debe pasar diez años sirviendo en las galeras del rey.

sentando un gran peligro para la sociedad y que en el mundo del ser, estas mismas personas buscan formar grupos más fuertes y más sólidos, decididos a quebrantar la norma jurídica. Esto responde al nombre de "criminalidad organizada". Creo que este planteamiento con que al crimen organizado. Pero, empecemos diferenciando algunos términos para clarificar el panorama.

2. Concepto de organización criminal

Para tener una aproximación al concepto que se ensaya, previamente recurriremos a la política criminal que según Roxin establece lo siguiente: *"No sólo es la elección de sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también al conjunto de los aspectos fundamentales que según Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad"*. Por ello, la política criminal está constituida por un conjunto de estrategias o procedimientos por medio de los cuales el Estado y la sociedad organizan sus respuestas al problema de la criminalidad.

Una de las diferencias y acotaciones realizadas por la Ley N° 30077⁽⁴⁾, es el llamado término *organización criminal* que otorga en su art. 3 una definición clara y refiere: *"Es cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su*

⁽⁴⁾ La Ley contra el Crimen Organizado, Ley N° 30077, establece una serie de reglas y procedimientos eficaces para la detección, investigación y sanción de los integrantes o cualquier persona vinculada a organizaciones criminales. Se trata de una norma diseñada por el Poder Ejecutivo para luchar, por primera vez, contra las bandas organizadas y facilitar la labor coordinada de los operadores del sistema de justicia, como la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial. Antes de la entrada en vigencia de la norma, los delitos ejecutados por más de tres personas se tipificaban como simples asociaciones ilícitas para delinquir; desde hoy se precisa la definición exacta de organización criminal, para que estos grupos delictivos sean sancionados drásticamente. También se sancionará eficazmente a estos grupos delincuenciales que cometen delitos como los de homicidio calificado, en acciones de "sicariato", secuestros perpetrados por los denominados "marcas", así como los de trata de personas, tráfico ilícito de drogas, pornografía infantil, entre otros.

estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves". Hecha esta aclaración surge la siguiente interrogante: ¿Es lo mismo "*organización criminal*" que "*asociación ilícita*"? Pues según el artículo 317 del Código Penal Peruano⁽⁵⁾, el delito de "*asociación ilícita*" se consuma cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente —entre otros supuestos— se agrupan con base en una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico-penal el solo hecho de formar parte de la organización, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan. Mientras el *grupo*⁽⁶⁾ solo exige una pluralidad de personas que se juntan de modo temporal y ocasional, sin una estructura organizativa propia; la *asociación* requiere una estabilidad y permanencia en el tiempo, una estructura de división de funciones y la imposición de un sistema de reglas de naturaleza disciplinaria que marcan las relaciones de sus integrantes". De esta forma, se delimita el contenido del concepto de "*organización criminal*", superando su relativismo e imprecisión.⁽⁷⁾ Así mismo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), define al *grupo delictivo organizado* como "*un grupo estructurado de tres o más personas*

(5) Modificado por la Ley N° 30077.

(6) Otra definición sobre *grupo delictivo organizado* se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de noviembre del año 2001 y vigente desde el 29 de setiembre del año 2003. De acuerdo con este Tratado, se entiende por *grupo delictivo organizado* a todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (delito punible con mínimo de 4 años de pena privativa de libertad), con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

(7) CASTILLO ALVA, *Asociación para delinquir*, Grijley, Lima, 2005, pp. 68 y 69.

que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Con todo ello se aprecia que este concepto de *organización criminal* no ha sido tarea fácil, pues no solamente no existe consenso en la doctrina en cuanto a los elementos que la deben definir, sino también porque –desde una perspectiva dogmática– dicha definición debe conformarse con la regulación que sobre este fenómeno realiza cada ordenamiento jurídico⁽⁸⁾. Quizá por eso se tienda –de cara a su eficacia preventiva– a la elaboración de normas mínimas que busquen armonizar conceptos, reglas o procedimientos para afrontar el problema de las organizaciones criminales, principalmente cuando estas alcanzan cierta entidad o rebasan las fronteras de un país. Por esta misma razón, deben quedar al margen del concepto de organización criminal las comúnmente denominadas “bandas”, pues estas carecen propiamente de una estructura organizacional estable, siendo más bien, como señala Zúñiga Rodríguez, una mera conexión de personas para la comisión de delitos, desde luego, con cierto grado de planificación y estabilidad que las distinga de la simple coautoría⁽⁹⁾. Ciertamente, y con independencia de los

(8) Lo que obedece, según ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, a que estamos ante un fenómeno relativamente nuevo; a que constituye una abstracción mayor comprensiva de fenómenos criminales tradicionales (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas, etc.); a que los trabajos de los diversos países están fuertemente influenciados por sus propias realidades nacionales de actuación de grupos criminales organizados (con lo cual la criminalidad organizada ha sido identificada en Italia con la mafia; en Alemania, con el lavado de dinero; en España, con el terrorismo); y, finalmente, a las distintas perspectivas de análisis con que ha sido analizado este fenómeno (económica, política, sociológica, antropológica, jurídica), vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción”, en AA. VV., *Cuestiones actuales del Derecho penal. Crisis y desafíos*, Lima, Ara editores, 2008, pp. 287-288. Para un mayor desarrollo de este importante tema, de la misma autora, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, Comares, 2009.

(9) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema...* cit., pp. 233-234.

puntos de encuentro que entre ambas se pudieran establecer, parece que el rigor en el tratamiento penal, procesal y penitenciario que se depara para la criminalidad organizada [sanciones penales, técnicas especiales de investigación, Cooperación Internacional y Asistencia Judicial, etc.], más allá de que, en principio, pueda ser aplicable a otro tipo de delincuencia, alcanza en aquella su máxima expresión.⁽¹⁰⁾

3. Composición, dimensión y estructura del crimen organizado

En este breve espacio más allá de abordar concepciones dogmáticas sobre crimen organizado plasmado en la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado)⁽¹¹⁾, pretendemos apuntalar cuáles son las

(10) En el mismo sentido, PRADO SILDARRIAGA apunta que "para la mayoría de expertos estas estructuras [asociaciones ilícitas y bandas], mayormente amorfas, no constituyen parte de la criminalidad organizada por poseer un *modus operandi* notorio y artesanal. Carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos. Su dimensión operativa se restringe en función al escaso número y especialización de sus integrantes. Estas estructuras delictivas se ubican en un escenario común y coyuntural que las conecta generalmente con delitos convencionales violentos como el robo, la extorsión o los secuestros. Su influencia sobre el entorno es mínima lo que determina que sus integrantes sean frecuentemente intervenidos por la policía". No obstante, como veremos posteriormente, tal parece que el legislador ha comprendido a estas formaciones criminales dentro del concepto de organización criminal.

(11) Como se sabe, la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, contiene algunas disposiciones relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Desde el punto de vista penal, que es sobre todo lo que aquí analizaremos, resulta interesante abordar el aspecto terminológico, no solo porque siempre se han planteado dificultades para definir con criterios de certeza qué debe entenderse por "organización criminal", sino también, y quizás sea más importante, porque esta ley ha procedido a sustituir distintas denominaciones que guardaban inocultables similitudes con aquella. En efecto, por mencionar solo algunos ejemplos, se destierra el uso de los términos *agrupación criminal* (art. 152 inc. 8 CP), *organización delictiva o banda* (art. 179 inc. 7 CP), *organización ilícita* (art. 318-A lit. "b" CP) y *asociación delictiva* (art. 257-A inc. 1 CP), todos los cuales quedan sustituidos por la denominación *organización criminal*. Aparentemente, a instancias del legislador patrio, el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo. Por si esto fuera

estructuras del crimen organizado en el Perú y el mundo, y cuáles son las tipologías que sobre ellas recae. Por ello, los especialistas señalan que la estructura organizacional y operativa de una organización criminal⁽¹²⁾ permite identificar el grado de importancia y desarrollo que ella ha alcanzado. Complementariamente, las dimensiones de sus actividades ilícitas, su composición interna y la calidad de sus integrantes posibilita reconocer el mayor o menor nivel de su influencia sobre su entorno económico, social, o político. Así la estructura de las *organizaciones criminales* no es uniforme. Ella varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, pues, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso, buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que se les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos.⁽¹³⁾

poco, parece necesario confrontar el delito previsto en el artículo 317 CP, todavía denominado –tras la modificación de la Ley N° 30077, asociación ilícita, y la figura de la organización criminal regulada por la ley sujeta a comentario.

- (12) Otro elemento característico de una *organización criminal* es, valga la redundancia, la organización; ahora bien, este componente lleva de suyo la existencia de un grupo de personas, pero hay que tener en cuenta que no se trata de la simple suma o pluralidad de agentes, ni tiene por qué confundirse [la organización criminal] con la mera coautoría. Así, para establecer la diferencia entre ambas [entre coautoría y organización criminal] debe atenderse a este elemento configurador propio de las organizaciones criminales: su estructura organizativa. Intrínsecamente ligado a este elemento es el de la permanencia, el mismo que, como señala PRADO SALDARRIAGA, “reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada”, resultando imprescindible para “lograr que su presencia e influencia se irradien y conserven sobre su entorno”.
- (13) PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima, Idemsa, 2013, p. 79.

En la actualidad, las nuevas *organizaciones criminales* poseen características y estructuras distintas a las de la mafia tradicional⁽¹⁴⁾, e incluso esta, en algunos casos, ha ido cambiando de una forma u otra. A causa de estas diferencias, ahora tenemos estructuras con redes flexibles, estructuradas libremente. Tienen células pequeñas especializadas, son altamente adaptables en cualquier lugar y en cualquier momento, contienen menos riesgos. Buscan siempre el mayor beneficio con el menor riesgo. Esto es un problema especial, porque esto provoca o ayuda a hacer menos riesgosa la actividad ilegal, a promover la corrupción que también es un punto muy importante. Por ello, *“son redes menos formales, sus enlaces tácticos y enlaces estratégicos se mezclan con organizaciones de bienes y servicios a clientes, buscan compartir mercados en vez de tener el control, trabajan de una manera más abierta, o sea trabajan de una manera más empresarial”*⁽¹⁵⁾.

Por todos estos conflictos que ocurren en la actualidad, el Centro para la Prevención Internacional del Delito (CICIP) y el Centro de Investigación Interregional de Delitos y Justicia de las Naciones Unidas (UNICRI) desarrollaron un trabajo técnico que involucró un gran desarrollo de actividades de indagación, estudio y análisis en 16 países. Los mismos lograron recopilar información bastante detallada sobre 40 grupos delictivos activos y representativos de la delincuencia organizada transnacional y que posteriormente –sobre la base de variables e indicadores comunes– se identificaron semejanzas y diferencias entre los grupos criminales investigados. Luego se puso especial énfasis en características ligadas al tipo de estructura predominante en cada diseño

(14) Como la clásica imagen piramidal de la mafia siciliana o de la cosa nostra norteamericana.

(15) Cfr. PRIETO PALMA, César y GONZÁLEZ RUIZ, Samuel, *Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada*, Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura, Lima, 2003, p. 1.

organizacional⁽¹⁶⁾. Después de la verificación y sondeo, el consolidado grupo de datos posibilitó cinco tipologías.

4. Tipologías del crimen organizado

Como señalan sus autores, la utilidad de estas tipologías se sitúa en tres planos distintos ligados a la política criminal, a la optimización de los operadores del sistema penal y a una sensibilización responsable de la sociedad civil⁽¹⁷⁾. Por ello, las mismas cumplen una función *estratégica*⁽¹⁸⁾, función *pedagógica*⁽¹⁹⁾ y función *desmitificadora*⁽²⁰⁾ para estructurar y determinar a qué tipología corresponde una organización criminal. Así la CICIP⁽²¹⁾ y el UNICRI⁽²²⁾ establecen cinco tipologías definidas que son las siguientes:

- a) La jerarquía estándar o tipología 1
- b) La jerarquía regional o tipología 2
- c) La agrupación jerárquica o tipología 3

(16) La configuración de los niveles y roles de gestión y ejecución de las decisiones; el conjunto de actividades ilícitas y lícitas desempeñadas; los vínculos existentes entre los integrantes; los instrumentos e instancias de coordinación y control interno; y la proyección nacional e internacional del modus operandi o de la influencia del grupo criminal.

(17) Cfr. Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción, cit., p. 1 y ss.

(18) Porque ayudan a diseñar objetivos y estrategias de prevención y control más consistentes contra las organizaciones criminales.

(19) Que se materializa en programas de capacitación para las agencias oficiales que deben perseguir, investigar y sancionar al crimen organizado.

(20) Que abarca las estereotipadas imágenes que de este fenómeno social ofrecen los medios de comunicación a la población. De esta manera, se ayuda a la ciudadanía a internalizar una comprensión más realista del significado y dimensiones del problema.

(21) Centro para la Prevención Internacional del Delito.

(22) Centro de Investigación Interregional de Delitos y Justicia de las Naciones Unidas.

- d) El grupo central o tipología 4
- e) La red criminal o tipología 5

Estas cinco tipologías, bien definidas por CICIP y UNICRI, se basan en similitudes y diferencias relativas a los siguientes aspectos:

- La estructura rígida o flexible de la organización criminal.
- La conducción o liderazgo único o colegiado.
- La configuración de una jerarquía vertical o difusa para la toma y ejecución de decisiones.
- La identificación de roles estables o mutables entre los integrantes del grupo criminal.
- El uso de un nombre.
- La existencia de rasgos de identidad característicos para la integración (familiar, étnica, local o social).
- El empleo de medios o acciones violentas en el *modus operandi*.
- El espacio geográfico de influencia.
- Las actividades criminales que se realizan.⁽²³⁾

Ahora bien, empezaremos a desarrollar cada una de estas tipologías⁽²⁴⁾:

a) ***La jerarquía estándar o tipología 1***

Es también conocida como estructura piramidal. Se le considera la estructura más rígida, tradicional y común entre los grupos de *criminalidad organizada*. Se caracteriza por tener un comando o lideraz-

(23) Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías, de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., p. 2 y ss.

(24) Las tipologías a las que nos referiremos están incorporadas en la Falcone Check List o cuestionario tipo para el seguimiento de investigaciones sobre delincuencia organizada.

go unificado a partir del cual se origina una jerarquía vertical con roles claramente definidos y asignados a sus escalones de integrantes. Las tareas se asignan de manera clara y definida para cada integrante según su nivel. Las organizaciones que se adscriben a esta tipología adoptan un código de conducta que privilegia la lealtad, el secreto y la obediencia al jefe. Poseen un sistema de control interno muy estricto y que ejecuta sanciones disciplinarias violentas. Utilizan un nombre y la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social. El número de sus integrantes es variado según la presencia histórica de la organización. En su *modus operandi*, se recurre con frecuencia a la corrupción, el chantaje y la violencia.

Así según esta tipología, las Naciones Unidas consideran como exponentes a los grupos criminales que operan en China y en Europa del Este⁽²⁵⁾. Y generalmente han sido creados alrededor de un solo individuo, quien frecuentemente da su nombre al grupo criminal. Estos grupos son de tamaño mediano (50 a 200 personas) y tiene una estructura jerárquica estricta con un código de honor, reglas internas y absoluta lealtad al jefe. Los miembros son reclutados en el bajo mundo criminal y en el de los ex convictos, pero también entre los oficiales gubernamentales y servidores públicos. El uso de la violencia es una característica clave de sus actividades. Muchos de los grupos comienzan sus operaciones con la extorsión y frecuentemente hacen uso de la violencia o de la amenaza para asegurar sus ganancias. En el Perú, las firmas del tráfico de drogas y las bandas dedicadas a delitos violentos como el robo y el secuestro extorsivo adoptan una estructura que responde a las características de la tipología 1 o jerarquía estándar.

b) La jerarquía regional o tipología 2

En esta segunda tipología la característica esencial se refiere al liderazgo único de jerarquía rígida y bien definida a partir de un mando central. De él se desprenden estructuras regionales que tienen un alto

⁽²⁵⁾ Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., p. 2.

grado de autonomía operativa y cuyo jefe posee capacidad de decisión sobre su espacio regional. Sin embargo, las instrucciones del mando central de la organización pueden dejar sin efecto cualquier iniciativa o decisión del mando regional. Ahora bien, la disciplina interna es muy estricta y se basa en el respeto a un código de reglas de lealtad y perdón, denominado generalmente “*el Código del estatuto*”.

Sus actividades se basan en la descentralización y se desarrollan simultáneamente en varias áreas geográficas de influencia o “regiones”. Por esta razón, se trata de estructuras que cuentan con muchos grupos asociados e integrantes. La militancia en estos grupos se origina en la fuerte identidad social que vincula a sus miembros, los cuales provienen de un mismo núcleo poblacional o “barrio”. Su amplia expansión regional le permite involucrarse en una gran variedad de actividades ilícitas. En su *modus operandi* el uso de la violencia es bastante frecuente y están regidos por reglas conocidas como estatuto o una constitución⁽²⁶⁾. En las investigaciones de las Naciones Unidas, se ubica como organización criminal representativa de esta tipología a la banda australiana de los *Motociclistas fuera de la Ley*⁽²⁷⁾. También incluyen a la organizaciones criminales japonesas como la *Yakuza* (sección que actúa en Australia)

(26) Algunas bandas han escrito códigos de ética. Las reglas requieren lealtad al club y condonar violencia para apoyar los intereses de la banda. Estas bandas como la de los motociclistas fuera de la ley son prominentes en la producción y distribución de anfetaminas y cannabis.

(27) Esta banda tiene una estructura jerárquica claramente definida, se dividen en dos subgrupos cada uno opera en regiones geográficas específicas. En Australia, por ejemplo, el elemento básico de la estructura es el Capítulo, el cual opera en un área local específica y es regido por un Presidente. Este individuo tiene poder absoluto sobre el Capítulo en términos de toma de decisiones y frecuentemente reglas con poder dictatorial. Cada Capítulo tiene un grado de independencia de los otros. Las bandas de motociclistas fuera de la ley tienen una fuerte identidad social. Las bandas generalmente están formadas solo por hombres. Los miembros eran tradicionalmente admitidos después de un estricto proceso interno (incluyendo un periodo de prueba) tales procedimientos se han atenuado en algunas áreas, con el fin de adquirir más miembros.

o la *Yamaguchi-Gumi*, y a la *banda Fuk Ching* que opera en los Estados Unidos⁽²⁸⁾. En el Perú se podría atribuir esta tipología a las organizaciones dedicadas al contrabando. Que operan en las zonas de frontera y al tráfico de copias fonográficas y audiovisuales "piratas"

c) La agrupación jerárquica o tipología 3

Es una estructura corporativa que reúne a varios grupos criminales. La conducción en la agrupación jerárquica es delegada a un núcleo de representantes de cada grupo integrado, y que recibe distintas denominaciones como "consejo" o "*cuerpo vigilante*". Los acuerdos que se gestan y adoptan al interior de este núcleo de gobierno se reciben y inciden en todos los grupos asociados. El surgimiento de las agrupaciones jerárquicas obedece a cuestiones tácticas o de coyuntura. Con ellas, los grupos se gestan un ámbito de concertación que les permite compartir o dividirse mercados y áreas de influencia, así como resolver los conflictos existentes entre ellos. Ahora bien, cada grupo integrante posee su propia jerarquía interna y su propia estructura, la cual suele ser del tipo piramidal o jerarquía estándar. Además los grupos integrantes se dedican a actividades ilícitas diferentes y adecuadas a las oportunidades del área geográfica donde operan. Por consiguiente, mantiene ante los demás grupos plena autonomía operativa. Así se establece que por su condición corporativa la tipología que analizamos puede dedicarse a varias actividades delictivas y estar compuesta por un gran número de integrantes. Estos últimos suelen provenir de un mismo grupo étnico o emigrante, o de un espacio común como la cárcel. Pese a integrar grupos delictivos de alta autonomía, ellos se visualizan entre sí como miembros de una agrupación jerárquica. Sin embargo, en el ámbito externo, justamente su independencia operativa dificulta que se les reconozca como parte de una corporación criminal. La investigación CICIP y UNICRI

(28) Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., pp. 3 y 4.

considera como ejemplos de esta tipología al grupo ruso *Ziberman*⁽²⁹⁾ y a la banda sudafricana “*28s prisongang*”⁽³⁰⁾.

d) *El grupo central o tipología 4*

Es la tipología representativa de las estructuras flexibles. Como en el caso de la tipología 1 o de jerarquía estándar, la que ahora describimos es un modelo de estructura muy frecuente entre las organizaciones criminales modernas. En primer lugar, hay que señalar que estos grupos criminales están integrados por un número reducido de miembros y carecen de un nombre que los identifique de manera interna o externa. En segundo lugar, como se señaló, se trata de estructuras flexibles, pero que operan con un número limitado de agentes que no excede de 20. Los integrantes en pleno componen el núcleo central que adopta decisiones e impone la disciplina por consenso y acuerdo. A su interior, pues, no existe un liderazgo único, por lo que se les considera como estructuras horizontales. Por último, es de destacar que los integrantes pueden ingresar o retirarse del grupo central, según la coyuntura y las necesidades operativas de la organización. Se aplica, pues, una política de disociación voluntaria o por renovación de cuadros. No se ha observado un uso relevante de medios violentos para imponer el control interno. En la periferia del grupo central, se encuentra un número importante de “*miembros asociados*”, los cuales solo son requeridos por la organización para la realización de actividades específicas que acuerda el grupo central. También cuentan con colectivos especializados que tienen por función arreglar los conflictos que puedan darse con otras organizaciones criminales, y a los que algunos grupos centrales denominan “*enforcer*”.

(29) El grupo Ziberman consiste en seis grupos criminales separados, cada uno con estructura jerárquica y roles definidos para cada miembro. La coordinación entre los seis grupos, que forman el grupo principal se da por una estructura compuesta por cuatro individuos. Existe un estricto código de conducta en el grupo y el proceso para lograr la disciplina interna se caracteriza por altos niveles de violencia. El grupo Ziberman primero se estableció debido al comercio ilegal de tabaco antes de diversificar sus actividades en el contrabando de alcohol, apuestas y tráfico de coches robados.

(30) Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., p. 6.

Entre los integrantes del grupo central, no hay vínculos de identidad como en las otras tipologías. Si bien puede darse una división funcional de actividades entre sus miembros, ella se adecuará a la alta especialización que estos poseen. La actividad criminal que desarrolla esta clase de organización puede ser única o plural, aunque siempre será de una variedad limitada. Se reconoce como una subcategoría del grupo central a las empresas criminales flexibles. Estas generalmente adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos. Sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal que se encuentra ligada a operaciones de lavado de dinero, defraudación tributaria o fraude en las subvenciones. El número de integrantes que las compone es muy reducido. No obstante, todos sus miembros tienen gran experiencia y especialización en temas económicos o financieros, a la vez que gozan de una alta estima social. Son ajenos a todo uso de medios violentos y cuentan con útiles conexiones en las esferas del poder político y en los órganos de gestión de las empresas más exitosas. Su sofisticada fachada legal y su integración activa en la economía lícita hacen que la detección de sus actividades delictivas sea muy difícil.

Los estudios de CICIP-UNICRI califican como expresión de la tipología grupo central a la organización criminal australiana denominada *Sindicato McLean*⁽³¹⁾. Sobre ella se señala lo siguiente: Los miembros del grupo son relativamente flexibles y fluidos; individuos o grupos de individuos agrupados bajo necesidades económicas en común. Esto significa que los miembros pueden entrar y salir del grupo según las circunstancias. De esta manera el sindicato busca constantemente nuevos miembros con habilidades específicas según lo requieran los variantes mercados y oportunidades. Claramente, el requerimiento más impor-

(31) El grupo está formado por un número de diferentes células criminales que operan con roles definidos, coordinados por personas que ocupan el rol de líderes de cada una de las células. Se tiene conocimiento de que varias células del sindicato *McLean* operan en varias jurisdicciones fuera de Australia, incluyendo las Filipinas, Pakistán, Tailandia, Alemania, Reino Unido, Hong Kong y Singapur.

tante de los miembros del sindicato es la habilidad para que los demás miembros confíen en la persona en cuestión. Solo un pequeño número de miembros principales del sindicato permanecen tiempos completos comprometidos con los objetivos de la organización. Las relaciones entre estos miembros principales están cimentadas en la confianza y el entendimiento mutuo establecido a través de muchos años de participar juntos en negocios ilícitos. Todos ellos tienen un alto grado de conocimiento profesional en su área de trabajo: la importación ilegal de cannabis en Australia y otros países.⁽³²⁾

e) *La red criminal o tipología 5*

La red criminal es una organización flexible por excelencia. Desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables. Es la estructura criminal de diseño más complejo. Su tamaño y actividades son variables. Carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica fluida y mutable.

En la *red criminal*, un rol esencial les corresponde a los individuos clave que operan como conectores o puntos nodales. Frecuentemente se trata de un individuo clave que está rodeado por una constelación de individuos o grupos criminales⁽³³⁾ que le ayudan a realizar un proyecto criminal y que configuran la red. Es importante destacar que los individuos clave no se consideran integrantes de ninguno de los grupos delictivos incorporados a la red. Solo permanecen ligados a ella mediante un conjunto variado de proyectos delictivos. Esta red se integra con un número manejable de personas que realizan sus actividades de manera simultánea o paralela y que no siempre se relacionan entre sí. Su contacto con la red y con sus proyectos delictivos se realiza a través de

(32) Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., pp. 7 y 8.

(33) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2012, tratando sobre el grupo criminal, recoge que se entiende por este a la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

los individuos clave. La característica común de los miembros de una red es su habilidad y excelente ubicación estratégica para la realización de los proyectos delictivos asumidos, lo cual los convierte en los más idóneos para el operar exitoso de la red como estructura criminal. No obstante, no todos los componentes de la red poseen igual nivel de relevancia para el desarrollo de sus actividades delictivas. Así, por ejemplo, *la red criminal* cuenta, a su vez, con una red externa de criminales que operan como una estructura complementaria de reserva o apoyo, y que puede ser activada según las necesidades de realización de acciones criminales violentas o especiales. En las redes criminales, la estructura no solo es flexible, sino también movable. Ello como consecuencia de no existir ninguna jerarquía ni línea de dependencia para con el individuo clave. Por consiguiente, si este es descubierto al igual que sus actividades ilícitas, la red rápidamente se reconstruye en función de un nuevo conector o individuo clave, quien puede promover otras actividades criminales o adherirse a los proyectos delictivos en ejecución. En su relevancia criminalística, las operaciones de una red criminal son muy difíciles de rastrear y prever. Si sus miembros son intervenidos, la red se recompone sin mayor dificultad que el perfil mínimo requerido para los proyectos criminales en ejecución. En la red, pues, no son imprescindibles los individuos, sino las actividades y los proyectos. Por tal razón, estas organizaciones criminales no requieren contar con una estructura o jerarquía para poder realizar sus acciones. El CICIP y UNICRI dan cuenta de la presencia activa de redes criminales en Nigeria, el Caribe y Holanda. Sobre estas últimas organizaciones delictivas, se sostiene, entre otros datos, que "*son de organización flexible*" con las actividades de profesionales sobresalientes constantemente intercambiados y una red exterior de contactos de criminales que pueden ser reclutados en el caso de operaciones criminales específicas. El tamaño y la naturaleza de las actividades de cada red criminal varían frecuentemente. El caso *Meij* en el Caribe involucra a un sospechoso, rodeado de una red de individuos que lo ayudan en sus actividades de fraude y falsificación a gran escala. Las redes criminales examinadas en el estudio están involucradas principalmente en una sola actividad —a pesar de que este no es siempre

el caso — y podrían reorganizarse para dirigir otras actividades. La habilidad de todos los grupos para dirigir una tarea dependía de su habilidad para reclutar a los recursos humanos disponibles y sus habilidades en la red. El grupo *Verhagen* involucrado en el contrabando de cannabis en Europa, por ejemplo, fue muy lejos al intentar reclutar personas con una habilidad particular (la habilidad de capitanear un barco) al anunciarse públicamente en los medios. Así, según CICIP y UNICRI, “*el uso de la violencia no es estructural en estos grupos; pero sí instrumental e incidental ya que su enfoque principal radica en las altas habilidades y facultades de sus miembros*”⁽³⁴⁾. En nuestro país, la Procuraduría Ad Hoc para delitos contra la Administración Pública ha sostenido de manera reiterada que durante la década pasada se estructuró una amplia red criminal que operó con grupos enquistados en las principales instancias del poder político, de las instituciones castrenses, de las instituciones del sistema de Justicia y en algunos medios de comunicación.

Esta fuente ha afirmado también que en esta red criminal fungía como individuo clave el ex funcionario de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres, quien ya ha sido objeto de varias condenas judiciales y se encuentra aún sometido a otros procesos penales⁽³⁵⁾.

5. Reflexiones finales

Consideramos que un concepto estricto o restringido de organización criminal se teje, fundamentalmente, sobre la base de una estructura organizacional. Este elemento, ciertamente, está indisolublemente vinculado a otros elementos configuradores como la permanencia y la pluralidad de personas, sin que estos, por sí solos, puedan determinar ineludiblemente la presencia de una organización criminal. Es importante también en un concepto estricto de organización criminal —y

(34) Cfr. CICIP-UNICRI, *Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada*, cit., p. 9 y 10.

(35) Cfr. UGAZ, José C., *Falta de Inteligencia*. Comentario publicado en la Sección Editorial del diario *El Comercio*, edición del 8 de abril de 2003.

confirmado por la propia Convención de Palermo—, que estas organizaciones se ordenan a la comisión de delitos graves. Gravedad que puede ser entendida —más aún si se atiende a lo previsto por la Ley 30077— en términos de dañosidad social, lo cual puede comprender fenómenos que no atenten contra la vida y la salud de las personas. De esta suerte, debe quedar excluido del concepto de organización criminal, aquellas agrupaciones que tienen por fin la comisión de faltas, por más reiteradas que estas sean.

Consideramos que el término *organización criminal*, en la Ley 30077 y en el propio Código Penal modificado por aquella, es utilizado en un sentido amplio, comprendiendo incluso algunas manifestaciones de la criminalidad de grupo que la doctrina considera fuera de un concepto estricto de organización criminal (p. ej. las bandas). Aplica también para el todavía denominado delito de asociación ilícita, previsto en el art. 317 del Código Penal.

Consideramos que lamentablemente en el Perú —hasta el momento— lo único que se detecta en los niveles estratégicos de tipologías reseñadas, está plagado de incertidumbre y de desconocimiento por parte del Estado, y se muestra así que poco o nada conoce sobre una situación problemática de etiología y proyección sistémica, como la criminalidad organizada. En efecto, las medidas propuestas siempre se expresan en leyes penales dispersas, que, además, solo han sido pensadas para incidir en la sanción sobredimensionada, pero individual de los integrantes de las organizaciones.

Para concluir, recordemos lo que se dijo en el inicio del presente ensayo. Se pudo apreciar que en una de las obras de Cervantes Saavedra (Don Quijote) existía un joven que respondía al nombre de Ginés de Pasamonte el cual tenía unas cadenas más gruesas y más grandes que los demás y que al preguntar don Quijote a los guardianes estos le dijeron: *“ese último preso ha cometido él solo más delitos que los demás juntos y es tan atrevido grande y bellaco que aunque lo llevamos de esta manera no vamos seguros de él sino que tememos que se nos ha de escapar”*. Este es

un claro ejemplo de que cada día en el Perú y en el mundo se acentúan con más solidez los grupos criminales para los que necesitamos cadenas grandes y fuertes —como las que le pusieron a Ginés— con el fin de evitar la impunidad de estos grupos criminales. Por ello necesitamos un replanteamiento total de la política criminal y social del país, a efecto de priorizar mejores estrategias, buscar idóneos profesionales en la administración de justicia y, sobre todo, consolidar sólidas estructuras de política Criminal. El Estado tiene que diseñar y fortalecer nuevos mecanismos y nuevas estructuras para que tenga la capacidad de afectar el núcleo real de los grupos delictivos. Que tengan pues, aptitud e idoneidad suficientes para neutralizar significativamente sus *modus operandi* y sus fuentes de financiamiento, pero siempre respetando la Constitución Política, la legalidad y los derechos fundamentales.

¿Existen fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del enemigo en la Ley N° 30077? (*)

DAVID GUSTAVO PACHECO-VILLAR BARRA (**)

I. Palabras preliminares

El crimen organizado se ha tornado en uno de los principales problemas que hoy enfrentan las sociedades modernas, independientemente, de sus fronteras, lenguajes y razas; lo que ha determinado que los Estados respondan a este fenómeno sociojurídico también de forma reprochable, a decir de muchos entendidos en el tema.

España, mediante la Ley Orgánica N° 5-2010 de 22 de junio 2010, modificó su Código Penal⁽¹⁾, argumentando que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de

(*) A la memoria de María José Pacheco-Villar Montalvo y Sandra Yanina Gamio Barra; a donde quiera que sus almas hayan partido, tarde o temprano, allá las encontraré.

(**) Abogado de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República, docente de pregrado de la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez", asesor legal *ad honorem* de la Asociación Civil "Huellitas En Tu Corazón" (Pro Defensa de los Derechos de los Animales). Ha concluido sus estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Doctorando.

(1) Texto normativo que para muchos es uno de los más severos de Europa; o, por lo menos, lo fue en 2010, tal como lo afirmó su propio ministro del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, en la edición de 25 de enero de 2010 del diario *El País*.

su democracia, cuyo principal objetivo es el beneficio económico, y que en determinados supuestos de especial gravedad, ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. En consecuencia, los delitos más graves están penados con hasta 40 años de prisión, los que se cumplen íntegramente, y que han positivado una especie de cadena perpetua de hecho, que hace innecesaria ya legislar una de derecho. Se modificaron diversos extremos de su Código Penal relacionados con los delitos de tráfico de drogas, contra la propiedad intelectual y terrorismo, e incluso las faltas. A nivel penitenciario, se introdujo la libertad vigilada como nueva medida de seguridad, a la que será sometido el condenado una vez que sea cumplida la pena dictada.

Inglaterra, también hizo noticia en su momento, tras aprobar la Ley de Prevención del Terrorismo de 2005 (*Prevention of Terrorism Act 2005*). Esta fue la respuesta inmediata a los dos atentados terroristas perpetrados en Londres en julio de aquel año. Esto les recordó a los amantes del *tea time* lo acontecido el 9/11 en Estados Unidos. Sin embargo, cuando dicha Ley aún era un mero proyecto, se afirmó que suponía una grave amenaza para los Derechos Humanos y el Estado de Derecho; incluso, el movimiento global Amnistía Internacional (*Amnesty International*) pidió que se retirara el proyecto, alegando que se atentaría contra la separación de poderes, pues el ejecutivo estaría facultado para sortear la función de los jueces, fiscales y policías. Con esta Ley, se facultó al ejecutivo a emitir órdenes de control, como el arresto domiciliario o el control por medio de dispositivos electrónicos, restringiendo derechos y libertades fundamentales.

Pero, si de leyes antiterroristas se trata, Estados Unidos es el país llamado para ilustrarnos al respecto. El Acta Patriota (*USA Patriot Act*), promulgada el 26 de octubre de 2001, después del fatídico atentado terrorista ocurrido el 11 de setiembre, no solo amplió la capacidad de control de aquel Estado, sino que, además, mejoró la capacidad de sus distintas agencias de seguridad al coordinarlas y dotarlas de mayores

poderes de vigilancia contra el delito de terrorismo, endureciendo sus penas y positivando nuevos delitos. La Ley Patriota fue aprobada ponderando la seguridad ciudadana y los derechos constitucionales, pero legitimando el espionaje.

En nuestro país, a partir del 1 de julio de 2014, entró en vigencia la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, cuya rápida lectura –particularmente– trae a mi mente la doctrina del derecho penal del enemigo que postuló, por vez primera, a inicios de 1985, el profesor Günther Jakobs, en aquel Congreso de Profesores Penalistas, realizado en Alemania. Sin embargo, no se trata de la primera norma legal que aborda el crimen organizado, pues fueron puestas en vigencia la Ley N° 29009, “Ley que otorga al poder ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso” y la Ley N° 27378 “*Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada*”. Ambas ya derogadas, por citar un par de ejemplos.

Habiendo despertado mi interés, no solo la particular posición del profesor Günther Jakobs, sino también la técnica normativa con la que el legislador nacional decidió positivizar la Ley N° 30077, en estas breves líneas, intentaré exponer las razones por las cuales considero que la respuesta a la interrogante planteada es positiva, considerando también la posición de quienes afirman que esta norma legal forma parte del llamado Derecho penal simbólico, tan usado por la clase política nacional.

II. Breves apuntes acerca del crimen organizado

¿Crimen organizado, criminalidad organizada, delincuencia organizada, organización criminal o, simplemente, “mafia”? No existe consenso al respecto, pues su definición ha devenido incluso en un vocablo polisémico, como sostiene el magistrado PRADO SALDARRIAGA⁽²⁾.

⁽²⁾ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad Organizada*, Lima, Idemsa, 2006, p. 33.

Sin embargo, para fines académicos, emplearemos los términos de la Ley N° 30077.

No se tiene certeza acerca del nacimiento del crimen organizado. Empero, algunos estudiosos del tema han concluido que se remonta a la ciudad italiana de Sicilia, en 1863 (segunda mitad del siglo XVII), pequeña isla desde donde se extendería a Norteamérica. Esta estructurada y jerarquizada forma de crimen nació como consecuencia de la pobreza, el poco acceso a la cultura oficial y el vacío de poder estatal, bajo el nombre de *cosa nostra*, simplemente, “mafia”⁽³⁾. Sin embargo, contrario a lo que podríamos suponer, un mafioso era un “hombre de honor”, quien actuaba diligentemente, bajo parámetros estrictos de sus propios códigos de honor, como la ley del silencio (*omerta*). Los profesores LEGANÉS y ORTOLA, mencionan que la “honorable sociedad” –como se le conocía también a la mafia–, fue definida por el juez italiano Giovanni Falcone como un “modo de sentir, un modo de ser, y al mismo tiempo, es una organización criminal”, que obtuvo poder extorsionando a agricultores y ganaderos en Sicilia, y luego a artesanos y comerciantes⁽⁴⁾.

El criminólogo PÉREZ ARROYO nos recuerda que la mafia norteamericana alcanzó fama con la Ley Seca de 1919, pues se traficaba con ella bajo la lógica del contrabando y aprovechándose del mercado conforme a sus reglas de consumo⁽⁵⁾. Sin embargo, una vez que dicha Ley fuera derogada, en 1933, el “negocio” de estas mafias tuvo que ampliar su rubro a las drogas, la prostitución, el tráfico de seres humanos y otros tantos comportamientos ilegales con un

(3) Actualmente, no es poca conocida la existencia de la mafia albanesa, irlandesa, rusa, cubana, china, japonés y mejicana.

(4) LEGANÉS, Santiago y ORTOLA, María Esther, *Criminología: Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 267-268.

(5) PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, “Criminalidad y delincuencia organizada en el nuevo proceso penal. Un aporte desde la Criminología y la Política Criminal”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, t. 30, diciembre 2011, p. 359.

notorio interés económico⁽⁶⁾.

Para el historiador VEYNE, el Imperio Romano tenía la estructura de una gran mafia, en la cual no existían restricciones para la ley del más fuerte y sólo el clientelismo permitía la supervivencia de los débiles, pobres o pequeños. El fraude, la estafa, el robo, la violencia y las violaciones, no eran considerados delitos, sino ilícitos civiles y, al no existir la policía, cada ciudadano debía tomarse la justicia por mano propia. Los jueces se dedicaban únicamente a dirigir el proceso para que un jurado decidiera la inocencia o culpabilidad, pero la búsqueda del culpable y ejecución de la sentencia corría por cuenta de la víctima. No existía un poder público que pudiera poner un límite a una venganza personal. El derecho romano era una acumulación de jurisprudencias, muy diferentes en cada región del imperio. Lo único invariable era el proceso, aunque su Derecho penal fuera arbitrario⁽⁷⁾.

Si resulta difícil determinar el origen y desarrollo del crimen organizado, lo es también definirlo. Así, el legislador nacional, con la Ley N° 30077, ha decidido definir la organización criminal como “cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley”.

El profesor PEÑA CABRERA FREYRE aborda esta problemática afirmando que “no estamos en desacuerdo con que la Ley N° 30077 recoja de forma expresa un concepto de lo que ha de entenderse

⁽⁶⁾ LEGANÉS, Santiago y ORTOLA, María Esther, cit., p. 268.

⁽⁷⁾ VEYNE, Paul, “El Imperio Romano era una mafia”, en *L'Histoire. Special: Le Crime. Juges et assassins depuis 5000 ans*, París, 1993, n° 168, pp. 84-85. Consulta: 4 de octubre de 2014.

<<http://es.wikipedia.org/wiki/Mafia>>

como 'crimen organizado'. Nuestro reparo es que bajo tal rotulación se pretende comprender todo tipo de expresión criminal, sin que importe el incumplimiento de los presupuestos recogidos en la legislación internacional⁽⁸⁾. Y no le falta razón.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo (Italia), en diciembre de 2000, en su artículo 2°, literal a, establece que por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁽⁹⁾.

Sea como sea que se le llame, el crimen organizado está sostenido sobre determinadas características, que la Criminología ha detallado: capacidad dispositiva de mayores medios personales y materiales, empleo de violencia y supresión de prueba, influencia negativa sobre el sistema, extensión a muchos ámbitos de la actividad económica, internacionalización y transnacionalización, y reclutamiento de jóvenes en ambientes marginales⁽¹⁰⁾. Ahora bien, en nuestro país: ¿podemos hablar ya de crimen organizado? Bueno, la respuesta no es más clara, porque una ley la desarrolle. Basta con ver algún noticiero, de manera frecuente, o con leer algún diario, pero de los pocos serios que aún quedan.

Si bien, en su artículo 3°, la Ley N° 30077 refiere un catálogo cerrado, pero de remisión a otros tipos penales, los delitos que actualmente acaparan el mercado criminal son el de homicidio calificado, secuestro, trata de personas, hurto agravado, robo agravado, estafa agravada, por-

(8) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, "El crimen organizado y su relación con el Derecho Penal Simbólico en el marco de la Ley N° 30077", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, t. 57, marzo 2014, p. 98.

(9) El Perú ratificó esta Convención, mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE de 20 de noviembre de 2001, entrando en vigencia a partir de 29 de setiembre de 2003.

(10) PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, cit., pp. 371-372.

nografía infantil, extorsión, usurpación, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, entre otros; además de diversas modalidades de delitos monetarios, ambientales, informáticos y contra la Administración Pública.

La sociedad peruana ha conocido de crimen organizado, con la nefasta experiencia que nos dejó Sendero Luminoso y el MRTA, cuyos atentados terroristas cobraron la vida de miles de personas y otras miles más, gravemente lesionadas. El clan Quispe Palomino y su relación con el narcotráfico, camuflado de terrorismo, también le han dado inolvidables portadas a los diarios. El clan Sánchez Paredes, presuntamente dedicado al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, y la red de Orellana Rengifo y López Meneses, vinculados al tráfico de terrenos y espionaje telefónico, son otros claros ejemplos de crimen organizado en nuestro país. La banda del “Cojo Mame” y la banda “Los Destruidores”, fundada por el llamado “Cholo Jacinto”, sembraron el terror con robos, secuestros y extorsiones al paso, e incluso delitos planeados desde los centros penitenciarios. Asimismo, el sonado caso Álvarez Delgado y la mafia que supuestamente organizó en el Gobierno Regional de Ancash, cometiendo una serie de delitos contra la Administración Pública y aprovechando su cargo de presidente regional, nos hicieron notar que el crimen organizado también está arraigado en el aparato estatal.

III. Un acercamiento a la doctrina del Derecho penal del enemigo

En 1985, en aquel Congreso de Profesores Penalistas Alemanes, realizado en Frankfurt am Main (Fráncfort del Meno), el profesor JAKOBS introdujo al debate científico jurídico el concepto de “Derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*), a través de la ponencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”.

Esta particular posición jurídica, está muy ligada a la teoría funcional del delito, también postulada por el profesor alemán, apoyada en tres elementos esenciales: “los conceptos de sociedad, norma (expec-

tativas contrafácticas) y concepto de persona configurada socialmente (no como un ente natural y psicofísico)”⁽¹¹⁾.

Para JABOKS, el ser humano es el resultado de procesos naturales, en cambio, la persona es un producto social que se define como la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia. Solo las acciones de una persona son susceptibles de una imputación, a diferencia de las acciones de un niño o de quienes padecen dolencias psíquicas. Los enemigos tampoco son personas y, por lo tanto, el Estado no puede ni debe tratarlas como tales. El individuo pasa a ser persona sólo a través de la cualidad de ser portador de un rol y destinatario de la norma⁽¹²⁾.

Las personas pueden ser consideradas ciudadanos, en tanto respeten el Estado de Derecho y se conduzcan con fidelidad a la norma legal, aceptando el rol que la sociedad les ha dado y actuando con suma responsabilidad, tras internalizar dicha tarea. El enemigo, en cambio, “es un individuo que no solo de manera incidental, en su comportamiento... o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también especialmente, tráfico de drogas...), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho”⁽¹³⁾. Entonces, quien pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que va a comportarse como tal. Sólo de esta forma, el Estado puede diferenciar entre el delincuente que ha cometido un error y aquel al que hay que impedirle, mediante la coacción, que destruya el ordenamiento jurídico. Es éste pues el enemigo del Estado de Derecho.

El Derecho penal del enemigo se caracteriza por lo siguiente: a) un amplio adelantamiento de la punibilidad, cambiando la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir; b) falta de una

(11) CERVINI, Raúl, “Derecho penal del enemigo versus dignidad de la persona humana”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, t. 23, mayo 2011, p. 297.

(12) *Ibidem*, pp. 304-305.

(13) *Idem*, p. 306.

reducción de la pena proporcional; c) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia derivada de delitos graves y de sumo peligro; y, d) supresión de las garantías procesales, siendo la incomunicación del procesado el ejemplo clásico, actualmente⁽¹⁴⁾.

El Derecho penal del enemigo marca sus bases sociológicas y dogmáticas, entre otras, en la teoría de la prevención general positiva de la pena; de ahí que sugiere que la pena para el enemigo debe ser mucho más gravosa que para el ciudadano. Así lo reconoce el propio maestro alemán, al afirmar que “el Derecho penal del enemigo parte de una teoría de la prevención general positiva, encausada a nivel criminológico en la escuela sociológica de la criminología, que configura los preceptos criminológicos que serán traspolados a la dogmática bajo el funcionalismo sistémico, el cual probablemente será instrumentado bajo un sistema de enjuiciamiento inquisitivo o mixto y que desembocará en un modelo político-criminal de corte autoritario, que buscará enmascararse bajo preceptos democráticos tales como la seguridad ciudadana”⁽¹⁵⁾.

Son estas razones, las que, como explica la magistrada VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, han motivado advertir que el Derecho penal del enemigo guarda relación con el llamado “Derecho penal de tercera velocidad”, pues relativiza garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales⁽¹⁶⁾.

(14) JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Estudios de Derecho Judicial*, Galicia, 1999, N° 20, pp. 119-120.

(15) JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, p. 56.

(16) VIDAL LA ROSA SÁNCHEZ, María Delfina, “Derecho penal del enemigo y terrorismo. Un análisis del principio democrático del Estado de Derecho”, en *Jus Doctrina & Práctica*, Lima, Grijley, t. 6, junio 2008, p. 75. Citando al profesor SILVA SÁNCHEZ, agrega que en la primera velocidad habrían de mantenerse rígidamente los principios políticos-criminales clásicos, las reglas de la imputación y los principios procesales. Por su parte, la segunda velocidad se caracteriza por regulaciones que imponen penas privativas de derechos o pecuniarias, y debido a la menor gravedad de la sanción, bien puede producirse una flexibilización proporcional de los principios

El profesor JAKOBS sostiene su posición sobre la base del llamado “contrato social” que vincula a la persona con el Estado, bajo determinados parámetros de comportamiento. Es por ello que, nos recuerda lo afirmado por el filósofo suizo JEAN-JACQUES ROUSSEAU, en el sentido de que el malhechor que ataque el derecho social deja de ser miembro del Estado al hallarse en guerra contra éste y se le hace morir más como enemigo que como ciudadano. Asimismo, guarda alguna relación con lo dicho por el filósofo alemán JOHANN GOTTLIEB FICHTE, respecto de que quien abandona el contrato ciudadano, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, en estricto, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. Incluso, el también filósofo alemán IMMANUEL KANT, pareciera compartir esta posición, al señalar que el ser humano o pueblo en estado de naturaleza me priva como persona de la seguridad necesaria y, por ello, me lesiona con su vecindad, no de facto sino por la ausencia de legalidad de su estado que me amenaza constantemente; por tanto, lo puedo obligar a que entre conmigo en un estado comunitario legal o abandone mi vecindad⁽¹⁷⁾. Sin embargo, debe aclararse que el propulsor de esta doctrina, afirma que no debe apartarse al delincuente del Derecho, pues tiene el derecho de arreglarse con la sociedad, procurando mantener un estatus de persona.

Como resulta obvio, dadas las características particulares de la doctrina del Derecho penal del enemigo, le han surgido muchos detractores.

y reglas de imputación tradicionales. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 121.

- (17) El filósofo inglés Thomas HOBBS es menos drástico al respecto, aunque encuentra en el origen del Estado el contrato de sumisión por medio de la violencia, lo cual se entiende como metáfora de que los futuros ciudadanos no perturben al Estado en sus procesos de autocognición. En consecuencia, el delincuente no abandona su rol de ciudadano, porque no puede eliminar por sí mismo su status, pero si se trata de rebelión, o sea, de alta traición, como la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que se traduce como una recaída en el estado de naturaleza. Al que incurre en tal delito no se le castiga como súbdito sino como enemigo.

En Alemania, el maestro BERND SCHÜNEMANN ha mencionado que la formulación de un Derecho penal del enemigo es incorrecta ya desde el plano analítico (dogmático), pues es la consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal ausente de consecuencias.

Por su parte, en España, el maestro MANUEL CANCIO MELIÁ expone que, más allá de los problemas de orden constitucional y su efectividad preventivo-policial, el Derecho penal del enemigo no forma parte del Derecho penal moderno. Agrega que la función de la pena, bajo esta doctrina, supone una reacción internamente disfuncional, pues la percepción social de los riesgos no guarda relación con su real dimensión. No cabe admitir apostasías del estatus de ciudadano.

En igual sentido, el también profesor español LUIS GRACIA MARTÍN sostiene que el Derecho penal del enemigo se justificaría sólo si no entra en conflicto con la dignidad del ser humano. En tales circunstancias, este Derecho penal no sería un Derecho penal de excepción, sino un ámbito particular del Derecho penal. Por el contrario, si estas reglas particulares desconociesen el carácter de persona responsable al delincuente, estaríamos ante reglas injustas y, por ello, habría que negarles el carácter de Derecho.

En Argentina, el maestro EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ha dejado claro que desde un plano esencialmente ideológico, son cuestionables los fundamentos filosóficos utilizados por GÜNTHER JAKOBS, en la medida en que no responden a la contraposición entre Estado totalitario y Estado liberal. Los partidarios del Estado absoluto niegan el derecho de resistencia a la opresión, asignándole el carácter de enemigo a quien pretende ejercerlo.

IV. ¿Existen fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo en la Ley contra el Crimen Organizado?

De plano, para el profesor PEÑA CABRERA FREYRE, la forma en la cual se ha definido el crimen organizado con la Ley N° 30077, "se

acerca peligrosamente a las raíces de un Derecho penal del enemigo, cuyas aristas se construyen a partir de variables criminológicas, donde la peligrosidad del autor es lo que define el desvalor del comportamiento y no la sustantividad material de este”⁽¹⁸⁾.

Tenemos en claro que el objeto de esta Ley es fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Se trata entonces de una ley especial elaborada, específicamente, para investigar, juzgar y sancionar a un grupo determinado de delincuentes, a quienes nuestra sociedad considera enemigos.

Esta organización criminal es una agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves, pero de los señalados en la propia Ley; para cuyos integrantes se ha previsto restringirles garantías de la función jurisdiccional, como se verá enseguida.

3.1 Prohibición de beneficios penitenciarios

Respecto de la función de la pena (también empleada por el profesor GÜNTHER JAKOBS para legitimar su doctrina), el Tribunal Constitucional ha recurrido a argumentos propios del Derecho penal del enemigo, en la sentencia dictada el 21 de julio de 2005, dentro del expediente N° 0019-2005-PI/TC Lima (acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28568), pues sostuvo que “es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental”.

Si bien, en la sentencia dictada el 4 de febrero de 2005, dentro del expediente N° 0842-2003-HC/TC Arequipa (caso Jesús Pascual Ramos

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, cit., pp. 98-99.

Ticona), el máximo intérprete de la Constitución ha ratificado que los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de ejecución penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno, no puede negarse que esta decisión tiene claros matices de un Derecho penal de tercera velocidad, pues se legitimó al Estado para restringir el ejercicio de estas garantías penitenciarias.

Así, por mandato de la Ley N° 30077, no pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, el líder, jefe o cabecilla o quien ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal, el agente que financia la organización criminal ni el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, que atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros imputables, ni los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea homicidio calificado, secuestro, trata de personas, robo agravado y extorsión. Resulta obvio, entonces, que existe una restricción de garantías de orden constitucional contra quienes enmarquen su comportamiento en esta Ley, y eso denota un fragmento del Derecho penal del enemigo: la legislación de la lucha para combatir la delincuencia derivada de este tipo de crimen.

3.2 Restricción del derecho a ser investigado en un plazo razonable

El legislador ha creído conveniente señalar, en el artículo 5° de la Ley N° 30077, que “el plazo de las diligencias preliminares para todos los delitos vinculados a organizaciones criminales es de sesenta días, pudiendo el fiscal fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación”. En el mismo artículo, agrega que “para determinar la razonabilidad del plazo, el Juez considera, entre otros factores, la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de inves-

tigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios recabados, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a esta”.

Al respecto, recientemente, se ha puesto en debate la Casación N° 144-2012, Ancash de 11 de julio de 2013, por la cual la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido como doctrina jurisprudencial que el plazo máximo de las diligencias preliminares para casos complejos es de ocho meses, aplicable a los investigados por crimen organizado.

Debemos recordar que la Corte Suprema ha emitido diversos pronunciamientos acerca del plazo de las diligencias preliminares, ya sea que se trate de casos complejos o no. Así, fue con la Casación N° 2-2008- La Libertad, de 3 de junio de 2008, que el máximo intérprete de la Ley en nuestro país, se pronunció por vez primera, estableciendo que el plazo para las diligencias preliminares de veinte días naturales y aquel que se concede al fiscal para fijar uno distinto (caso complejo) eran distintos, y ninguno de ellos se halla comprendido en el plazo de la investigación preparatoria. Además, se agregó que la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria.

Aquella decisión judicial no satisfizo las dudas, pues, por el contrario, generó aún más, dado que obvió especificar si ese plazo máximo se refería al plazo ordinario (120 días naturales), al plazo ordinario más la suma del plazo extraordinario (180 días naturales) o al plazo regulado para casos complejos (ocho meses). Esta duda, aparentemente, fue superada con la Casación N° 318-2011- Lima, a través de la cual la Corte Suprema señaló que el plazo de las diligencias preliminares no debía durar mayor tiempo que el plazo ordinario de la investigación preparatoria (120 días naturales), y, además, que dada la naturaleza de las diligencias preliminares, dicho plazo regía para casos complejos o no. Sin embargo, con la Casación N° 144-2012- Ancash, los Magistrados Supremos se apartaron de esta decisión judicial y resolvieron en los términos ya mencionados.

En relación a la investigación preparatoria, el artículo 6° de la Ley en comento señala que “todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera complejo”. Así, de acuerdo al artículo 342° del Código Procesal Penal: “(...) para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria”. Si esto es así, entonces, el plazo máximo de la investigación preparatoria, para delitos cometidos bajo la apariencia de crimen organizado, alcanzaría los 72 meses.

En conclusión, bajo este marco legal, el delincuente puede ser sometido a una investigación fiscal de hasta 80 meses, que es lo mismo a decir seis años y ocho meses; situación que no se concilia fácilmente con la noción de plazo razonable que la jurisprudencia y doctrina nacional han venido construyendo. Como señala el magistrado VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, “este aparente plazo más largo puede llevar a una falsa sensación de seguridad respecto de las actuaciones pendientes y producir lo que ya estamos viendo hoy en día en la práctica: investigaciones lentas, letárgicas, en los primeros meses de las diligencias preliminares y apresuradas, atolondranas en las últimas semanas o días”⁽¹⁹⁾. Es esta la razón por la que el control que debe ejercer el juez de garantías se torna en fundamental y trascendente para legitimar el *ius puniendo* del Estado.

La “justicia que tarda no es justicia” y “el tiempo que pasa es la verdad que huye”, decían nuestros ancestros, al reflexionar sobre Derecho. Para un grueso sector de la doctrina, corresponde hablar de un no plazo para referirnos, precisamente, al plazo razonable. El Tribunal

(19) VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “El plazo máximo de duración de las diligencias preliminares y el plazo razonable”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima, t. 61, Gaceta Jurídica, julio 2014, p. 18.

Constitucional ha recogido esta posición, en la sentencia dictada el 15 de febrero de 2007, dentro del expediente N° 5228-2006-PHC/TC-Lima (caso Samuel Gleiser Katz), en la que expone la existencia de dos tipos de plazos: a) el subjetivo determinado por la actuación fiscal y la del investigado; y, b) el objetivo referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

Posteriormente, con la sentencia de 2 de diciembre de 2010, dictada en el expediente N° 3987-2010-PHC/TC- Lima (caso Alfredo Alexander Sánchez Miranda y otros), el Tribunal Constitucional amplió los elementos del concepto de plazo razonable, a los siguientes: a) complejidad del asunto, b) actividad o conducta procesal del imputado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

El deficiente o mal uso que pueda hacerse de los plazos establecidos para la investigación de crimen organizado, puede lesionar seriamente el derecho a no ser investigado de manera indeterminada, si no es que la propia Ley ya evidencia, con esta regulación sobre los plazos de investigación, un acercamiento a los postulados del Derecho penal del enemigo, específicamente, la supresión de garantías procesales.

3.3 Afectación del principio de la carga de la prueba, principio de contradicción y principio de inmediación

La Ley N° 30077, en su artículo 20°, establece que “en los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba”. Incluso, “en los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia”.

Es más, la prueba trasladada ha sido tan desarrollada por el legislador, que incluso “la sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal”.

Por mandato de su Ley Orgánica, la carga de probar la responsabilidad penal de una persona ha sido atribuida al Ministerio Público, dado que el principio de presunción de inocencia, con arraigo constitucional, es inherente a la condición de investigado o procesado. Como recuerda el magistrado SAN MARTÍN CASTRO, “la Corte Suprema ha declarado que la prueba de cargo debe ser aportada por el Ministerio Público”⁽²⁰⁾. Sin embargo, esta norma legal ampara que la Fiscalía pueda valerse de medios de prueba y de pruebas propiamente dichas, para probar hechos distintos a los que fueron materia de otro proceso penal. Y si bien, se permite la oposición a este tipo de prueba, ello no impide su actuación, pues el pedido es resuelto con la sentencia, lo que no hace sino quebrar los principios básicos del juicio oral.

Con esta Ley, no solo la prueba estaría siendo aportada por el Poder Judicial, sino que, además, se está vulnerando abiertamente los principios de contradicción e inmediación de la prueba, que le asiste a cualquier persona sometida a juzgamiento; es decir, la posibilidad de

(20) SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Lima, Grijley, 2ª ed., octubre 2003, t. II, p. 816. El también profesor, nos recuerda que, en la ejecutoria suprema de 5 de mayo de 1977, dictada en el expediente N° 3438-2005- Cusco, la Corte Suprema censuró al Tribunal de instancia, porque pese a que señaló que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial. Citando a ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*. Lima, Grijley, 3ª ed., 2002, p. 636.

debatir oralmente los medios de prueba, con argumentaciones parciales y finales sobre su mérito, a fin de generar convicción en el juzgador, y la posibilidad de que el juzgador aprecie directamente los medios de prueba ofrecidos por las partes, pues el juez del juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa, tal cual afirma el magistrado SÁNCHEZ VELARDE⁽²¹⁾.

Si bien el mismo artículo 20° de la Ley materia de análisis, prevé que para estos efectos, debe tenerse en consideración determinados criterios, ello no salva la posibilidad de que se pruebe la comisión de un delito y su vinculación con el imputado, a través de la prueba trasladada, que linda groseramente con los postulados del Derecho penal del enemigo. No en vano, mediante la sentencia dictada el 14 de junio de 2010, dentro del expediente n.º 00012-2008-PI/TC (acción de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos N°982, 983, 988 y 989), el Tribunal Constitucional ha mencionado que, para evitar defectos o vicios en la aplicación de la prueba trasladada, debe precisarse que el uso de una sentencia dictada en un proceso penal distinto, no la convierte en prueba plena; no puede usarse respecto de terceros no comprendidos en los hechos que sancionó, su incorporación al proceso debe respetar todas las garantías procesales, tales como el derecho de contradicción y de defensa, y debe ser apreciada con criterio de conciencia.

Ciertamente, la prueba trasladada ya había sido recogida en nuestra legislación, a través del artículo 261° del Código de Procedimientos Penales; sin embargo, aún se reserva tan solo para los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal, lo que evidencia la supresión de garantías procesales propias del Derecho penal del enemigo.

3.4 Mayor rigor en la aplicación de la pena

Por imperio del artículo 22° de la Ley contra el crimen organizado, el Juez debe aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima

(21) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Lima, Idemsa, 2009, p. 178.

del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años, en determinados supuestos, salvo que se encuentren ya previstas como tales por la ley penal. Si bien la pena, desde un punto de vista crítico, es un mal carente de fundamento y utilidad, con el desarrollo del Derecho penal, se ha logrado admitir la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena, en palabras del profesor VILLAVICENCIO TERREROS⁽²²⁾. El maestro DONNA nos recuerda que “quien se obliga voluntariamente a algo, no puede luego quejarse si se le compele a cumplir lo pactado; una especie de coherencia en los propios actos lo lleva a aceptar las consecuencias de lo pactado”⁽²³⁾. La pena es una de dichas consecuencias. Sin embargo, este extremo de la norma, en definitiva, recoge una de las características más relevantes del Derecho penal del enemigo: falta de una reducción de la pena proporcional.

3.5 Vulneración de los criterios para la determinación de la competencia

La tercera disposición complementaria final de la Ley N° 30077 establece que “la Sala Penal Nacional y los juzgados penales nacionales tienen competencia objetiva, funcional y territorial para conocer los procesos penales por los delitos graves cometidos por una organización criminal, siempre que el delito o sus efectos tengan repercusión nacional o internacional, dando lugar a un proceso complejo”. El artículo 5° del Código Penal prescribe que “el lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”. En el Derecho penal moderno, se contemplan tres soluciones para problemas que se presenten respecto de la aplicación espacial de la ley penal, y son la solución de la actividad, solución del resultado y solución de la ubicuidad, habiendo

(22) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2006, p. 69.

(23) DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1996, p. 104.

optado nuestro legislador por el principio de ubicuidad, como señala el magistrado VILLA STEIN⁽²⁴⁾.

Sobre la base del principio de ubicuidad, el Código Procesal Penal, en su artículo 21°, determina la competencia por el territorio, estableciendo un orden de cinco supuestos bien definidos. Luego, en su artículo 24°, regula la posibilidad de obviar aquellos cinco supuestos y remitir el proceso penal a los órganos jurisdiccionales que el Poder Judicial determine, solo en caso de delitos especialmente graves, de aquellos que produzcan repercusión nacional, los que superen el ámbito de un Distrito Judicial o en caso de delitos cometidos por organizaciones delictivas. Sin embargo, en la Ley materia de comentario, se establece literalmente que para el crimen organizado serán la Sala Penal Nacional y los juzgados penales nacionales los que asuman competencia objetiva, funcional y territorial para conocer los procesos penales, en caso de delitos graves cometidos por una organización criminal que causen repercusión nacional o internacional.

Si bien no es una novedad legislativa la vulneración de los criterios para la determinación de la competencia, no puede negarse que también constituye un matiz del Derecho penal del enemigo, pues se suprime una garantía procesal: ser juzgado por el juez natural.

3.6 Duplicidad del plazo de prescripción sin sustento constitucional

La primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077, le cambia el sexto párrafo del artículo 80° del Código Penal, en

⁽²⁴⁾ VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2008, p. 149. "Actualmente, debido al desarrollo de la informática, se plantean cuestiones interesantes respecto de la comisión de delitos mediante este medio técnico, en particular por intermedio de internet (por ejemplo, estafas, amenazas, injurias)". Vid. HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, Lima, Grijley, 3ª ed., 2005, p. 250.

los términos siguientes: “en casos 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”.

En relación a los delitos funcionariales, el sustento que respalda esta diferenciación con el tratamiento político-criminal que se le da a los funcionarios y servidores públicos, respecto del resto de delincuentes, guarda arraigo en el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución. Ello, por cuanto, como reflexiona el profesor BERNALES BALLESTEROS, “normalmente, los atentados contra el patrimonio fiscal son practicados por personas con poder de decisión e influencia, que pueden encubrir con mayor facilidad sus actividades ilícitas. (...) No parece justo que quien actuó ilícitamente contra el Estado aprovechando del poder que se le confió, y se apropió de recursos públicos que son patrimonio de todos, pueda beneficiarse de la prescripción, sobre todo cuando retiene los beneficios ilícitos que obtuvo”⁽²⁵⁾.

No existe un sustento constitucional, para aplicar esta misma duplicidad del plazo de prescripción a los delitos cometidos mediante el crimen organizado; lo que importa un tratamiento penal más drástico. Considerando, además, los alcances de la doctrina legal, establecida mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 de 26 de marzo de 2012, el plazo de prescripción extraordinaria de la acción penal se suspende con la formalización de la investigación preparatoria, lo que, en la práctica, aleja aún más la posibilidad legal de librar la sanción judicial. Esta restricción de una garantía procesal, cual es el derecho al ejercicio de la persecución penal limitada en el tiempo, es propia del Derecho penal del enemigo.

(25) BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, Rao, 5ª ed., 1999, p. 303.

V. Respuesta particular a la interrogante planteada a manera de conclusión

En palabras propias del profesor JAKOBS, "(...) un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo (...)">(26).

No cabe duda de que la Ley N° 30077 ha sido redactada con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo, bajo los argumentos expuestos, con sustento normativo, doctrinario y jurisprudencial; lo que no la deslegitima social ni jurídicamente, dado que la tesis asumida por el profesor JAKOBS no pierde razón en una sociedad tomada por el crimen organizado, a consecuencia de las enormes diferencias en los marcados sectores económicos, la cultura del vicio en la ignorancia y la arraigada corrupción enquistada en el aparato estatal. Tampoco resulta difícil colegir que esta ley forma parte de un paquete de normas legales propias del Derecho penal simbólico (como lo fue su madre, la Ley N° 30076, Ley para combatir la inseguridad ciudadana), pues, como recuerda el profesor CANCIO MELIÁ, este Derecho penal persigue como objetivo dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, primando así la función latente sobre la manifiesta. La utilización política del Derecho penal simbólico se debe a que con su uso el legislador se hace de una "buena imagen" delante de la sociedad, atendiendo las demandas sociales con decisiones político-criminales irracionales, obteniendo la cantidad de votos suficientes para asegurarse la renovación del mandato(27).

(26) JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Editorial Civitas, 2003, p. 56.

(27) CALLEGARI, André Luis, "Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, julio 2011, t. 25, pp. 155-156.

Para el profesor DÍEZ RIPOLLÉS, el cuestionamiento del Derecho penal simbólico no nace de la pretensión de garantizar la coherencia entre los programas de decisión, por lo general legislativos, y los resultados logrados, sino de las dudas sobre la legitimidad de la producción de ciertos efectos sociopersonales. Hasta el punto de que si una intervención penal produce efectos que previenen comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no se la descalificará como “simbólica” por más que ese efecto o efectos producidos no se hubieran querido o previsto. El énfasis en el engaño o en la ficción supone, en el mejor de los casos, fijarse en lo adjetivo y no en lo sustantivo⁽²⁸⁾. En tanto la doctrina del Derecho penal del enemigo no se legitime, desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, solo queda esperar que el crimen organizado en nuestro país no alcance las dimensiones que experimentó el fiel mayordomo ALFRED PENNYWORTH (interpretado por Michael Caine, en la franquicia de *Batman* de Christopher Nolan): “Hay hombres que no buscan nada lógico... como dinero. No puedes comprarlos, intimidarlos, convencerlos ni negociar con ellos. Hay hombres que solo quieren ver arder el mundo”.

(28) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-abril 2002, año XXXV, n° 103. Consulta: 15 de octubre de 2014. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>>

La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva (*)

SHIKARA VÁSQUEZ SHIMAJUKO (**)

1. Introducción

En el marco del estadio actual de la dogmática del Derecho penal, caracterizado por el predominio de la orientación teleológica, y, en consecuencia, por una tendencia hacia la normativización en la elaboración de los conceptos jurídico-penales⁽¹⁾, la forma de comprender el tipo ha sufrido importantes modificaciones. El “dogma causal”, según el cual el tipo se reduce a una mera relación de causalidad entre la realización de comportamiento del autor y el resultado producido, ha dado paso, no sin resistencia⁽²⁾, a lo que

(*) Abreviaturas = GA: *Goldtdammers Archiv für Strafrecht*; JZ: *Juristenzeitung*; RDPC: *Revista de Derecho penal y Criminología*; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

(**) Doctor en Derecho penal por la Universidad Pompeu Fabra Barcelona – (España).

(1) Para más detalles vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 62 y ss., y 67 y ss.

(2) En Alemania, se han mostrado críticos con la teoría de la imputación objetiva, KAUFMANN, “‘Objektive Zurechnung’ beim Vorsatzdelikt?”, p. 251 y ss.; STRUENSEE, JZ, 1987, p. 53 y ss.; también, GA, 1987, p. 97 y ss.; HIRSCH, “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung”, p. 119 y ss. En la doctrina española, se pueden contar, en esta línea, a CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, p. 180 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, p. 87 y ss.; GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 44. Recientemente, KINDHÄUSER, GA, 2007, p. 447 y ss.

hoy se conoce como “teoría de la imputación objetiva”. En términos generales, se puede afirmar que la teoría de la imputación objetiva tiene como finalidad determinar, en el plano objetivo y teniendo en cuenta la realización de ciertos fines relevantes para el Derecho penal, si el hecho realizado por un sujeto posee significación jurídico-penal de cara a la realización de un tipo penal determinado.

En la doctrina se pueden apreciar dos líneas de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva: por un lado, se le entiende como un conjunto de criterios normativos –y no puramente causales– destinados a determinar cuándo es posible verificar la existencia de una relación entre autor y resultado en los delitos de resultado, es decir, cuándo el resultado producido es imputable a la conducta de un sujeto; y, por otro lado, se le concibe como una serie de pautas valorativas que distinguen dos niveles de imputación y que permiten afirmar cuándo estamos frente a un comportamiento juridicopenalmente desaprobado y a un resultado típico: se diferencia, entonces, entre imputación del comportamiento e imputación del resultado. La primera perspectiva es la propuesta por ROXIN, quien elabora los criterios de imputación de manera inductiva sobre la base de la solución de determinados supuestos problemáticos. La segunda es la línea seguida por FRISCH y JAKOBS, quienes, en sentido inverso a ROXIN, parten de la pretensión de dotar al tipo de una teoría de la responsabilidad, para luego, deductivamente, proponer los criterios concretos de imputación. Por ello, se ha dicho que mientras que la propuesta de ROXIN sólo supone una “reformulación parcial del concepto de disvalor de acción”, los segundos autores pretenden una reformulación global de la tipicidad mediante la teoría de la imputación objetiva⁽³⁾.

En las líneas que siguen, procederé a describir, de manera superficial, las principales características de cada uno de los modelos de imputación mencionados. El objetivo del presente trabajo no pasa por

(3) Cfr. CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 47-52.

analizar críticamente cada una de las propuestas descritas, sino que con él se pretende brindar al lector las notas fundamentales de las formulaciones de ROXIN, FRISCH y JAKOBS, que han convertido a las mismas en los modelos de imputación objetiva más difundidos en la dogmática jurídico-penal.

2. La teoría de la imputación objetiva y el principio del incremento del riesgo

La primera manifestación de la teoría de la imputación objetiva de ROXIN se encuentra en su artículo *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*⁽⁴⁾. En este trabajo, ROXIN presenta su propuesta de solución para un concreto grupo de casos –los denominados “comportamientos alternativos conforme a Derecho”⁽⁵⁾– mediante el recurso al principio del incremento del riesgo, de manera que no puede considerarse que se tratara ya de una teoría articulada, sino sólo de un primer esbozo que perfeccionaría en posteriores trabajos.

En *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, parte ROXIN del análisis de las tesis que habían utilizado doctrina y jurisprudencia para dar solución a los supuestos de “comportamientos alternativos conforme a Derecho”⁽⁶⁾, llegando a la conclusión de que el núcleo de la cuestión no se corresponde estrictamente con un problema causal. Así, señala este autor que si bien en los ya conocidos casos del ciclista ebrio, del farmacéutico, del “pelo de cabra” y de la novocaína, no puede negarse la relación de causalidad en términos de la teoría de la equivalencia de las condiciones entre las acciones realizadas y el resul-

(4) ROXIN, ZStW, 1962, p. 411 y ss.

(5) Fue GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 140 y ss., quien propuso, por primera vez, la solución de estos supuestos a través del “fin de protección de la norma”, criterio este aplicable, según su opinión, tanto a delitos dolosos como imprudentes.

(6) Concretamente, la solución de la omisión, la teoría del nexo y la tesis de las causas hipotéticas del daño; *vid.* ROXIN, ZStW, 1962, pp. 413-430.

tado lesivo, dicha relación no es suficiente: el verdadero problema es de naturaleza valorativa⁽⁷⁾.

Alejándose de la aproximación a cursos causales hipotéticos⁽⁸⁾ —denominador común de las posiciones criticadas—, ROXIN propone la siguiente fórmula comparativa: “[E]xamínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; *compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración concreta de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido*. Si éste es el caso, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente que, en consecuencia, debe ser absuelto”⁽⁹⁾.

La comparación a la que alude ROXIN tiene, pues, como referencia el riesgo permitido: si una conducta con su actuar no supera el riesgo permitido, entonces ya no se puede sostener que exista una infracción al deber de cuidado (en los delitos imprudentes). En contra, sólo cuando se haya producido un incremento del riesgo con respecto al riesgo permitido, es posible afirmar dicha infracción. Así, aplicando su fórmula comparativa, el autor alemán señala que, en el “caso del ciclista”, si se pudiera demostrar que algunos ciclistas cuando van bebidos reaccionan violentamente lanzándose contra los camiones, careciendo de relevancia si el conductor observa o no la distancia reglamentaria en un adelantamiento, entonces no podría afirmarse una superación del riesgo permitido y, en consecuencia, tampoco una infracción del deber de cuidado

(7) ROXIN, ZStW, 1962, pp. 412-413.

(8) Sin embargo, ROXIN, ZStW, 1962, pp. 441, le otorga valor heurístico a los cursos causales hipotéticos, indicando que si alguien se comporta incorrectamente y el resultado no se hubiera producido mediante una actuación correcta, existe, entonces, una probabilidad de haber superado el riesgo permitido.

(9) ROXIN, ZStW, 1962, pp. 431-432 (las cursivas son mías).

del conductor del camión⁽¹⁰⁾. Respalda la corrección de esta solución en el *principio de igualdad*, pues, a juicio de ROXIN, condenar al conductor del camión, en estos supuestos, implicaría castigar una conducta que no rebasa el riesgo permitido y que, en esa medida, es idéntica a una conducta que no está prohibida⁽¹¹⁾.

Poco años más tarde, en el *FS-HONIG*, y tomando como base lo aportado por este autor⁽¹²⁾, ROXIN insiste que, en materia de responsabilidad penal, lo determinante no es la constatación de un nexo de causalidad entre acción y resultado, sino que lo fundamental es esta-

(10) A mi juicio, ROXIN parte de considerar tácita e hipotéticamente, en este ejemplo en concreto, que el peligro de que algunos ciclistas reaccionen de ese modo al ser adelantados por otros vehículos forma parte del conjunto de riesgos que el legislador admite como riesgo permitido en el tránsito, pues, de lo contrario, estaría prohibida toda conducción de vehículos. Sólo así es posible utilizar correctamente su fórmula comparativa y evitar contradicciones con otras de sus afirmaciones; en concreto, cuando se muestra contrario a declarar impune al conductor imprudente que atropella a quien ya estaba dispuesto a suicidarse, lanzándose contra el vehículo. En estos dos casos, el resultado se iba a producir necesariamente aun cuando el sujeto actuara conforme a deber, pero, en el primero, defiende la absolución, y, en el segundo, la condena. Sólo es posible llegar a esta conclusión diferenciadora en estos dos supuestos estableciendo diferencias entre ambos: en el primer caso, la reacción de los ciclistas forma parte del riesgo permitido; en el segundo, la acción del suicida, no. Ya que las reacciones de los ciclistas serían (hipotéticamente) parte del riesgo permitido, la muerte de uno de ellos no superaría dicho peligro.

Para la solución del "caso del pelo de cabra", ROXIN parte, también, de la hipotética situación de que existen bacterias no desinfectables y afirma que si se quisiera evitar todo peligro, debería prohibirse el comercio de pelos de animal; sin embargo, el legislador admite dichos peligros como riesgos que deben tolerarse.

(11) ROXIN, *ZStW*, 1962, p. 432.

(12) En su trabajo "Kausalität und objektive Zurechnung", p. 188, HONIG afirma que "la conducta humana causante del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la finalidad objetiva ("objektiven Zweckhaftigkeit") que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana". Mediante el criterio de la finalidad objetiva, este autor excluye a los procesos causales irregulares y no dominables de la posibilidad de ser imputados, sin que sea relevante para tal exclusión que dichos procesos causales acontezcan conforme a lo querido por el sujeto.

blecer criterios que permitan imputar determinados resultados a una persona. Para lograr ello, procede a reemplazar la "posibilidad objetiva de pretender" de HONIG ("*objektive Bezweckbarkeit*") por la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico. En su opinión, esta reconducción hacia el principio del riesgo podría sentar las bases de una teoría general de la imputación para los delitos de resultado liberada del dogma causal. Disminución del riesgo, creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante, aumento o falta de aumento del riesgo permitido y ámbito de protección de la norma, son los criterios de imputación de resultados que propuso este autor a inicios de los años setenta⁽¹³⁾.

Así, mediante el criterio de la disminución del riesgo, ROXIN soluciona los casos en los que un sujeto desvía un curso causal peligroso hacia otras partes no vitales del cuerpo de la víctima. Aquí, pese a existir relación de causalidad, no puede entenderse dicha atenuación del peligro como dispuesta finalmente hacia una lesión física. Por su parte, la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante es determinada, según el autor, conforme a la teoría de la adecuación y permite llegar a conclusiones satisfactorias en los supuestos de desviaciones de cursos causales y en casos como el del sobrino que envía al tío al bosque durante una tormenta. Coherentemente con su trabajo anterior, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, mediante el incremento (o no) del riesgo permitido resuelve los supuestos de comportamientos alternativos a Derecho. Y, finalmente, en virtud del criterio del ámbito de protección de la norma, ROXIN pretende solventar los casos no cubiertos por las anteriores pautas de imputación. Se trata de un grupo de supuestos en los que, no obstante haberse creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica, el legislador considera que no es necesario responsabilizar al sujeto por ello⁽¹⁴⁾.

(13) Vid. ROXIN, "Gedankenzur Problematik der Zurechnungim Strafrecht", pp. 136-145.

(14) Puede advertirse que, en este ámbito, ROXIN es consecuente con su programa formulado en *Kriminalpolitikund Strafrechtssystem*, e intenta llenar al "ámbito de protección de la norma" de un contenido político-criminal.

El criterio del ámbito de protección de la norma escapa, como puede apreciarse, a la lógica de la "posibilidad objetiva de pretender", pues con la creación del riesgo se denotaría ya una finalidad objetiva con respecto al resultado⁽¹⁵⁾. Aquí las razones de exclusión de la imputación vendrían fundamentadas en consideraciones de carácter político-criminal⁽¹⁶⁾. Inicialmente, ROXIN limita este criterio para la solución de los casos de consecuencias secundarias de una infracción de una prohibición y de favorecimientos de autopuestas en peligro⁽¹⁷⁾, pero poco tiempo después, en el FS-GALLAS amplía su radio de acción, considerando abarcados a los supuestos de favorecimientos de autopuestas en peligro —que incluyen situaciones de provocaciones imprudentes de suicidios, de cooperación en autopuestas en peligro dolosas y de resultados que caen en esferas de responsabilidad ajenas—, puestas en peligro de terceros aceptadas por éstos, daños sobrevenidos posteriormente y casos en que se producen segundos daños⁽¹⁸⁾.

En su *Strafrecht*, ROXIN presenta un conjunto de pautas de imputación de resultados cuyo primer cometido es, a su juicio, indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típicamente relevante, y señala, en la línea de la doctrina dominante, que la imputación

(15) ROXIN, "Gedankenzur Problematik der Zurechnungim Strafrecht", p. 144: "con el concepto "ámbito de protección de la norma" se designa un criterio que va más allá que el criterio de HONIG de la posibilidad objetiva de pretender (...) no es, por tanto, la falta de la posibilidad objetiva de pretender lo que conduce a la delimitación del ámbito de protección de la norma".

(16) ROXIN, "Zum Schutzzweck der Normbeifahrlassigen Delikten", pp. 247-248: "[L]o único que se debe mostrar es que la idea del fin de la norma ofrece posibilidades de delimitación de la responsabilidad en base a motivos político-criminales, que de otro modo no se pueden integrar dogmáticamente".

(17) ROXIN, "Gedankenzur Problematik der Zurechnungim Strafrecht", pp. 140-145.

(18) ROXIN, "Zum Schutzzweck der Normbeifahrlassigen Delikten", pp. 243-258. Los "casos en que se producen segundos daños" es la denominación que utiliza ROXIN en este período para designar a un grupo de supuestos que abarca, por un lado, lo que, en el FS-HONIG, denominó "consecuencias secundarias de una infracción de una prohibición" y, por otro, lo que, actualmente, se conocen como "daños consecuenciales".

objetiva requiere de “la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”⁽¹⁹⁾. El riesgo jurídicamente relevante es determinado, en su opinión, a través de una prognosis objetivo-posterior (juicio *ex ante*), en el que debe partirse de la perspectiva del observador inteligente situado en el momento anterior al hecho, teniendo en cuenta siempre los conocimientos especiales del autor. Coincidiendo, de esa manera, según ROXIN, este principio de imputación –pero sólo en lo sustancial– con la teoría de la adecuación y el criterio de la “posibilidad objetiva de pretender” formulado, en su momento, por HONIG⁽²⁰⁾.

Por otra parte, añade el autor, para comprobar la realización del riesgo en el resultado se hace necesaria la realización de un juicio *ex post*, en el que se deberán tener presente todas las circunstancias que se conozcan con posterioridad. Aquí hallan solución, entre otros, los casos de comportamientos alternativos conforme a Derecho y los supuestos en los que el resultado no está abarcado por el fin de protección de la norma de cuidado. Y, finalmente, el criterio del alcance del tipo, cuya

(19) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/49. La idea de que el riesgo se realice en el resultado puede apreciarse ya en ZStW, 1962, pp. 176 [“También la teoría de Engisch de la realización del peligro se puede compaginar con la concepción aquí defendida. Es cierto que en todos nuestros ejemplos, y también en los casos de impunidad, se ha realizado un peligro; pero si se concibiera la idea de tal modo que se hubiera de tratarse de la realización de un peligro que supera el riesgo permitido, se podría aprobar tal idea”], y no, como señala CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 35, nota 51, en el FS-Honig.

(20) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/56, poniendo de relieve la coincidencia, en lo sustancial, con la teoría de la adecuación y con el criterio de la posibilidad objetiva de pretender de HONIG; también, “Finalität und objektive Zurechnung”, p. 242. En contra del adjetivo “objetivo-posterior” del pronóstico, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/32 y nota 52, para quien éste no es ni objetivo, pues se tienen en cuenta los conocimientos especiales de autor, ni posterior, ya que, en tanto juicio ideal, existe intemporalmente. Adoptan la fórmula de la adecuación para la determinación del riesgo jurídicamente relevante, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 108, 114 y 118; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 207.

mayor relevancia, en opinión de este autor, se da en los delitos imprudentes, opera en los delitos dolosos, excluyendo la imputación del resultado, fundamentalmente, en los casos de cooperación en autopuesta en peligro dolosa, de puesta en peligro de un tercero consentida y de atribución del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno⁽²¹⁾.

Una modificación importante en esta etapa es la distinción expresa que realiza entre fin de protección de la norma y alcance del tipo, distinción que sólo se aprecia tácitamente en el *FS-GALLAS*. En este sentido, en el primer criterio, se trata de que “en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido”, mientras que, mediante el segundo, se excluye la imputación de resultados que la norma típica no abarca⁽²²⁾. En suma, los criterios que actualmente emplea ROXIN para la imputación de un resultado son los siguientes: a) la creación de un riesgo jurídicamente relevante, b) la realización de dicho riesgo y c) el alcance del tipo.

3. Conducta típica e imputación de resultados

El planteamiento de FRISCH tiene como punto de partida su denuncia contra la incorrecta forma de proceder de la doctrina al momento de determinar los criterios de concreción de la teoría de la imputación objetiva. Según el autor alemán, si bien es cierto que la manera de entender la imputación objetiva por parte de la doctrina mayoritaria como una teoría de atribución de resultados puede explicarse satisfactoriamente

(21) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/106 ss.

(22) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/87. Si bien ROXIN ha señalado, en su *Strafrecht*, que dicha distinción la realizó ya en el *FS-Gallas* (pp. 379, nota 103), aquí dicha distinción todavía no es expresa. En su contribución al *FS-HONIG*, al parecer ROXIN examinaba, dentro de la realización del riesgo, el caso de la segunda bicicleta que marcha sin alumbrado. Lo que hace ROXIN, en el *FS-GALLAS*, simplemente es excluir el mencionado supuesto del grupo de casos analizados en el alcance del tipo, pero sin indicar nada sobre la distinción a la que ahora alude. El caso de la segunda bicicleta sin alumbrado es, actualmente, analizado expresamente en el nivel de la realización del riesgo, en el fin de protección de la norma.

desde una visión del injusto centrada en el desvalor del resultado, en la actualidad, la dominante concepción personal del injusto, con su acento en el desvalor de la acción, no casa bien con dicha forma de comprender la imputación objetiva⁽²³⁾. La concepción del injusto personal tendría como lógica consecuencia una mayor atención de los elementos que otorgan el sustrato material necesario al injusto del comportamiento.

FRISCH pone de relieve que, sin embargo, esta necesaria consecuencia sistemática se echa de menos en el panorama doctrinal. Así, a diferencia de los delitos imprudentes, en los que se encuentra alguna vaga y general correspondencia con la concepción personal del injusto a través de la infracción del deber de cuidado, dicha falta de paralelismo se muestra con mayor evidencia, según el autor, en los delitos dolosos, en los que el injusto de la acción viene justificado, fundamentalmente, por datos subjetivos y no, como sería correcto, por exigencias objetivas que denoten el carácter desaprobado de la conducta⁽²⁴⁾. Esta clara falta de preocupación por precisar los contornos de la conducta típica habría traído consigo una inflación de la teoría de la imputación objetiva la cual habría acabado convirtiéndola en una “supercategoría”, en la que se incluirían ya verdaderos elementos definitorios del desvalor de la acción⁽²⁵⁾.

Sobre esta base, entiende que lo correcto es distinguir entre conducta típica e imputación del resultado, y, partiendo de esta diferenciación, dotar, en primer lugar, de contenido material al injusto del comportamiento a través de la creación de un riesgo desaprobado (*ex ante*) como figura central del mismo –y no sólo para las conductas de autoría, sino también para las constitutivas de participación⁽²⁶⁾–, para luego, en

(23) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 23-26; también, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 92-93.

(24) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 26-28.

(25) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 31-33; también, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, pp. 231-232.

(26) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 41, nota 157, y pp. 59-62; también, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 95.

un segundo momento, ocuparse de la imputación del resultado. Con respecto al primer ámbito, FRISCH pone de relieve que, en la desaprobación de conductas, se trata de decidir un conflicto existente entre el afán de mayor libertad posible, por un lado; y el interés en la protección efectiva de bienes jurídico, por otro; y, por tanto, de la necesidad de apelar a criterios constitucionales de legitimación. En la resolución de ese conflicto, según FRISCH, se debe proceder a realizar un juicio en dos fases: en primer lugar, se trata de determinar si la restricción de libertad que trae aparejada la desaprobación de una concreta conducta constituye un medio idóneo, necesario y adecuado para la protección de determinados bienes; y, en segundo lugar, si la pena constituye también, para estos casos, un medio de reacción idóneo, necesario y adecuado, otorgándole esta segunda fase de valoración un definitivo carácter jurídico-penal a la desaprobación realizada en el primer estadio valorativo⁽²⁷⁾.

Así, en el primer nivel de análisis, la limitación de la libertad de actuación es *idónea* si la omisión de las conductas peligrosas, vía la interposición de prohibiciones, es una estrategia útil para la evitación de lesiones a bienes jurídicos⁽²⁸⁾. Por su parte, dicha limitación es *necesaria* cuando los riesgos prohibidos son aquellos a los que uno no suele razonablemente exponerse, lo que se negará en aquellos supuestos en los que el sujeto no genera un incremento ostensible del riesgo o sólo crea un riesgo insignificante de lesión⁽²⁹⁾. Y es *adecuada* cuando la restricción de libertad está referida a determinados peligros que la persona sobre quien se ciernen no está obligada a asumir, no corriendo a cargo de ésta la puesta en acción de medidas de prevención, como sucede en los casos de amenaza a bienes fundamentales⁽³⁰⁾.

(27) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 70 y ss.; también, "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", pp. 222-223.

(28) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 126.

(29) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 127-129.

(30) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 129-130, resaltando que no se trata, en este ámbito, del problema jurídico-penal de la competencia de la víctima, sino de una cuestión previa a esta problemática.

En el segundo nivel valorativo, no plantean mayores problemas de explicación los criterios de *idoneidad* y *adecuación*, pues a éstos, según el autor alemán, es preciso darle una respuesta afirmativa, a fin de no poner en tela de juicio la función del Derecho penal. Sólo la necesidad de la desvaloración penal podría cuestionarse en caso de contarse con medios idóneos menos lesivos de reacción frente a las conductas previamente valoradas como riesgosas. En resumen, mientras que, en el primer nivel, se procede a concretar la *desaprobación pre-penal* del comportamiento; es en el segundo momento, en el que se materializa la *desaprobación jurídico-penal* del mismo.

En su modelo de imputación, FRISCH no duda en otorgar relevancia a los conocimientos especiales del autor de cara a la determinación del comportamiento típico. En efecto, este autor considera que, en algunas ocasiones, es preciso anticipar la valoración de dichos conocimientos especiales, a fin de determinar correctamente el riesgo desaprobado de una conducta⁽³¹⁾. Dicha valoración anticipada confirmaría o ratificaría la existencia de elementos objetivos fundadores del riesgo desaprobado⁽³²⁾ (los conocimientos especiales del sujeto que golpea a un hemofílico no “fabrican” el peligro de muerte, sino tan sólo demuestran que este riesgo existe real e independientemente de dichos conocimientos del autor), que sólo el portador de tales conocimientos puede apreciar y que le es personalmente exigible evitar⁽³³⁾. Y le es personalmente exigible evitar porque, en coherencia con las líneas de un injusto personal, la desaprobación de un comportamiento descansa en

(31) FRISCH, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 57.

(32) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 82; asimismo, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 57; *Delito y sistema de delito*, p. 248; “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, p. 230. En esta línea, ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal”, pp. 96-97.

(33) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 84 y 100-102, indicando que lo decisivo es que “el agente sea competente en orden a mantener su acción desprovista de riesgos”; también, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, p. 56.

la creación *personal* de un riesgo no permitido⁽³⁴⁾. Esto no sería más que una consecuencia de la idea de que, para la configuración del injusto, las normas están individualmente recortadas, esto es, dirigidas a un concreto destinatario. Así las cosas, el conocimiento especial, que, como se indica, ratifica la presencia objetiva y real de un riesgo, no constituye el único punto de referencia de la valoración, sino que se trata sólo de un criterio de selección de determinados sectores de la realidad que dan pie a la existencia del peligro relevante⁽³⁵⁾. El hecho de conocer un dato concreto no es por sí mismo suficiente para un juicio de desvalor. La relevancia de los conocimientos especiales consiste, pues, en la construcción de la norma del caso⁽³⁶⁾.

El segundo momento, el de la imputación de resultados –verdadero ámbito de la imputación objetiva para este autor–, supone la realización de dos exámenes: por un lado, la constatación de si entre la ejecución de la conducta y la producción del resultado existe un nexo de causalidad que las vincule; y, por otro, la verificación de si el resultado acaecido constituye la realización de uno de los cursos causales que fundamentan la peligrosidad de la acción y su desaprobación. Se trata, por tanto, de la comprobación de una relación causal y de una relación de realización desde una perspectiva *ex post*⁽³⁷⁾.

(34) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 84.

(35) FRISCH, *Delito y sistema de delito*, p. 248.

(36) FRISCH, *Delito y sistema de delito*, p. 258. De manera similar, ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 208, quien considera que los conocimientos especiales cumplen la función instrumental de delinear los márgenes del riesgo permitido.

(37) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 51-57 y 518-529. El recurso a la perspectiva *ex post* se deriva de la postura de FRISCH de legitimar la imputación de resultados no sobre la base de la norma de conducta –lo que sí ocurre con la conducta típica–, sino en la norma de sanción: “que la esencia y el fin de la norma de conducta debe ser la línea directriz primordial para la delimitación de la doctrina de la imputación objetiva (en sentido estricto) no es, en principio, evidente sin más, puesto que el requisito de un resultado imputable al comportamiento se halla ostensiblemente fuera de las normas de conducta: éste constituye un requisito autónomo de la norma sancionatoria que se añade a la infracción de la norma de conducta” (p. 510).

Con respecto a la necesidad de verificación de una relación causal, FRISCH ha señalado que “si la acción ni siquiera puede considerarse en su dimensión fáctica como condición (conforme a ley causal) para la producción del resultado, a cuya aclaración en realidad nada aporta, y no ha contribuido a ésta en el sentido de un entendimiento de la causalidad ciertamente esquemático, simplificado, pero difícil de rechazar desde el punto de vista psicológico-social, no es sólo que el resultado no sirve para demostrar de modo evidente su carácter disvalioso. Como en tales casos no solemos ver relación alguna entre acción y resultado, ya no se nos pasa por la cabeza (sólo cuando están claras las correspondientes circunstancias fácticas) cargar el resultado al autor, por lo que la producción del resultado en tales casos no es idónea para generar aquellas perturbaciones cualificadas de la paz jurídica (...)”⁽³⁸⁾. Para ello aconseja rescatar las ventajas de la teoría de la condición conforme a ley y de la fórmula de la “conditio sine quanon” y combinarlas⁽³⁹⁾.

Por su parte, la relación de realización, al tratarse de la comprobación de si el resultado acaecido constituye o no la realización de uno de los cursos causales que fundamentan la desaprobación del comportamiento, constituye una cuestión dilucidable ya en el ámbito de la conducta típica, en la que se hace necesario delimitar los dimensiones

(38) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 520. La alusión a las “perturbaciones cualificadas de la paz jurídica” en este contexto obedece a que FRISCH, en p. 516, considera que para fijar correctamente los requisitos de la imputación de resultados es preciso resolver previamente el problema de la pertenencia del resultado en el injusto y de esa manera elaborar una “doctrina funcional de la imputación objetiva del resultado”. Esta pertenencia al injusto encuentra su justificación, en su opinión, en primer lugar, en las mayores necesidades preventivas que genera la realización de comportamientos con consecuencias lesivas, pues una conducta de esta naturaleza hace más evidente la infracción de la norma, lo cual trae consigo a su vez una perturbación más intensa de la paz jurídica. Pero, por otro lado, la mayor pena aplicable en estos casos hallaría su fundamento, según FRISCH, en la pretensión de reforzar la lealtad a la norma, en desplegar efectos de pedagogía social (p. 518). Estos argumentos, en clave teleológica, darían contenido a los criterios de imputación de resultados.

(39) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 521-522.

de riesgo de dicho comportamiento⁽⁴⁰⁾. Así, en el ya clásico ejemplo del sujeto que dispara contra otro con ánimo de darle *muerte*, obligando, a consecuencia de la herida ocasionada, a que la víctima sea trasladada a un hospital, muriendo ésta en el trayecto a causa de un accidente de tránsito, el resultado muerte no puede ser imputado al autor de la primera lesión, por la razón de que este resultado no se corresponde con la dimensión del riesgo de la conducta de disparar un arma de fuego: la dimensión del riesgo de un disparo se relaciona con la muerte producto del impacto de bala y no con resultados fatales consecuencia de accidentes de tránsito. Por ello, al estar condicionada a la comprobación de la causalidad y a las dimensiones de riesgo, en la imputación del resultado “se precisará tan sólo observar si se ha realizado uno de estos cursos causales abarcados por el ámbito de protección de la norma o un curso ajeno a dicho ámbito”⁽⁴¹⁾, convirtiéndose la imputación del resultado, a juicio de FRISCH, en una cuestión en la que no se advierte problema normativo alguno, en un problema de prueba fáctica⁽⁴²⁾, resultando innecesaria la búsqueda de fórmulas especiales para una doctrina autónoma de la realización del riesgo⁽⁴³⁾. La consecuencia de esta manera de comprender la imputación del resultado lleva al autor alemán a considerar que el criterio del ámbito de protección de la norma, como regla de determinación de las dimensiones del riesgo, constituye un verdadero problema de la conducta típica⁽⁴⁴⁾.

(40) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 524-526; asimismo, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 109-110. Las dimensiones del riesgo responden a la pregunta acerca de la relación a qué riesgos está desvalorada una determinada conducta.

(41) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110.

(42) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110. En contra, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/51; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., p. 332, nota 352.

(43) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 527-529; también, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 109, 110 y 112, rechazando la formulación de reglas especiales para la realización del riesgo, incluso como medios de ayuda para la delimitación de las dimensiones del riesgo del comportamiento típico.

(44) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 65-66, con acertadas críticas al criterio del ámbito de protección de la norma en p. 80-85. Con

En resumen, la pretensión de FRISCH es formular una teoría de la conducta típica coherente con la concepción personal del injusto que permita la incorporación de elementos personales y que proporcione las condiciones para un entendimiento con la doctrina finalista y sus críticas; algo que, a su juicio, no puede brindar la teoría de la imputación objetiva⁽⁴⁵⁾.

4. Imputación objetiva y ámbitos de responsabilidad

JAKOBS toma como base de su modelo de imputación la idea de que el Derecho no puede imponer a todos los ciudadanos la obligación de evitar todos los cursos causales lesivos; de hacerlo, ello traería como consecuencia la imposibilidad de la interacción social y la paralización de la vida social. Por esta razón, a su juicio, el Derecho sólo puede vincular la evitación de cursos causales dañinos a determinados sujetos que ocupan especiales posiciones en el entramado social, de tal forma que, por ejemplo, el panadero no está obligado a verificar qué hará el comprador con la barra de pan que le vende: si éste se lo come o tiene intención de envenenarlo para dárselo a otra persona, no es asunto del panadero. De la misma manera, el taxista que realiza un servicio de transporte no debe preocuparse por averiguar, antes de prestar dicho servicio, lo que hará el usuario al llegar a su destino. Si el panadero o el taxista tuviesen la obligación de indagar el comportamiento posterior de sus clientes, sería imposible ese contacto social. A ellos sólo les incumbe la venta del producto y la prestación del servicio, respectivamente.

De acuerdo con lo dicho, para JAKOBS, el criterio decisivo para la atribución de responsabilidad es el rol, entendido este como “un siste-

opinión favorable, ANARTE BORRALLA, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 247-248.

(45) FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 105-106, resaltando, además, en pp. 104-105, las repercusiones sistemáticas de una categoría autónoma de la conducta típica para el dolo, la tentativa, la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes y la teoría social de la acción.

ma de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por sujetos intercambiables”(46). Sólo la defraudación de las expectativas referidas al rol que desempeña un sujeto concreto es imputable a éste, ya que, en una sociedad compleja, caracterizada por contactos total o parcialmente anónimos, sólo el recurso al rol puede hacer posible la orientación(47). Por dicha razón, el panadero responderá únicamente por los daños a la salud que ocasione con la venta de productos en mal estado y el taxista por las lesiones que ocasione al usuario con una conducción imprudente. La teoría de la imputación objetiva es, en ese sentido, un esquema de interpretación que tiene como finalidad el reparto de responsabilidades, la delimitación de ámbitos de responsabilidad(48).

De manera similar al planteamiento de FRISCH, JAKOBS distingue dos niveles de imputación: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. El primero está configurado, a su entender, por el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

En cuanto al riesgo permitido, JAKOBS no pone en duda que muchos de los riesgos tolerados sean producto de una ponderación de intereses(49). Sin embargo, considera que la mayor parte de ellos no pueden

(46) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 97.

(47) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 97.

(48) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 94. La primera formulación de la idea de imputación objetiva como delimitadora de ámbitos de responsabilidad se encuentra en JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 15 y 35. En contra, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 152 nota 6: “los correspondientes ámbitos de responsabilidad son sólo el resultado de consideraciones más profundas acerca de la necesidad y adecuación de restringir la libertad de obrar en interés de la conservación de bienes”; ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal”, p. 101.

(49) También conciben el riesgo permitido como resultado de una ponderación de intereses, aunque incluyendo en dicha ponderación elementos adicionales distintos de la utilidad social y de la peligrosidad de la actividad, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 321-322; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 133-134, ANARTE BORRALLA, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 224 y 235-236.

derivarse de un cálculo coste-beneficio, ni siquiera cuando se pudiese saber con certeza el resultado de dicho cálculo. Así, por ejemplo, en su opinión, aun cuando se pueda saber con una seguridad rayana a la certeza el número de accidentes de tránsito en un fin de semana, no por ello el conducir un coche resulta ser una actividad no permitida. Junto a los riesgos permitidos, producto de una ponderación de intereses, se encuentran, a su juicio, los riesgos permitidos por legitimación histórica⁽⁵⁰⁾. La existencia de éstos se explica por el hecho de que la interacción social sólo es posible mediante una constante puesta en peligro de bienes. Sobre ello, JAKOBS ha afirmado lo siguiente: “[L]a forma de riesgo permitido mencionado en último lugar [se refiere al riesgo permitido por legitimación histórica] sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni tampoco maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas de determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera ‘policialmente’”⁽⁵¹⁾.

Los riesgos por legitimación histórica son, en ese sentido, la cristalización de la adecuación social⁽⁵²⁾. Se tratan, por tanto, de riesgos tolerados que se han originado por decantación histórica, lo que no debe

⁽⁵⁰⁾ JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 172-173 y 174; también *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/35-7/36 y 7/36 nota 63; *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 104 y 119-122; “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, p. 212.

⁽⁵¹⁾ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/37; *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 103: “[Y] es que la sociedad no es un mecanismo cuyo fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar interacciones”, y 119: “la sociedad –cuyo estado normal es el aquí interesa– no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción”.

⁽⁵²⁾ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 119. Este es uno de los puntos en los que JAKOBS enlaza su obra con la de su maestro WELZEL.

conducir a pensar que el carácter habitual de su realización sea el origen de dicha permisión⁽⁵³⁾. Por ello, a su parecer, es incorrecto identificar el desarrollo tecnológico con el riesgo permitido, pues su presencia en todos los sectores de la vida ha sido una constante en el desarrollo histórico⁽⁵⁴⁾. Y ya que estos riesgos obtienen su legitimación por aceptación histórica, el papel del Derecho, en este ámbito, es meramente auxiliar, encargándose de perfilar y definir el riesgo socialmente adecuado, pero no de crearlo, pues su origen precede al Derecho⁽⁵⁵⁾.

El riesgo permitido no es, para JAKOBS, una causa de justificación. Su ubicación sistemática se halla en el tipo objetivo, en donde desempeña una función fundamentadora del desvalor de acción tanto para el injusto de los delitos de simple actividad como para el injusto de los delitos de resultado⁽⁵⁶⁾. Su determinación se realiza, por consiguiente, desde una perspectiva *ex ante*⁽⁵⁷⁾. En su opinión, a diferencia de FRISCH, quien considera a la normativa sectorial sólo como un indicio de la creación de un riesgo desaprobado⁽⁵⁸⁾, las reglamentaciones jurídicas

(53) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 104.

(54) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 104-105.

(55) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 121-122.

(56) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/39 y 7/40 nota 68a. En este punto, JAKOBS admite que la presencia de ponderaciones también en el campo de las causas de justificación puede traer dificultades al momento de distinguir entre el estado de necesidad y el riesgo permitido por ponderación de intereses, pues, en el ámbito de la justificación, también se trata de permitir la realización de determinados comportamientos. Lo diferente, a su juicio, radica en que mientras que, en el estado de necesidad, lo determinante es la realización de una conducta a favor de un interés, en el riesgo permitido por ponderación de intereses, lo es la libertad de acción; *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/41; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 124.

(57) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/47.

(58) FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 91. Las diferencias con FRISCH se aprecian, también, en el tema de las compensaciones del riesgo. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (pp. 128-130), rechaza la posibilidad de que una vez infringida la norma que prohíbe puestas en peligro, el hecho de que se dispongan medidas idóneas para compensar dicho peligro pueda mantener la conducta en el marco del riesgo permitido; sin embargo, lo acepta en

sectoriales constituyen un criterio definitivo de exclusión del riesgo permitido⁽⁵⁹⁾, mientras que, en los sectores en los que se carece de la mencionada reglamentación, pero lo prohibido viene precisado por regulaciones extrajurídicas (reglas de arte, normas técnicas, prescripciones, directrices, recomendaciones, etc.), éstas sí constituyen un mero indicio de un riesgo no tolerado⁽⁶⁰⁾. En ausencia de estas normas, a su entender, debe recurrirse al criterio del “administrador diligente” o del “cuidadoso padre de familia”⁽⁶¹⁾.

aquellos sectores en los que no existe regulación jurídica, con el argumento de que cuando se renuncia a ésta se hace, precisamente, para posibilitar variaciones en la conducta: se puede construir una pared con un grosor menor que el habitual, con la condición de que se utilice un material más resistente que el utilizado comúnmente. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, (p. 93), por su parte, acepta la compensación, en supuestos de infracción normativa, siempre que se adopten precauciones especiales. También admiten el carácter indiciario de las normas sectoriales, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 136; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, p. 243; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, p. 297 y ss., con respecto a las “normas extrapenales de seguridad”.

- (59) JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 173; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/43; *La imputación objetiva en Derecho penal*, (pp. 124-125), afirmando que “lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la que resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa”; “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza””, p. 213. Aunque no de manera expresa, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, (pp. 287 y ss.), en relación a los riesgos en ámbitos con reglas jurídicas de cuidado. La posición de este último autor se puede deducir de la referencia a JAKOBS (p. 287 nota 855).
- (60) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/44. En este punto, coincidiendo con FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 108.
- (61) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 126-127; también, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, p. 213. De manera similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 138, recurriendo al baremo del “observador prudente”.

Por su parte, el principio de confianza opera, según JAKOBS, en aquellos ámbitos en los que interviene una pluralidad de sujetos y en los que la ejecución de una actividad arriesgada hace necesario precisar cuándo es posible confiar en que los demás intervinientes adaptarán su comportamiento a lo considerado adecuado en dicho sector, de tal manera que dicha confianza haga decaer la responsabilidad de quien confía en el supuesto de la producción de un daño; o, en todo caso, cuándo esta confianza es insuficiente y fundamenta la imputación de responsabilidad por el resultado lesivo derivado de dicha actividad riesgosa. Una confianza que, por cierto, no se entiende en términos psicológicos, sino como un “*estar permitido confiar*”⁽⁶²⁾. En palabras del propio JAKOBS, “se trata de casos en los que alguien, a diferencia de en la prohibición de regreso, es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente”⁽⁶³⁾. En este sentido, el principio de confianza hace posible la división del trabajo sobre la base de la confianza en que los demás intervinientes se comportarán correctamente. Y ello es así, porque, según JAKOBS, si, en un contexto de división de trabajo, todos los participantes debieran velar por el comportamiento correcto, sería imposible el desarrollo de la actividad. Es más, ello sería contraproducente, toda vez que la atención prestada en el proceder de los otros participantes podría generar un comportamiento propio deficiente. De esa manera, lo que queda es confiar en que los demás asumirán la parte que les corresponde de modo regular⁽⁶⁴⁾.

El tratamiento dogmático que se le ha brindado al principio de confianza no ha sido uniforme en el modelo de imputación objetiva de

⁽⁶²⁾ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/51 (cursivas en el original).

⁽⁶³⁾ JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, p. 218.

⁽⁶⁴⁾ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/53; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 105.

JAKOBS. Si bien, inicialmente, este autor ha referido que el principio de confianza no es más que una expresión del riesgo permitido⁽⁶⁵⁾, posteriormente, se ha decantado por la idea de que es un supuesto particular tanto del riesgo permitido como de la prohibición de regreso⁽⁶⁶⁾. El fundamento, por su parte, lo encuentra en el principio de autorresponsabilidad, pues, a su entender, en el principio de confianza, subyace la idea de que es posible confiar en el comportamiento adecuado de los demás en tanto que éstos son considerados sujetos responsables⁽⁶⁷⁾.

El principio de confianza puede presentarse, según JAKOBS, bajo dos modalidades: por un lado, en aquellos casos en los que un sujeto realiza una conducta inocua siempre que quien actúa a continuación cumpla con sus deberes (“alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado”); y, por otro, en aquellos supuestos en los que se confía que una situación base desde la que se actúa ha sido generada

⁽⁶⁵⁾ JAKOBS, *El delito imprudente*, p. 176: “[E]l permiso de riesgo más importante probablemente en la práctica se otorga con base en las modalidades de varias personas vinculadas causal o finalmente (principio de confianza)”. Consideran al principio de confianza como expresión del riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 171 y 327; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 145; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 24/22; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., p. 322 nota 303, 342 nota 311, y 326. En contra, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, pp. 108-109, señalando, p. 105, que la derivación del principio de confianza desde el riesgo permitido por parte de algunos autores se debe a que ambos criterios operan en contextos intensamente regulados. Afirma que se trata de un instrumento delimitador del riesgo permitido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 137. Señala que el principio de confianza no es más que una “paráfrasis psicologizante” de lo que es realmente trascendente: la ponderación de intereses, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 191.

⁽⁶⁶⁾ JAKOBS, *ZStW*, 1977, p. 13; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., pp. 7/51. En esta línea, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 145-146.

⁽⁶⁷⁾ JAKOBS, *ZStW*, 1977, p. 29; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 105. Comparten esta idea, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 145, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, pp. 105-107 y 106 nota 30, poniendo de relieve las variaciones que ha experimentado el pensamiento del autor en cuanto al fundamento del principio de confianza.

correctamente y el potencial autor no producirá ningún daño si cumple con sus deberes ("el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado")⁽⁶⁸⁾. En ese sentido, ha manifestado que no es preciso que el comportamiento irregular sea posterior a la intervención de quien confía⁽⁶⁹⁾.

Ahora bien, ante la pregunta acerca de cómo se determinan los deberes en esta clase de contexto, afirma que ello no puede hacerse de manera general, sino que la manera en que está distribuida la responsabilidad entre los distintos intervinientes depende de las reglas que regulan el sector a la que pertenece la actividad⁽⁷⁰⁾. No obstante, formula, en términos generales, los límites del principio de confianza. Así, en primer lugar, su aplicación quedaría excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. La operatividad del principio de confianza está excluida, en segundo lugar, cuando uno de los intervinientes está obligado a compensar la conducta incorrecta de los otros, lo cual también puede suceder recíprocamente. Y, en tercer lugar, no es posible confiar lícitamente en caso de comportamientos de terceros que defrauda expectativas⁽⁷¹⁾. A

(68) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 105. Los ejemplos son de JAKOBS.

(69) JAKOBS, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", p. 219.

(70) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/55d; también, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", p. 219. De igual manera, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, p. 116.

(71) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/55c-a, indicando la posibilidad de una *garantía plural* en casos en los que la *garantía singular* no sea idónea para evitar resultados lesivos. También véanse las siguientes obras del mismo autor: *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 106: "[E]l principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol"; y, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', 'la prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", pp. 219-220.

esto es importante añadir la exigencia de que el comportamiento incorrecto se haya realizado efectivamente, no siendo suficiente que exista la posibilidad de una conducta inaceptable, pues, según JAKOBS, “en la medida en que aún existe de algún modo, para el que confía y para el autor, la posibilidad de evitar un curso causal dañoso, no hay motivo para gravar al que confía con la solución del problema”⁽⁷²⁾.

La prohibición de regreso, en este modelo de imputación, no se corresponde con la concepción tradicional de la misma formulada por FRANK, según la cual no es posible afirmar la responsabilidad penal de quien imprudentemente favorece la comisión de un delito doloso. A través de la prohibición de regreso, JAKOBS pretende determinar, en supuestos de intervención de varios sujetos (comunidad), cuándo alguien se ha comportado de modo juridicopenalmente relevante, distinguiendo los casos de mera causación irrelevante de lesión de aquellos en los que la conducta del autor posee significado delictivo⁽⁷³⁾. Al respecto, JAKOBS ha afirmado lo siguiente: “en una sociedad de división de trabajo con un intercambio altamente complejo de información y productos hay que distinguir estrictamente cuál es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que las personas persiguen con ello. Sólo el sentido objetivo es el sentido socialmente válido del contacto”⁽⁷⁴⁾. La idea que se encuentra detrás de esta afirmación es que, en una sociedad de tales características, el Derecho penal no puede pretender prohibir toda actuación que posibilite causalmente el comportamiento delictivo de otros; de lo contrario, de pretender intervenir penalmente todo comportamiento favorecedor de un resultado delictivo, la interacción social se tornaría imposible⁽⁷⁵⁾.

(72) JAKOBS, *El delito imprudente*, p. 177-178, admitiendo la vigencia del principio de confianza aun frente a probabilidades estadísticas desfavorables; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/55a.

(73) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/15: “se trata de en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no puede distanciarse de sus consecuencias”.

(74) JAKOBS, *GA*, 1996, p. 261.

(75) JAKOBS, *ZStW*, 1977, p. 20.

Lo determinante es, entonces, precisar cuándo se está frente a una forma delictuosa de proceder, para lo cual JAKOBS parte de una particular forma de entender el principio de accesoriedad, que, en sus propias palabras, “no es ningún concepto revolucionario sino una –eso sí– nueva interpretación”⁽⁷⁶⁾. En su opinión, “*un comportamiento es accesorio cuando se adapta a la ejecución de un delito, de modo que constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso*”⁽⁷⁷⁾. En estos casos de comunidad, dicha razón que permite imputar la ejecución que otro ha realizado se determina objetivamente⁽⁷⁸⁾, ya que la complejidad social aludida por el autor y la necesidad de orientación en el seno de ésta conlleva la renuncia a definir el comportamiento delictivo

(76) JAKOBS, GA, 1996, p. 260; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 165 (cursivas en el original).

(77) JAKOBS, GA, 1996, p. 265 (cursivas en el original). Partiendo de esta nueva interpretación de la accesoriedad, JAKOBS considera que el partícipe realiza su propio injusto, pues, en la participación, se da lo que se conoce como “división del trabajo”, esto es, el reparto de actividades para el logro de una obra única. Como ejemplos, cita los logros de una empresa industrial, la música generada por una orquesta sinfónica o la ejecución de una obra teatral. En estos casos, nadie duda de que el resultado final de esas actividades también es producto del trabajo del gerente de la empresa, del director de la orquesta sinfónica o del director de la pieza teatral. A juicio de JAKOBS, el partícipe no interviene en el injusto de otro, sino que el hecho realizado es la obra conjunta de todos los intervinientes, por lo que él también realiza su propio injusto. Así, el aporte efectuado en la fase previa a la ejecución constituye un motivo para imputar la ejecución de otro, en la medida en que dicho aporte le otorga al hecho total un significado delictivo. JAKOBS rechaza, de esa manera, la identificación entre realización del propio injusto y ejecución de propia mano. Con todo, que el partícipe realice su propio injusto no implica que sea suficiente su aporte en fase previa, aunque no concurra ejecución. La ejecución es necesaria, puesto que sólo una exteriorización puede tener relevancia penal; sobre esto, *vid.* el trabajo de JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, pp. 175-179.

(78) JAKOBS, GA, 1996, p. 265: “[N]i en caso de aportes de autoría mediata ni de participación la accesoriedad tiene algo que ver con la actuación conjunta consciente y querida, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos u otras internalizaciones”; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 169: “la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho”.

sobre la base de datos psicológicos, y exige que los contornos de éste sean precisados por datos objetivos que permitan obtener estándares de comportamiento necesarios para la orientación.

Inicialmente, JAKOBS propuso las siguientes pautas para decidir en sentido afirmativo el significado delictivo de una conducta que mediatamente causa un resultado lesivo —es decir, las conductas de participación—: a) “cuando el mismo sujeto que causa mediatamente tiene que definir su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, *sólo puede motivarse por el plan delictivo*; b) “cuando quien causa de forma mediata *adapta su comportamiento al plan de otro*, siendo éste un plan que no puede estar motivado como plan no delictivo”; y c) “cuando quien causa de manera mediata conforme a los principios del delito impropio de omisión *es garante de que no se produzcan daños* derivados de comportamientos delictivos de comportamientos delictivos en el bien amenazado (protector) o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro (control)”⁽⁷⁹⁾. La motivación en el plan delictivo, la adaptación al plan de otro y la posición de garante serían, en este esquema, los criterios definitorios de la participación criminal⁽⁸⁰⁾.

Posteriormente, y con la misma pretensión de estandarizar comportamientos, JAKOBS ha echado mano al criterio del rol para definir

(79) JAKOBS, ZStW, 1977, p. 23 (las cursivas son mías).

(80) Es notoria, en esta primera fase de evolución, la introducción de elementos psicológicos al momento de precisar las reglas que definen la institución de la prohibición de regreso; concretamente, en las reglas a) y b). En relación a la primera, el componente subjetivo se hace patente a través del recurso a la “motivación en el plan delictivo”: la conducta del partícipe sólo se explica por el deseo de intervenir en un delito. Con respecto a la segunda, JAKOBS, ZStW, 1977, pp. 25, precisa: “[E]n los ejemplos mencionados [1-4] puede derivarse aún una responsabilidad específica de la comisión a partir del aspecto de la adaptación del propio comportamiento al plan delictivo de otro (fórmula b), esto es, *del hecho de tomar en cuenta planes ajenos* que sólo son susceptibles de ser motivados como planes delictivos” (las cursivas son mías). El “tomar en cuenta planes ajenos” indica la necesidad del conocimiento del plan del autor y, en consecuencia, evidencia la importancia que JAKOBS le otorga a los datos psíquicos.

el comportamiento delictivo y señalado que sólo es posible admitir participación punible cuando el sujeto ha defraudado las expectativas propias del rol social que desempeña⁽⁸¹⁾. En este segundo momento, distingue cuatro grupos de casos. Así, en primer lugar, la responsabilidad es negada cuando “un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo”⁽⁸²⁾. Este sería el caso del grupo terrorista que amenaza a un juez, que sigue un proceso penal contra uno de sus miembros, con matar al Ministro de Justicia si sigue con el trámite. Aquí no es posible imputar la muerte del Ministro al juez, en caso de que ello sucediera, pues éste no ha desbordado su rol de juez y, por tanto, el vínculo con el autor ha sido establecido arbitrariamente, de manera que no es posible afirmar la existencia de connotación delictiva en la conducta del sujeto⁽⁸³⁾.

En segundo lugar, también procede a negar la imputación cuando “entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito”⁽⁸⁴⁾. Éste es, según JAKOBS, el genuino ámbito de la prohibición de regreso,

(81) En su primer trabajo sobre el tema, JAKOBS, *ZStW*, 1977, p. 20, ya se había referido a la defraudación de expectativas, pero aún no recurre expresamente al concepto de rol: “[E]l Derecho penal no puede estabilizar como expectativa de comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo (...) Sólo se puede tener la expectativa de que nadie complete (de manera evitable) las condiciones de un curso delictivo. Esto significa en principio (¡pero no solamente!) que en el delito de comisión aquel comportamiento que (de manera evitable) genera directamente el resultado produce una defraudación” (las cursivas son mías).

(82) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 156. También del mismo autor, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/16.

(83) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/59 y 24/15; también, *GA*, 1996, p. 260; *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 156.

(84) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 156. También del mismo autor, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/17.

el de los “negocios usuales de la vida cotidiana”⁽⁸⁵⁾, en el que la ubicuidad de los bienes y servicios es el rasgo más distintivo, pero también el de los “negocios de favor sin obligatoriedad jurídica” y el de la transmisión de informaciones veraces⁽⁸⁶⁾.

Con todo, el profesor alemán considera que existen casos en los que, pese a presentarse las características señaladas, puede atribuirse responsabilidad penal al sujeto que obra mediatamente. Esto ocurrirá cuando éste ostente la calidad de garante con respecto a determinados bienes. De este modo, el panadero no debe vender panecillos a una persona de quien tiene conocimiento que planea asesinar a sus menores hijos; si lo hace, el panadero responderá por la muerte de los niños⁽⁸⁷⁾. En estos supuestos, la responsabilidad que queda, en caso de mantenerse dentro de los límites del rol inocuo, es la omisión de socorro, por la infracción de un deber general de solidaridad⁽⁸⁸⁾. Esto es así, porque, para el profesor alemán, “no todo atañe a todos”⁽⁸⁹⁾.

En los dos restantes grupos de casos, JAKOBS sostiene que concurre responsabilidad. Esto sucedería, en primer lugar, cuando se realicen prestaciones por peligrosas (entregar armas a personas que carecen de licencia para portarlas, proporcionar drogas no autorizadas, etc.), prestaciones que, por lo general, están prohibidas como puestas en peligro abstractas. Quien ha realizado una prestación de este tipo no puede

(85) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 157. También *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/17.

(86) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/17.

(87) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/66 y 24/19; también, GA, 1996, pp. 262-263; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 159, indicando que la posición de garante no elimina la figura de la prohibición de regreso, pues, quien ha obrado en el marco de su rol de ciudadano, no ha defraudado las expectativas de éste. Lo que sucede es que existe otro motivo para imputarle responsabilidad por el resultado: el rol especial.

(88) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/67; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 137.

(89) JAKOBS, *ZStW*, 1977, p. 30. Acepta esta idea, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 152.

distanciarse del hecho, puesto que con ella el sujeto ha configurado una comunidad delictiva con quien lo ejecuta de propia mano⁽⁹⁰⁾. Y, en segundo lugar, la responsabilidad penal está garantizada en los supuestos de instigación y complicidad. En estos casos, el fundamento de la imputación viene dado por el hecho de que el sujeto adapta su prestación al comportamiento del autor⁽⁹¹⁾. Esto, según JAKOBS, es fácil de advertir en prestaciones materializadas en el momento de la ejecución, pero puede presentar dificultades de delimitación cuando la actuación del partícipe se realiza en momentos anteriores al estadio de la ejecución. La forma de proceder para la solución de estas hipótesis va por tener en cuenta el contexto en que se desarrolla la prestación⁽⁹²⁾.

En su opinión, un comportamiento realizado en fases anteriores a la ejecución sólo trae consigo responsabilidad cuando, teniendo en cuenta el contexto en que se desarrolla la conducta, dicho comportamiento se adapta a la actuación del autor de tal modo que posee el sentido de una continuación delictiva (el panadero elabora unos panecillos especiales que favorezca el envenenamiento, el farmacéutico propone la compra de una sustancia ponzoñosa que pasa desapercibida cuando se mezcla con bebidas, el taxista toma un desvío para evitar un retén policial o espera a los ladrones en un lugar que haga más fácil la huida, etc.)⁽⁹³⁾.

Las propuestas en torno a la figura de la prohibición de regreso lo conducen a admitir la posibilidad de participación imprudente en hechos dolosos así como participación dolosa en de-

(90) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/18; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 160-161.

(91) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 162.

(92) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 24/18; también, GA, 1996, p. 264; *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 163-164.

(93) JAKOBS, GA, 1996, p. 263; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 169; también, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", p. 173. En España, adopta los criterios del "riesgo de continuación delictiva" y de la "adaptación al hecho", ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 291, 305 y 306.

litos imprudentes, pues lo relevante, en una comunidad delictiva, es el sentido delictivo del comportamiento y éste, como ya se expuso, no está condicionado a datos psíquicos⁽⁹⁴⁾. La pretensión de JAKOBS es, como él mismo lo ha afirmado, conectar, mediante la prohibición de regreso, la teoría de la imputación objetiva con la teoría de la autoría y la participación⁽⁹⁵⁾.

En relación al cuarto criterio de imputación propuesta por JAKOBS, la competencia de la víctima, este autor ha afirmado lo siguiente: “puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio”⁽⁹⁶⁾.

También en este ámbito se pueden apreciar algunos cambios. Así, en su *Strafrecht*, JAKOBS distingue entre acuerdo, consentimiento excluyente del tipo y obrar a propio riesgo excluyente del tipo⁽⁹⁷⁾. En el primero, se trata de adaptación del consentimiento y de sus reglas generales a las particularidades de descripción de algunos delitos⁽⁹⁸⁾, diferenciando entre acuerdo final y acuerdo no final: en aquel el sujeto persigue las consecuencias del acuerdo, mientras que, en el acuerdo no final, se acepta un comportamiento de cuya realización pueden derivarse previsiblemente consecuencias lesivas⁽⁹⁹⁾. En el consentimiento excluyente del tipo, distingue también, empleando los mismos criterios de

(94) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/59 y 24/21; asimismo, GA, 1996, pp. 266-267; y *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 161, 164-169.

(95) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/59.

(96) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 109.

(97) Sobre el consentimiento justificante y el obrar a propio riesgo justificante, *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 14/1 ss.

(98) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/104.

(99) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/109.

distinción del acuerdo, entre consentimiento final y no final⁽¹⁰⁰⁾, limitando sus efectos al campo de los bienes disponibles⁽¹⁰¹⁾. Por su parte, mediante el obrar a propio riesgo es posible excluir la imputación en supuestos en los que el agente se introduce en un contexto peligroso, pues su actuación le hace responsable de las consecuencias dañosas previstas e, incluso, de las no previstas⁽¹⁰²⁾. El punto común de todas las figuras expuestas en el campo de la competencia de la víctima no se halla en datos psicológicos, pues, por ejemplo, mientras que, en el consentimiento final, se da un elemento subjetivo paralelo al dolo, en el obrar a propio riesgo, basta la cognoscibilidad del peligro. El punto de confluencia es, por el contrario, la incumbencia de la víctima⁽¹⁰³⁾.

Posteriormente, al parecer, JAKOBS pretende unificar el tratamiento dogmático del consentimiento excluyente del tipo y el obrar a propio riesgo a través de lo que él denomina "competencia de la víctima"⁽¹⁰⁴⁾. Respecto al actuar a propio riesgo, nos dice este autor que el fundamento de la exclusión de la imputación viene dado por la infracción de los deberes de autoprotección de la "víctima"⁽¹⁰⁵⁾. En palabras de JAKOBS, "[E]n cuanto a la infracción de deberes de autoprotección, cons-

(100) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/125-7/126.

(101) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/111.

(102) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/129, restringiéndolo, también, a bienes disponibles.

(103) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/129.

(104) JAKOBS, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", p. 221; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 109 y ss.

(105) JAKOBS, "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", p. 221; también, "La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte", pp. 400 y 401; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 110-111. En contra de la existencia de "deberes de autoprotección", CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., pp. 303-304; BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, pp. 239-240; GARCÍA ALVÁREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, pp. 81 y 85; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, pp. 55-56.

tituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles”⁽¹⁰⁶⁾. Coherentemente con su modelo de imputación, persiste en la idea de que la imputación a la víctima no puede descansar en datos psíquicos, sino que lo verdaderamente relevante es si ésta ha desempeñado el rol de víctima⁽¹⁰⁷⁾.

De la descripción de las instituciones que JAKOBS propone para la imputación del comportamiento y, en especial, de lo indicado con respecto a la prohibición de regreso, se puede deducir ya algunos rasgos acerca del tratamiento que este autor le otorga a los conocimientos especiales.

Para JAKOBS, los conocimientos especiales *per se* —esto es, en términos puramente psicológicos— carecen de relevancia al momento de determinar los niveles de riesgo permitido. Puesto que el criterio decisivo para la imputación en el primer nivel es el rol que desempeña una determinada persona, sólo los conocimientos especiales que se vinculan necesariamente a dicho rol poseen trascendencia jurídico-penal. Esto es así, porque éste, al suponer un haz de expectativas normativas, excluye todo conocimiento adicional que escape a la lógica de las expectativas de un rol concreto. De esa manera, no responderá por un delito de homicidio el estudiante de biología que, trabajando por las tardes, como camarero, descubre una seta venenosa en la ensalada que lleva a una mesa y, no obstante, sirve la ensalada, pues, según el profesor alemán, dentro del haz de expectativas que se corresponden con el rol de camarero no juegan ningún papel los conocimientos (especiales) de

(106) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 111.

(107) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 112.

estudiante de biología, y, en consecuencia, no tienen importancia alguna para definir los límites del riesgo permitido. En este punto, ha señalado: “*un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito*, al estar definido de manera totalmente psicológica”⁽¹⁰⁸⁾.

Ahora bien, para determinar cuándo es posible tener en cuenta los conocimientos especiales —o, en otras palabras, cuándo existe “el deber de conocer”—, JAKOBS propone distinguir entre aquellos hechos que se imputan en razón de la competencia por organización del autor y aquellos otros en los que es la competencia institucional la que da lugar a la responsabilidad⁽¹⁰⁹⁾. En el primer caso, la trascendencia a los conocimientos especiales está subordinada a la condición de garante del autor de que “en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad”. En ese sentido, el dueño de una casa o el propietario de un vehículo, al ser garantes de mantener la existencia de dichos bienes dentro de los límites del riesgo permitido, deben hacer uso de sus conocimientos especiales con tal fin, sin importar la forma como éstos han sido obtenidos: si advierte por él mismo que las tejas están flojas o que el líquido de frenos está a punto de acabarse o un amigo se lo menciona, ello es intrascendente. Lo determinante es su condición de garante de esos bienes⁽¹¹⁰⁾.

Pero, además, los conocimientos especiales desempeñan un papel importante en la imputación cuando el autor “adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos”, lo que “concorre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas”⁽¹¹¹⁾: si el camarero no sirve la ensalada

(108) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 138 (las cursivas son mías). En contra, expresamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 11/57.

(109) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 139.

(110) JAKOBS, “*Tättervorstellung und objektive Zurechnung*”, pp. 284 y 285; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/50; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 139-140.

(111) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 140.

letal a quien la había pedido, sino que espera a que ingrese otro cliente a quien odia, dicho cambio supone una organización del riesgo sobre la base de los conocimientos (especiales) de biología, que da lugar a responsabilidad por la muerte del comensal⁽¹¹²⁾. Por su parte, la tantas veces indicada importancia de los conocimientos especiales tiene lugar en supuestos en los que el autor está obligado no sólo a no lesionar los bienes de la víctima, sino a potenciarlos, a crear un mundo en común con ésta⁽¹¹³⁾. La respuesta acerca de cuándo, en este contexto de la competencia institucional, tienen importancia dichos elementos subjetivos, depende de la configuración de cada institución⁽¹¹⁴⁾.

El segundo nivel de imputación, el de la imputación objetiva del resultado, adolece de un tratamiento poco detallado. Si bien JAKOBS ha afirmado la relevancia del resultado como elemento configurador del injusto, entendiéndolo como un aumento cuantitativo de la objetivación del quebrantamiento de la norma⁽¹¹⁵⁾, el autor no ha precisado la relación que existe entre éste y el resultado en sentido naturalístico⁽¹¹⁶⁾. En este segundo nivel de imputación, JAKOBS pone de relieve la conexión entre la imputación del resultado y la imputación del comportamiento a través de la idea de riesgo como “complejo parcial decisivo” de condiciones de producción del resultado⁽¹¹⁷⁾, y agrega que, desde el punto de

(112) JAKOBS, “Tättervorstellung und objektive Zurechnung”, p. 286; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/50: “[S]i el autor introduce por propia iniciativa el conocimiento especial en la relación con la víctima, tal conocimiento se incorpora al papel que caracteriza a esta relación, aun cuando el autor no estaría obligado en sí a tomar en consideración el saber especial”.

(113) JAKOBS, “Tättervorstellung und objektive Zurechnung”, pp. 286-287.

(114) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/50; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 140-141.

(115) JAKOBS, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, pp. 34-36.

(116) Cfr. CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 76-77.

(117) JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, p. 54 nota 4; también, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 7/72; y *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 175.

vista del Derecho penal, lo relevante para la explicación del daño viene dado por la “lesión típica de las condiciones de interacción” o lo que se denomina “comportamiento no permitido”⁽¹¹⁸⁾. Ahora bien, para JAKOBS, la explicación de un daño no es sólo una operación de verificación de las condiciones que conllevan a la producción del resultado, sino que lo fundamental es que, mediante la imputación del resultado al autor, se posibilite la orientación en el contacto social⁽¹¹⁹⁾. La imputación del resultado sirve, así, para indicar que determinados resultados lesivos son consecuencia de pautas inaceptables de conducta que deben evitarse. Y en un mundo que es, en lo esencial, planificable, sólo una modificación planificable del mundo puede traer consigo responsabilidad⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 176.

⁽¹¹⁹⁾ JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, p. 53: “[T]odo curso lesivo que no pueda dejarse de lado como *quantité négligeable*, desorienta mientras no sea explicado”; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 179.

⁽¹²⁰⁾ JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, p. 72: “constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos”; también, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 181. De manera similar, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 96-99, aludiendo a la “evitabilidad planificada”.

¿Derecho penal en la era del “compliance”?

DINO CARLOS CARO CORIA (*)

Actualmente es imposible afrontar cualquier aspecto fundamental del Derecho Penal empresarial sin hacer referencia al concepto de “*compliance*”, noción que la realidad económica ha introducido en el discurso jurídico-penal y empresarial en general. Una primera aproximación a dicho concepto pasaría por afirmar que la llamada, para algunos “Ciencia del *Compliance*”⁽¹⁾, se ocupa (i) **en general** de la responsabilidad penal en el marco de la empresa; y (ii) **en concreto**, de la determinación de las medidas que la dirección empresarial –en el marco de su deber de supervisión– debe adoptar para evitar la infracción de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados y de la propia corporación.

El *compliance* comprende las medidas o sistema normativo interno tendente a evitar que los miembros de una empresa –desde el máximo órgano de administración hasta el último empleado–, y la empresa misma, incurran en riesgos penales, pero también civiles, laborales y administrativos. A través del *compliance* se pretende que todos los integrantes de la empresa cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, siendo que, en caso de infracción, sea posible su des-

(*) Socio fundador de Caro & Asociados, y del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa.

(1) COCA VILA, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 54.

cubrimiento y adecuada sanción. Actualmente, no organizarse bajo un modelo de *compliance* conlleva el peligro de que directivos, los trabajadores y la empresa se vean expuestos de forma constante a todo tipo de responsabilidades, incluso vulnerables a los efectos negativos para la reputación empresarial.

Expresiones como *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility*, describen nuevos conceptos de dirección empresarial que definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*⁽²⁾. La tendencia se orienta cada vez más a que las empresas asuman privadamente una función preventiva, basada en códigos de conducta, programas de cumplimiento, en el asesoramiento y en la vigilancia de la legalidad de sus administradores y empleados⁽³⁾.

Desde el contenido de estos conceptos, se observa que estos apuntan, en primer lugar, a la orientación de la dirección empresarial, a su Constitución con principios programáticos o a la misma filosofía de la empresa. Esto es resaltado principalmente por el concepto de *Business Ethics*, que describe la implantación de valores que van muchas veces por encima de las exigencias establecidas legalmente. El concepto *Integrity Codes* insinúa igualmente un amplio espectro de objetivos y valores de la empresa. Por su parte, el concepto *Corporate Social Responsibility* se refiere incluso a un ámbito de la responsabilidad empresarial, que incluye la realización de tareas sociales. Los *Codes of Conduct* constituyen pautas generales de conducta, mientras que la fórmula de *Compliance Programs* (programa de respeto de reglas) abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados, más que todo legales.

(2) ULRICH SIEBER, "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 65.

(3) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Compliance" y derecho penal. *Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 138.

En relación al responsable del cumplimiento o *compliance officer*, se tiene que su perfil se desprende del entendimiento del concepto mismo de *compliance* de la empresa. Así pues, pese a no existir los parámetros delimitados de sus funciones, se puede decir –en líneas generales– que su actividad consiste en procurar que los miembros de la empresa observen y sigan las reglas jurídicas en la empresa; lo que incluye el conglomerado de deberes para el control de peligros que se generan en los procesos empresariales y la sujeción a todos los preceptos y medidas encaminadas a asegurar el respeto de tales deberes.

Se pueden identificar tres grandes etapas en la implementación de los programas de cumplimiento, que puede ser de ayuda para representarse la clase de obligaciones que incumben al *compliance officer*: a) **el diseño del programa** que debe ser aprobado por la dirección de la empresa y debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa; b) **la aplicación del programa** para lograr su efectiva materialización y fines preventivos en todo los niveles de la empresa; y c) **el control y seguimiento** de las normas derivadas del programa, identificando las posibles infracciones e informando a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas⁽⁴⁾. Para todo ello, resulta de vital importancia que en la empresa se haya realizado un análisis de los riesgos jurídicos, y que exista una declaración de la alta administración de actuar en el futuro contra determinadas irregularidades. Es importante, de igual manera, la comunicación de conocimientos jurídicos en la empresa mediante circulares o memorándums, así como la documentación de las medidas adoptadas y de las irregularidades jurídicas descubiertas.

Ahora bien, el solo hecho de tener un sistema de *compliance* no implica evidentemente una solución automática. Existen tres grandes problemas en la implementación del sistema de *compliance* en las em-

(4) ROBLES PLANAS, Ricardo, "El responsable de cumplimiento ("compliance officer") ante el derecho penal", en *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 320 y ss.

presas. El primero de ellos es el que puede denominarse **el problema de la cosmética**⁽⁵⁾. Los fiscales o autoridades administrativas señalan que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno de una organización, no indica necesariamente una voluntad de implantar una cultura de respeto a la legalidad e implementar los controles que para ello sean necesarios. Los programas de cumplimiento serían una simple fachada fabricada por el *compliance bussines*, que los administradores adoptan como si fuera una suerte de seguro antimultas. De producirse un delito, la defensa de la empresa lo mostraría ante los fiscales o autoridades administrativas con el fin de convencerles de que ha hecho todo cuanto estaba en su mano, y que por tanto la empresa y sus funcionarios carecen de responsabilidad o esta debe ser atenuada. Así, el primer gran problema de los programas de cumplimiento es, por tanto, que carecen de credibilidad.

En segundo lugar, se tiene el **problema de la determinación penal o certeza**, que viene de la mano con el lamento de las empresas por la falta de seguridad jurídica. Y es que la realidad nos muestra que el legislador exige ejercer el debido control, sin dar pista a las empresas acerca de cuál debe ser el contenido de los programas de cumplimiento ni cuál será el concreto nivel de exigencia judicial.

El tercer problema radica en que el sistema de *compliance* en la empresa supone, al menos en parte, **la privatización de una función pública** tan importante como es la del control de la criminalidad. El día a día nos muestra que se exige a las empresas que investiguen las infracciones que han tenido lugar en su interior, e incluso se las exhorta a aportar los resultados de esta investigación a una investigación oficial, más aún en el proceso penal. De esta manera, se obliga a las empresas a financiar los costes que supone para el Estado la criminalidad de empresa. Ahora bien, lo preocupante no es solo que la investigación interna se venga convirtiendo en una especie de privatización de la fase de inves-

(5) NIETO MARTÍN, Adán, "Regulatory capitalism y cumplimiento normativo", en *El Derecho penal en la era compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 22.

tigación, sino que existe el peligro de que la investigación interna eluda las garantías procesales mínimas⁽⁶⁾.

Por estas razones, conviene que las empresas establezcan responsablemente un departamento de cumplimiento que cuente con procedimientos realmente estructurados para prevenir riesgos y responsabilidades de todos y cada uno de los miembros de la corporación. Debe contar también con una política de sanciones disciplinarias, fijando con claridad los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de investigación. Y es que si se va a llevar a cabo una investigación interna, al menos deben aplicarse garantías similares o comunes al núcleo del derecho sancionador. Determinar previamente estas cuestiones otorga legitimidad al sistema de *compliance*, tanto a las investigaciones como a las sanciones disciplinarias que del mismo emanen.

Nuevamente, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del Derecho vigente no debe obedecer a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas.

(6) Como señala Luis CASTILLO CÓRDOVA, "La garantía del debido proceso también ha sido extendida al ámbito particular a fin de determinar la procedencia de las demandas constitucionales contra decisiones producidas dentro de un procedimiento irregular" (*Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara editores, 2004, p. 167). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido de modo vinculante que el debido proceso rige incluso en el ámbito de las instituciones de derecho privado y en todo tipo de procedimiento que pueda traer consigo consecuencias para los derechos personales: "el respeto de las garantías del debido proceso, no puede soslayarse, de modo que también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado; que si bien, en consecuencia, no se privó al demandante de todo derecho de defensa, tampoco se le brindaron las garantías constitucionales del caso. (...)", STC de 12.12.96, Exp. 0067-1993-AA/TC, caso del Club de Regatas Lima, repetida en la STC de 17.12.04, Exp. 3312-2004-AA/TC y otras posteriores.

Pero ello implica la instauración de una cultura de cumplimiento, que en países como el nuestro se enfrenta a altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública que, desde ya, conspiran contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal corporativo a través del *compliance*.

***Criminal Compliance* (*)**

Hacia una cultura de programa compliance penal

ALDO CALCINA HANCCO (**)

I. Preliminares

En sociedades tan complejas y generadoras de riesgo de toda índole como las que nos ha tocado vivir; debido a la profusión de la criminalidad económica e internacional⁽¹⁾, que ocurrieron en los EEUU y Europa: los desastres empresariales por ejemplo de *World-Com*, *Enron*⁽²⁾,

(*) A la niña de mis ojos Deysi Blanco, que sin ti nada valdría la pena. El autor agradece a David Rosales Ártica, y mi gran maestro Hernán Layme Yépez por guiarme sabiamente.

(**) Estudiante de pregrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez", Juliaca (Perú). Cualquier inquietud sobre el presente trabajo puede ser consultada al siguiente correo electrónico: aldocalcina@hotmail.com

(1) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "La Nueva Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima, 2011, p. 149.

(2) Brevemente puede señalarse que, entre otras cuestiones, dicha empresa –dedicada principalmente a la compraventa de recursos energéticos– recurrió a una serie de artificios contables para llevar a cabo la alocación de sus pérdidas de tal manera que no se reflejaban adecuadamente en sus balances, lo cual originó un desfase notable entre la realidad de la empresa y su hoja de balances. Ello motivó que, cuando la coyuntura económica no fue tan favorable, la empresa entrara en una espectacular

Parmalat y *Flowtex* han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado pioneramente por el profesor TIEDEMANN en el sentido de que la criminalidad económica también puede llevar a la ruina de empresas grandes y causar graves perjuicios para toda la sociedad⁽³⁾. Es por ello que los programas de “*compliance*” aparecen como controles dirigidos a prevenir las criminalidades vinculadas con la empresa. El término *Compliance* hace pocos años era una institución tal vez novedosa para muchos, máxime el “*compliance*” no es otra cosa que los mecanismos internos implementados por las empresas para detectar y prevenir conductas delictivas que se produzcan dentro de la corporación⁽⁴⁾, pues, teniendo en cuenta que no describe nada distinto a la evidencia del deber de observancia de las normas, es en cierto modo sorprendente⁽⁵⁾. En este escenario aparece la figura del *compliance officer*, labor que toda vez apun-

bancarrota —una de las mayores de la historia empresarial mundial— causando innumerables afectados [sobre el caso Enron vid. en profundidad el excelente artículo de COFFEE, *Cor. L. Rev.* 89 (2004), p. 269 y ss.].

- (3) Las falsedades contables de la empresa *Worldcom*, que se declaró en insolvencia el 2002, causaron en los EEUU un perjuicio de 107 mil millones de dólares americanos (cfr. http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy, al 10 de enero de 2008). En el caso de la empresa *Enron* que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 mil millones de dólares americanos (cfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal, al 10 de enero de 2008). En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta *Flowtex* causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en “*Manager-Magazin*”, <http://www.managermagazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>, al 10 de enero de 2008). En el caso del consorcio italiano *Parmalat*, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa por manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente 23 mil millones de euros (comp. “*Arie The Observer*” de 4 de enero de 2004, <http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>, al 4 de enero de 2008). A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por Tiedemann, especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos. Cfr. al respecto TIEDEMANN, “*Verhandlungen des 49. DJT*” (1972), p. C 21 y s.

- (4) See (véase) U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 8B2.1 (a) (2004).

- (5) ROTSCH, Thomas, “*Criminal Compliance*”, *In Dret*, revista para el análisis del derecho, Universität Augsburg. Barcelona, enero de 2012, p. 2.

ta a que tendrá que fijarse bajo estándares muy rígidos de independencia al ser el garante del cumplimiento normativo y la evaluación de la efectividad de las medidas de prevención y reacción al delito en la empresa. La expresión *compliance* proviene del verbo en inglés “to comply with” que significa “cumplir con” o (capacidad de aprendizaje)⁽⁶⁾, fórmula, de difícil traducción (de manera literal “programa de cumplimiento” o “programa de respeto” de reglas) abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados (sobre todo legales, pero en parte también éticos u otros)⁽⁷⁾, y se reduce en la disposición de “cumplir con la ley”. El concepto se emplea también en la Medicina, en donde la fidelidad al tratamiento del paciente condiciona la curación de muchas enfermedades que requieren comportamientos cooperativos⁽⁸⁾ y desde hace buen tiempo este término se ha venido utilizando en este ámbito para significar el cumplimiento riguroso, por parte del paciente, de la indicación terapéutica⁽⁹⁾. Este concepto se ha trasladado, transportado al ámbito empresarial donde se utiliza para las medidas de seguridad interna y la observancia de las leyes de dicha empresa. De manera general, puede decirse que la finalidad del *compliance* es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales “to be in compliance with the law”⁽¹⁰⁾, que se divide en dos

(6) ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 40; PRITTIWITZ, en “*Compliance y Teoría del Derecho Penal*”, Kühlen/Ortiz de Urbina (eds.), p. 208; ROTSCH, *In Dret* 1/2012, p. 1.

(7) ULRICH SIEBER, *Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa*. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, en NIETO, Adán, *El derecho penal económico en la era de la Compliance*, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, traducción hecha por el Dr. ABANTO VÁSQUEZ. El artículo fue publicado por primera vez en alemán en “*Festschrift für Klaus Tiedemann*”, Colonia, 2008, pp. 449-484, bajo el título “*Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*”, p. 3.

(8) ROTSCH, Thomas, “*Criminal Compliance*”, *In Dret*, revista para el análisis del derecho, cit., p. 2.

(9) ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 40 y ss.; BOCK, “*Criminal Compliance*”, p. 19; ROTSCH, FS-Samsom, p. 141. En GARCÍA CAVERO, “*Criminal Compliance*”, Palestra, Lima, 2014, p. 9.

(10) GARCÍA CAVERO, P., “*Compliance y Lavado de Activos*”, en *Compliance y prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, Acta del I Foro Internacional de Compliance y prevención de lavado de activos y del financiamiento del

objetivos cuales son: la *prevención* y la *confirmación del derecho*, el primero con la finalidad de reducir el riesgo de aplicación de consecuencias accesorias contra la empresa como institución y responsabilidad penal de sus integrantes (directivos, alta gerencia, trabajadores); y el segundo es la confirmación de la normativa penal, que incide en la imputación penal⁽¹¹⁾.

El *compliance* constituye precisamente uno de estos instrumentos. Se trata en última instancia del evidente principio vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales según el cual las empresas y sus órganos deben operar armónicamente con el Derecho vigente⁽¹²⁾.

II. *Criminal Compliance*

En los últimos años y motivado principalmente por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del entorno común, el *criminal compliance* se ha convertido en uno de los puntos más discutidos en el Derecho penal económico⁽¹³⁾. He ahí el motivo de centrarnos en el derecho penal, ya que el término *compliance* puede ser utilizado en sectores o ámbitos jurídicos diferentes al derecho penal⁽¹⁴⁾, pues para hacer la observancia

terrorismo (coords.) CARO CORIA/REYNA ALFARO, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE) y Asociación de instituciones de Microfinanzas del Perú (Asomif Perú), Lima, 2013, p. 43.

(11) ARBULÚ RAMÍREZ, J. A., "La Penalización del Cumplimiento Normativo Anti Lavado de Activos", en *Actualidad Penal* N° 1, Lima, julio 2014, p. 195.

(12) HAUSCHKA, "Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidungim Unternehmen", 2ª ed., 2010, § 1, Nm. 1, en ROTSCH, "Criminal Compliance", cit., p. 2.

(13) NAVAS, Iván, Recensión: BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2011. Polít. Crim. Vol. 7, N° 14 (diciembre 2012), Rec. 1, pp. 480-488. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14R1.pdf, p. 1.

(14) Cuando se habla de ámbitos jurídicos diferentes al derecho penal nos referimos, por ejemplo, al *Anti-trust-compliance*, el cumplimiento de la normativa en defensa de la competencia, de *tax compliance* si se trata de la normativa tributaria, o de *trade Compliance* cuando tiene que ver con la norma de comercio exterior. Véase al respecto Bock, *Criminal Compliance*, p. 21. GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado de Responsabilidad de las Personas Jurídicas*, BAIJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA, Madrid, 2012.

específica de la normativa penal, que bajo esta idea, se hace uso también de la expresión *criminal compliance* para referirse a aquel sistema de cumplimiento normativo que procura considerar la observancia específica de la normativa jurídico-penal por parte de los miembros de la empresa⁽¹⁵⁾. Es el conjunto de medidas necesarias para evitar que los miembros de la empresa cometan actos ilícitos en el ámbito empresarial, que sería pasible a una sanción interna si se logra detectar. Se considera sin duda alguna que el *criminal compliance* constituye una de las mejores formas de evitar que la actividad empresarial conlleve a la realización de delitos, lo relevante es que se detecten estas actividades y no se vuelvan a repetir. Ello se debe a que la empresa se encuentra en mejor posición que el Estado para controlar y supervisar que el comportamiento de sus miembros individuales se ajusten a la normativa penal⁽¹⁶⁾.

El *criminal compliance* está orientada a la observancia jurídica-penal, mediante la labor de prevenir el delito. Si acaso estos se consuman, se realizará una detección adecuada y pondrá al conocimiento a los correspondientes normas de persecución penal. Los objetivos del *criminal compliance* tienen doble función en el sistema jurídico penal. Por un lado, el sistema de cumplimiento penal debe llevar a una reducción del número de infracciones penales realizadas en el ámbito de la empresa. Por otro, lado el *criminal compliance* debe poner de manifiesto una actitud de fidelidad al derecho por parte de la empresa que, en caso de verificación de un delito, debe influir en los criterios de imputación o en la imposición de la sanción correspondiente⁽¹⁷⁾.

No existe una norma jurídica general que imponga a las empresas el deber de implementar un programa de cumplimiento que asegure la

(15) ROTSCH, HANDBUCH, ACHENBACH/RANSIEK (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 25; Bock, en "Compliance y Teoría de Derecho Penal", KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), p. 107 y ss. En GARCÍA CAVERO, "Criminal Compliance", Palestra, Lima, 2014, p. 53.

(16) GARCÍA CAVERO, P., "Criminal Compliance", Palestra, Lima, 2014, p. 55.

(17) GARCÍA CAVERO, P., "Compliance y Lavado de Activos", en *Compliance y prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, cit., p. 45.

observancia de las leyes penales⁽¹⁸⁾. Sin embargo, en el Derecho alemán, se encuentran obligaciones legales de introducir elementos especiales de “*compliance*” verbigracia en los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG. Además de esto se puede remitir a las disposiciones de la “Sarbanes-OxleyAct” estadounidense, la cual prevé una responsabilidad del Chief Executive Officer y del Chief Financial Officer cuando estas personas hubieran, dolosamente, afirmado de manera falsa que el negocio celebrado era correcto y estaba completo¹⁰². El problema de tal concepción legal coercitiva consiste, sin embargo, en que las disposiciones legales pueden definir de manera precisa solamente algunas medidas. Por ello –fuera de ámbitos especiales de la vida–, muchas veces apenas se puede reforzar penalmente tales obligaciones, tal como se observa en la falta de sanción inmediata en las numerosas medidas de “*compliance*” (p. ej. en los arts. 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG)¹⁰³. Ni siquiera la “Sarbanes-OxleyAct” contiene disposiciones sancionadoras propias para numerosas regulaciones⁽¹⁹⁾. Si bien a los directivos de las empresas les alcanza el deber jurídico-penal de controlar los riesgos derivados de la entidad empresarial⁽²⁰⁾, este deber no precisa que sea a través de la

(18) Situación común en muchos países, como por ejemplo en España. Así, explícitamente, CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJÓO, *¿Sirve de algo un programa de compliance penal? y qué forma le doy?*. Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO5/2010: incertidumbre y llamados por la seguridad jurídica. Actualidad jurídica, estudio Uría Méndez, 28 (2011), p. 27, en GARCÍA CAVERO, P., “Compliance y Lavado de Activos”, en *Compliance y prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, cit., p. 44.

(19) Así, no se ha reforzado penalmente ni la violación del deber de implementar un “Audit Committee” ni la obligación de elaborar un “Ethic Code” o la creación de una central de denuncias anónimas. En la “Sarbanes Oxley Act”, se encuentra, como norma penal básicamente a la Section 906, la cual sanciona penalmente la afirmación falsa de que el balance de cierre era correcto. Pero aquí se trata de un clásico tipo penal económico que tiene paralelo con el existente en el Derecho alemán, en el cual se pena la exposición de datos falsos en los informes de la empresa (art. 331 del Código de Comercio y art. 17 de la Ley de publicidad) en ULRICH SIEBER, *Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa*. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, cit., p. 28.

(20) GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico*, PG. 2ª ed., Lima, 2007, p. 712 y ss.

conformación de un *criminal compliance*, si no que en cuanto a su forma de acatamiento existe plena libertad organizativa, por lo tanto, será la propia empresa la que evalúe si su deber de evitar la generación de riesgos penalmente relevantes se debe hacer por un medio de sistemas de cumplimiento normativo penal o a través de otros mecanismos⁽²¹⁾.

III. Las funciones del criminal compliance

Se encarga de la observancia de la normativa-penal, con su especial función de prevención de delitos y si ya se habrían concluido los actos ilícitos, esto quiere decir si se produjo el delito, ello es prueba de que las cautelas y controles adoptados no eran eficaces, pues no funcionaron, anulando de raíz la eficacia de cualquier sistema adoptado⁽²²⁾. En ese momento es donde se ha detectado y se tiene que comunicar a los órganos correspondientes de persecución penal. Se resume en dos funciones: el primero, la prevención del delito; y el segundo, la función de confirmación de la normativa penal.

a) Función de prevención de delito

Lo que específicamente se quiere lograr con el *criminal compliance* es la precisión efectiva de disminuir, minimizar y mitigar los riesgos de la infracción penal a través de la adopción de diversas medidas preventivas. Para que el *criminal compliance* cumpla la verdadera función de prevención, necesariamente se tienen que cumplir dos requisitos esenciales: el primero debe de hacer eminentemente eficaz el mecanismo de control empresarial para evitar la realización de un delito en el marco de los quehaceres empresariales; y el segundo, no es suficiente que la regulación legal estimule, o disponga la adopción de medidas como un

(21) GARCÍA CAVERO, P., "Compliance y Lavado de Activos", en *Compliance y prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, cit., p. 44.

(22) En este sentido, y en relación con la siniestralidad laboral, vid. O. MORALES GARCÍA: "Comentario a los artículos 316 y 317 del Código penal", en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, Navarra, 2011 (en prensa).

sistema de cumplimiento normativo para la empresa, y son indispensable y muy necesarias las condiciones para que las decisiones resulten económicamente atractivos.

Precisamente el modelo de autorregulación regulada apunta las condiciones para que las empresas tomen la decisión, en razón de un análisis de costo y beneficios, de implementar un programa de cumplimiento normativo⁽²³⁾. Para conseguir estimular tal decisión, lo primero que debe hacerse es elevar la probabilidad de que las empresas puedan verse envueltas en un caso penal, pues solo bajo tales circunstancias el beneficio de contar con el *criminal compliance* será determinante la decisión de implementarlo⁽²⁴⁾. El profesor BACIGALUPO se manifiesta al respecto de la función preventiva del *criminal compliance*, ise le cerraban las puertas! Lo usual era convocar al especialista en derecho penal una vez que el delito se hubiera cometido o, en todo caso, se hubiera abierto una investigación penal por un hecho aparentemente delictivo⁽²⁵⁾. Solo en la medida que se apliquen los programas de cumplimiento normativo penal, podrá cambiar la anterior figura, puesto que el asesoramiento preventivo tendría lugar con anticipación a la imputación penal.

En todo caso, el *criminal compliance* es un mecanismo especial para prevenir la criminalidad, y de implementación de medidas de control de la criminalidad. Se alinea en la idea de implementar departamentos especializados de "*compliance*", que implica medidas de capacitación, información y documentación de los personales, medidas pertinentes de control de bienes y, sobre todo, de los trabajadores, sistemas especiales para informantes, medidas internas para el esclarecimiento de casos de sospecha, medidas para canalizar los informes de sospechas, medidas de control externo por revisores de balances, así como la cooperación entre los controles de la empresa y los controles estatales de la crimi-

(23) GARCÍA CAVERO, P., "*Criminal Compliance*", cit., p. 59.

(24) GARCÍA CAVERO, P., "*Criminal Compliance*", cit., p. 59.

(25) BACIGALUPO ZAPATER, L., "*Compliance*" y *Derecho Penal*, Buenos Aires, 2012, p. 18.

nalidad. Y por ello el influjo directo en el máximo nivel de dirección de la empresa, bajo puntos de vista de técnica organizativa, constituye el medio más efectivo para influir en la política de la empresa⁽²⁶⁾.

b) Función de confirmación de la normativa penal

La adopción de un programa de cumplimiento penal no solo implica el desarrollo de los sistemas de prevención de delitos en el marco de la actividad empresarial, sino que también constituye un elemento de juicio que repercute en la imputación penal por los delitos que, pese a todo, hubiesen podido cometerse⁽²⁷⁾. Por otro lado, el que sea la misma empresa la que detecte y comunique a las autoridades correspondientes el delito cometido, puede conllevar también consecuencias de diversas índoles en la imputación de una pena correspondiente⁽²⁸⁾.

IV. Los programas “compliance” un mecanismo para impedir la criminalidad empresarial

Para el control de la criminalidad empresarial, hay que tomar en cuenta la variedad de los riesgos de la criminalidad y las particularidades de las distintas empresas. No puede haber un panorama detallado de tales programas “preventivo-criminales”⁽²⁹⁾. Hay elementos importantes del *criminal compliance* para neutralizar e impedir la criminalidad de empresas y contra empresas⁽³⁰⁾:

(26) Por eso, en los Estados Unidos, el elemento central de los programas de “compliance” es precisamente la conexión con las personas directivas. Cfr. GRUNER, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, § 14.02 [6][b].

(27) ROTSCH, *HANDBUCH, ACHENBACH/RANSIEK* (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 25; SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y Teoría de Derecho Penal*, KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), p 102.

(28) GARCÍA CAVERO, P., “*Criminal Compliance*”, cit., p. 64.

(29) ULRICH SIEBER, *Programas de “Compliance” en el Derecho Penal de la Empresa*. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, cit., p. 9.

(30) Cfr. sobre las “Sentencing Guidelines” estadounidenses, *United States Sentencing Commission*, 2007, “Federal Sentencing Guidelines Manual” (vigentes desde el 1

- Analizar los riesgos correspondientes de manera específica de la empresa y la comunicación de los objetivos y valores de la empresa que deben ser seguidas y respetadas, y la publicidad de tales disposiciones como procedimiento para los trabajadores;
- Fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio, creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de “compliance”), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa⁽³¹⁾;
- Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, “sistemas de informantes” para la recepción de advertencias anónimas, determinación de la vía encargada de los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de “compliance”, así como eventualmente a las dependencias del Estado) y de los resultados de las investigaciones de los casos de sospecha (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de “compliance”⁽³²⁾;
- La cooperación y colaboración de controladores e inspecciones exteriores en enlace con los programas de “compliance” y su correspondiente análisis;
- Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos;

de noviembre de 2007), art. 8 B2.1 (en: <http://ussc.gov/2007/guid/tabcon07.html> 10 de enero de 2008). Al respect, ver WALISCH, “Organisatorische Prävention gegen strafrechtliche Haftung deutscher Unternehmen und ihrer Leitung nach US-Recht”, 2004, p. 55 y ss., 66 y ss.

(31) ULRICH SIEBER, *Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa*. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, cit., p. 10.

(32) ULRICH SIEBER, *Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa*. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, cit., p. 10.

Es necesario realizar un estudio en el terreno de la Administración de empresas, la Criminología y el Derecho penal, y evaluar en qué medida estos elementos de prevención de la criminalidad de los programas de "compliance" puede ser complementados por otros componentes y, debido a las garantías jurídicas, deben ser limitados. El profesor ULRICH, en una investigación suya, da un contenido respecto al programa de "compliance" para impedir la criminalidad empresarial. Esto depende fuertemente de cada empresa y de su campo de actividades. Los creadores de los programas deben disponer de un suficiente *campo de libertad individual* dentro de la empresa afectada para poder crear una propia concepción de prevención de la criminalidad. Para la efectividad de las correspondientes medidas, también es importante la interacción entre los diferentes sistemas de regulación interna de la empresa y el sistema estatal de prevención de la criminalidad empresarial. Las infracciones a las normas son favorecidas especialmente por un clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que encuentren "soluciones innovadoras", así como por oportunidades para la comisión de delitos⁽³³⁾. Es así que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de "compliance", tiene una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial.

V. Problemas detectados del *criminal compliance*

- a) La evitación de la responsabilidad (*Haftungsvermeidung*).⁽³⁴⁾ El consejo administrativo de la empresa siempre tratará de evitar todo

(33) Cfr. Resumiendo, HEFENDEHL en MSchrKrim 2003, p. 27 y ss.; SIMPSON/PIQUERO, 36 Law & Society Review (2002), p. 509 y ss.; especialmente sobre la prevención a la criminalidad a través de "Business Ethics" ver Bussmann en Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik, tomo 5 (2004), p. 35. Cfr. Price waterhouse Coopers (nota 17), pp. 4, 37 y ss.

(34) Véase BOCK, "Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance", ZIS, (70), p. 68.

tipo de responsabilidad penal desde un inicio, la dirección de una empresa tiene que cimentarse sobre una estructura y organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados. Un concepto de *compliance* dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva⁽³⁵⁾.

- b) Cuando las empresas se dotan a sí mismas de un régimen orgánico empresarial (*Unternehmensverfassung*) tienden a formular, por distintos motivos y en aras a la “best practice” posible, severas exigencias en relación con el comportamiento empresarial adecuado⁽³⁶⁾. Es la propia empresa la que define y asume en un posible castigo imprudente definiendo frecuentemente en ámbitos no legalmente regulados los estándares de diligencia que deben cumplir. Cuanto más alto se fija el estándar de diligencia, más difícil resulta para los trabajadores de la empresa su cumplimiento. Así pues, existe el peligro de que sea la propia empresa la que se autorreglamente penalmente⁽³⁷⁾.
- c) En este mismo terreno, se inicia la pregunta de en qué medida es posible con carácter general influir mediante la regulación empresarial interna en la responsabilidad penal, en el mejor de los casos, también en aras de su evitación. Pues, es precisamente la evitación

(35) ROTSCH Thomas, Augsburg. Criminal Compliance Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, p. 615.

(36) Véase KUHLEN, “Strafrechtliche Haftung von Führungskräften”, en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 11.

(37) Véase KUHLEN en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 26, quien se refiere a lo anterior como un “círculo que se valida a sí mismo”. En este sentido, de forma acrítica (“deseable”), HAUSCHKA/GREVE, “Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können Unternehmen tun?”, *Betriebs-Berater*, 2007, p. 165.

o en su caso la minimización⁽³⁸⁾ de los riesgos de la responsabilidad penal lo pretendido con este tipo de regulaciones. Especialmente en lo que a los delitos dolosos se refiere sigue todavía pendiente una discusión omnímoda⁽³⁹⁾.

- d) En la medida en que el *criminal compliance* refiere el intento de exonerar de responsabilidad penal a los directivos de las (grandes) empresas, éste puede ser entendido como una reacción frontal a la jurisprudencia del BGH⁽⁴⁰⁾ quien de forma tradicional se pregunte por la responsabilidad penal, partiendo de los daños efectivamente acaecidos desde abajo hacia arriba, se queda en algún momento a medio camino en la ramificación de las grandes corporaciones modernas. Estos efectos propios de la irresponsabilidad organizada representan para el BGH precisamente el pábulo de su “cambio de paradigma”⁽⁴¹⁾. La irresponsabilidad organizada, al igual que la

(38) Véase al respecto, arriba (1). Compárese con KUHLEN en MASCHMANN (ed.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht: Mannheimer Arbeitsrechtstag*, 2009, p. 12.

(39) ROTSCH Thomas, Augsburg. *Criminal Compliance Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, p. 616.

(40) Por un lado, BGHSt 37, 106 (“Lederspray”), como consecuencia de la BGHSt 40, 218 (“Mauerschützen”), por el otro, compárese por ejemplo con las siguientes sentencias: BGHSt 40, 257; BGHSt 45, 270; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147 con reseña. ROTSCH, “Wiederholung und Vertiefung im Schwerpunktbereich – Wirtschaftsstrafrecht: Untreue durch Vorstandsmitglieder einer AG zum Nachteil einer abhängigen GmbH” BGHSt 49, 147 (“Bremer Vulkan”), ZJS, (6), 2008, p. 610; BGH NSZ 1997, 544; BGH NJW 1998, 767; BGH JR 2004, 245, con comentario. ROTSCH, “BGH v. 3. 7. 2003 1 StR 453/02 Mittelbare Täterschaft bei unternehmerischer Betätigung; Aufwendungen und Bruttoprinzip beim Verfall”, JR, (6), 2004, p. 248. Sobre todo ello, con detalle, ROTSCH, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einem normativ funktionalen Straftatlehre, 2009, p. 372 y ss., con múltiples comprobaciones adicionales.

(41) ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, 1998, pp. 152 y ss., y 161 y ss. (163). También, “Beiträge – Wissenschaftlicher Mitarbeiter Dr. Thomas ROTSCH, Kiel UNTERNEHMEN, Umwelt und Strafrecht – Atiologie einer Misere (Teil 1)”, Wistra, (9), 1999, p. 325. SCHÜNEMANN, “Unternehmenskriminalität”, en CANARIS/HELDRICH/HOPT/ROXIN/K. SCHMIDT/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, 2000, p. 623 y ss.

responsabilidad desorganizada, recae sobre la propia dirección empresarial. El *criminal compliance* representa un reflejo específico de dicho desarrollo actual⁽⁴²⁾.

VI. Conclusión

Los modelos de *criminal compliance* en los EEUU y Europa imponen líneas ejemplares de actuación como la evaluación del riesgo penal, adopción de protocolos y políticas escritas de prevención, compromiso de los órganos directivos, formación del personal, delegación, supervisión y revisión eficaz, implementación de sistemas disciplinarios, flujo de información dinámico.

El *criminal compliance*, en cuanto a su función de prevención de delitos, debe ser efectivamente aplicado por la corporación, y a la vez tiene que estar dispuesto a la ejecución y acreditación del programa de prevención en el seno de su estructura, en cuanto a la acreditación será en alguna medida documental⁽⁴³⁾. Por este motivo, el análisis de la efectividad de un programa de prevención de delitos debería partir de la siguiente premisa inicial: *la producción del ilícito penal no significa necesariamente que el programa no sea generalmente efectivo en la prevención y detección de la conducta criminal*. Ello permitirá realizar un análisis válido en términos de imputación objetiva sobre la efectividad del *compliance* penal y, en definitiva, sobre la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

(42) ROTSCH, Thomas, "Criminal Compliance", In Dret, revista para el análisis del derecho. Universität Augsburg, Barcelona, enero de 2012, p. 7.

(43) Cuando nos referimos a documentos escritos, se tiene que entender en hojas de formación, registros, manuales, protocolos; estos documentos de máxima relevancia no pueden constituir en sí mismos el programa de prevención, sino una prueba más de su existencia. En otras palabras, la *compliance* penal no puede ser de papel, no puede ser una *commodity*, intercambiable, válido para cualquier empresa y situación, desconectado del caso concreto y resuelto en un simple protocolo por escrito.

El lavado de activos⁽⁴⁴⁾, en esta área, procedería a la aplicación de medidas de *compliance* ya previstas que medien la regulación UIF y los PLAFT, en caso de que la sociedad sea considerada sujeto obligado en ese ámbito, por razón de su objeto social.

Delitos Ambientales derivados de la actividad productiva: también en esta materia procedería la aplicación de las medidas de *compliance* ya existentes en la profusa normativa administrativa medioambiental estatal, autonómica y local.

En los últimos tiempos, viene surgiendo una tendencia, especialmente en los ordenamientos anglosajones⁽⁴⁵⁾, a equilibrar el refuerzo negativo (infracciones + sanciones = tolerancia cero) con sistemas de

⁽⁴⁴⁾ La primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N° 1106 establece que las instituciones sometidas a control de Superintendencia de Banca y Seguros y Administraciones Privadas de Fondos y Pensiones, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones se produzcan el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de la minería ilegal, así como de cualquier actividad de crimen organizado o destinados a su financiamiento, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones con fondos vinculados a las mismas.

Los sujetos obligados establecidos a través de la Ley N° 27693 deberán reportar, bajo responsabilidad, de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Inteligencia Financiera, cualquier información valiosa del manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o característica no guardan relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas pueden conducir razonablemente a sospechar que se está utilizando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiamiento.

⁽⁴⁵⁾ La "Consultation on guidance about commercial organisations preventing bribery (section 9 of the Bribery Act 2010)" publicada por el Ministerio de Justicia del Reino Unido, vid. nota 36 anterior, prevé entre las medidas para asegurar el cumplimiento de los programas anticorrupción, premiar a los empleados con complementos variables de su salario basados en la evaluación de su cumplimiento normativo ("performance appraisals"). Vid. también en ese sentido: J. M. KAPLAN: "The first world on compliance incentives", en *The FCPA Blog*, 19 de enero de 2011 (<http://www.fcpablog.com/blog/2011/1/19/thefirst-word-on-compliance-incentives.html>).

refuerzo positivo que premien a aquellos empleados que han acreditado un elevado grado de cumplimiento de las obligaciones de prevención penal.

Esto también se ve confirmado por los resultados arriba mencionados de la investigación empírica realizada por *Pricewaterhouse Coopers*, según la cual, a nivel mundial el 38% de las empresas con reglas éticas y programas de "*compliance*" fue víctima de delitos económicos, mientras que en el grupo comparativo lo fue el 54%⁸³. Estos resultados son notables, porque en las empresas sin programas de *criminal compliance*, debido a sus reducidas medidas para descubrir los hechos, la cifra oscura debe de ser comparativamente mayor que en las empresas con medidas de *criminal compliance*. Por ello, junto con los conocimientos mencionados de la investigación criminológica, estos datos constituyen otro indicio de que los programas apropiados de ética y *compliance* contrarrestan la violación normativa.

La normativización del tipo subjetivo como imputación de conocimiento a título de dolo

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN (*)

I. Introducción

En una muestra de genialidad y clarividencia que sólo a los grandes se les puede ocurrir, el maestro muniqués, ROXIN, sentenció no hace mucho lo siguiente: *“El dolo no constituye un dato (factum) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez”*⁽¹⁾

A partir de esta idea, que concuerda con el programa de normativización de las categorías jurídico-penales, aquí en el ejemplo de la imputación de conocimiento a título de dolo, hemos de relieves que para imputar un conocimiento justamente como dolo no es necesario hurgar en la cabeza del autor, ni interpretar su universo subjetivo interno, sino, todo lo contrario, lo obligado es someter a valoración los elementos externos concurrentes a la acción que dan sentido de ilicitud al contexto

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) ROXIN, Claus, Prólogo a la magnífica obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 33 (subrayado añadido).

delictivo. El juicio de tipicidad se configura así como el proceso valorativo de subsunción o adecuación de una determinada conducta humana a la hipótesis contenida en un tipo penal⁽²⁾, donde el primer nivel de análisis se conforma por la subsunción de un hecho en el tipo objetivo –entiéndase como la obra del autor⁽³⁾–, pero el juicio de subsunción no se agota en esta fase. En un procedimiento directamente unido al anterior, o segundo nivel de valoración, corresponde la imputación de un determinado conocimiento a la conducta objetivamente adecuada al tipo penal, con la particularidad que el contenido de dicho conocimiento no es el mismo de la subjetividad inherente del sujeto que actúa u omite, sino más bien está dado por la exteriorización u objetivación de la subjetividad concretada por el autor en el hecho.

En ello radica precisamente que un Derecho penal respetuoso de las garantías fundamentales del Estado de Derecho fundamenta en el principio de culpabilidad y la consiguiente proscripción de la responsabilidad objetiva⁽⁴⁾, la ineludible exigencia de constatar un elemento subjetivo normativamente relevante para poder afirmar plenamente la tipicidad de un comportamiento⁽⁵⁾. Esta exigencia se erige en una garantía para el ciudadano en tanto marca el límite del Derecho penal en el plano de lo subjetivo, de suerte que no le está permitido al Estado inmiscuirse en el ámbito privado de las personas ni reprimir meros pensamientos por más indecorosos o viles que éstos puedan ser. Lo que

(2) Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima 2006, p. 296.

(3) BACIGALUPO, Enrique, "Problemas actuales del dolo", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 65; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004, p. 13; ASIMISMO, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 114, nota 234; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 448.

(4) Art. VII, Título Preliminar, CP: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva."

(5) GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p. 391.

trae a colación completar estas líneas introductorias con el pensamiento de otro grande: JAKOBS, para quien “cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe”(6). Este es el sentido incuestionablemente vigente de la máxima *cogitationis poenam nemo patitur*: ¡el pensamiento no delinque!

El Tribunal Constitucional sostiene al respecto que “el principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado (...), de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa”(7). En esta línea argumentativa, resulta claro que no cualquier forma o manifestación del pensamiento o conocimiento humano puede configurar ese componente subjetivo indispensable para el juicio de tipicidad, sino sólo aquellos que el Derecho penal reconozca válidamente como una exteriorización relevante del fuero interno de la persona. Y tales formas de la subjetividad humana, de acuerdo al art. 12 CP(8), sólo pueden ser el *dolo* o la *culpa*, cuya determinación —en vista de que el Código penal, a diferencia de otras legislaciones, no ofrece una definición

(6) JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. de Enrique Peñaranda Ramo, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 297, agrega: “Por tanto, la regla «*cogitationis poenam nemo patitur*» es tan sólo una de las concreciones del principio general de que los asuntos exclusivamente internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social. *De internis non judicat praetor*. A este respecto, lo interno carece de un límite preestablecido, cuasi natural, por donde discurre el límite entre lo externo y lo interno es algo que se decide de un modo diferente según la concepción que se tenga de la sociedad y, dentro de una misma sociedad según el ámbito de que se trate, pero en todo caso sin una dependencia forzosa de circunstancias perceptibles por los sentidos”.

(7) Sentencia recaída en el Exp. N° 014-2006-AI/TC, F.J. 25 y 26.

(8) “Artículo 12°. *Delito doloso y culposo*. Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”

acabada o concreta sobre dichos elementos— requiere de un proceso valorativo y analítico. Este proceso se conoce como *imputación subjetiva*.

II. Orden metodológico: la imputación objetiva como juicio previo a la imputación subjetiva

El proceso que conlleva la imputación jurídico-penal para poder ofrecer soluciones coherentes a casos prácticos requiere necesariamente de un orden metodológico que guíe el análisis jurídico a fin de determinar la tipicidad de una conducta. Este orden de análisis responde particularmente al significado social que para el Derecho penal debe reunir toda conducta sometida a su ámbito de enjuiciamiento al superar los límites de lo jurídicamente tolerado —el riesgo permitido—, de modo que si ya de antemano determinado comportamiento no representa ninguna alteración del orden social jurídicamente protegido, ni implica la defraudación de ciertas expectativas que el Derecho penal estima esenciales para la convivencia social pacífica, esto es, no altera el espacio del riesgo permitido, carece de toda relevancia e interés indagar el aspecto subjetivo de quien realizó dicho comportamiento y, por ende, atribuir cierto sentido al conocimiento⁽⁹⁾.

Esto significa que el orden de análisis más congruente comienza por determinar en primer lugar la tipicidad objetiva, y, sólo una vez superada esta fase de la imputación, es posible pasar al siguiente nivel, para el análisis de la tipicidad subjetiva⁽¹⁰⁾. Dicho en una forma más sencilla: el juicio de tipicidad comienza con el análisis acerca de si una determinada conducta ha superado los límites de lo jurídicosocialmen-

⁽⁹⁾ Por ello, y con evidente razón, JAKOBS sostuvo hace ya varios años que "una conducta que sólo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena", cfr. JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 302.

⁽¹⁰⁾ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 113 y ss.

te aceptado como riesgo permitido para luego pasar recién a abordar la imputación subjetiva, en los términos que más adelante se expone. Sostener un orden inverso, es decir, anteponer el análisis de lo subjetivo al del aspecto externo de la conducta conlleva sin duda a consecuencias absurdas y arbitrarias en la práctica. Así, por ejemplo, ¿castigamos penalmente al médico que, actuando con el más estricto y escrupuloso respeto de la *lex artis*, realiza una intervención quirúrgica *deseando* la muerte de su paciente gravemente enfermo que, en efecto, termina falleciendo tras la operación? Al anteponer el análisis subjetivo y colocar el enfoque en los viles deseos del médico, una solución consecuente con dicho orden metodológico afirmaría sin más que el profesional de la medicina debe responder penalmente por el delito de homicidio en grado de tentativa cuanto menos si el paciente sobrevive a la operación quirúrgica. Lo mismo podría afirmarse respecto del boxeador que con ánimo homicida, pero actuando reglamentariamente, ataca a su contrinicante⁽¹¹⁾. Y, trasladando este razonamiento al ámbito de los delitos contra la administración pública, carecería igualmente de sentido afirmar la responsabilidad penal del funcionario público que, aun con intención de obtener algún provecho económico, sostiene conversaciones o acercamientos legalmente permitidos con un particular en torno a un proceso de contratación estatal⁽¹²⁾. La respuesta en todos los casos es la misma: los deseos, los pensamientos, las representaciones internas no fundamentan *per se* el juicio de imputación subjetiva.

(11) Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Themis, Bogotá 1996, p. 95 y ss.

(12) Como lo señala acertadamente ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 413: "Es natural a la lógica de toda contratación o negociación que exista en mayor o menor grado acercamientos, conversaciones o concertaciones para afinar y definir los términos de entendimiento contractual, conforme a las bases administrativas prefijadas en la ley y el reglamento". De hecho, normas como la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (Ley N° 28024) sirven para establecer la frontera entre los actos de gestión permitidos (orientados a influir en una decisión pública) y los pactos confabulatorios o clandestinos. De allí que resulte claro que la concertación típica propia de la colusión sólo puede realizarse al margen de lo jurídicamente permitido.

Este tipo de situaciones refleja la necesidad de empezar el examen de la tipicidad por el lado objetivo de la conducta, que sólo puede verse superado si se constata *objetivamente* el quebrantamiento de un rol, de un deber de garantía, o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber concretado en un ámbito de competencias de la persona, superando de este modo los límites del riesgo permitido. Sólo de esta manera se garantiza que el Derecho penal no invada la esfera más íntima del ciudadano, y, en consecuencia, no reaccione ante meras representaciones, deseos o anhelos, más allá de su valoración específica como malintencionados, viles o perversos, los que pueden ser censurables desde una perspectiva moral, pero en modo alguno desde un punto de vista jurídico⁽¹³⁾.

Al Derecho penal sólo le atañe *imputar* una determinada subjetividad, el orden normativo jurídico-penal construye y atribuye un sentido de relevancia al conocimiento después de constatar la existencia de una conducta que exceda los límites de lo tolerado por las reglas de convivencia social institucionalizadas normativamente –campo de lo objetivo–; de suerte que ya no tendrá el más mínimo sentido efectuar algún juicio de imputación subjetiva, sea a título de dolo o culpa, si el comportamiento enjuiciado no perturba el orden jurídico-social. Una conducta que goza de reconocimiento social no admite preguntas ni intervenciones sobre el fuero interno del actuante. Por estas consideraciones, no cabe duda alguna de que el tipo objetivo es el sustrato u objeto de referencia del tipo subjetivo⁽¹⁴⁾.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en esta misma línea argumentativa al relieves “que, por otro lado, en cuanto a la tendencia psicológica del encausado a evadir su responsabilidad penal, ésta

(13) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 1998, p. 83 y ss.; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 7 (2006), p. 247.

(14) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 93: “Sólo mediante una correcta determinación previa del alcance del tipo correspondiente es posible imputar un hecho a título de dolo”.

deviene en irrelevante por haberse probado que el hecho objetivamente carece de relevancia penal, por lo que *la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada*, por lo que la absolución dictada a su favor se encuentra acorde a Ley⁽¹⁵⁾. Existe también una sentencia del subsistema anticorrupción en la misma dirección: “en cuanto al tipo subjetivo, esto es, se requiere que el sujeto activo del delito actúe con ‘dolo’. En el presente caso el tipo penal exige que la conducta sea dolosa y una de las características de la imputación subjetiva, es la atribución del sentido normativo del conocimiento: el único conocimiento válido que interesa al Derecho penal, no es otra cosa que lo que el actuante ‘debía saber’, ‘debía conocer’ en el contexto social de su acción, no lo que ‘sabía’ o lo que ‘conocía’; cuando este es el criterio determinante, la imputación subjetiva completa su contenido como atribución de un sentido normativo al conocimiento configurador del tipo penal”⁽¹⁶⁾.

En virtud de lo acabado de esbozar, sólo cabría preguntar –retomando los ejemplos mencionados– si el médico actuó con dolo o culpa, siempre que previamente se hubiese determinado que la operación quirúrgica se llevó a cabo en inobservancia de las reglas técnicas que le impone su profesión (*lex artis*); o que el boxeador infringió primero los límites establecidos por el reglamento correspondiente; o que los acercamientos entre el funcionario público y el particular superaron los límites de lo jurídicamente tolerado para devenir en una concertación típica del delito de colusión (art. 384 CP). Todas estas consideraciones, sin duda, refuerzan el orden metodológico aquí resaltado que ha de guiar el juicio de imputación objetiva y subjetiva, y que lo ratifican

(15) Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO), considerando cuarto, el subrayado ha sido agregado.

(16) Sentencia del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, Exp. N° 0005-2011-Lima, de 21 de diciembre de 2011 (juez penal LEÓN VELASCO), fundamento jurídico N° 18.1.4, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 712.

como el más prolífico para explicar la relación armónica existente entre el Derecho penal y la sociedad⁽¹⁷⁾.

III. El carácter normativo del conocimiento penalmente imputable

1. Planteamientos dogmáticos de solución: los graves inconvenientes de una visión psicologicista

La determinación de los elementos que conforman el lado subjetivo del tipo no ha sido una cuestión pacífica que haya sido solventada de manera unívoca e indiscutida en el Derecho penal, al punto que aún hoy subsisten planteamientos de sustratos marcadamente diversos para definir el fundamento de la imputación subjetiva. En la dogmática jurídico-penal, se han esbozado diversas teorías para concebir y dar contenido a la faceta subjetiva que completa el juicio de tipicidad. Estos planteamientos se pueden dividir en dos grandes grupos⁽¹⁸⁾; por un lado, las teorías *psicologicistas*, que parten de una concepción naturalista del mundo y llevan ese razonamiento al ámbito del Derecho penal, para concluir que la imputación subjetiva ha de verificar la psique del actuante y determinar la existencia de ciertas representaciones mentales para configurar la imputación subjetiva. Y, por otro lado, se encuentran las teorías *normativistas* que, partiendo de una premisa totalmente distinta, entienden que el conocimiento que le interesa al Derecho penal no es un dato psíquico que se halla en la mente del autor, sino que es el resultado de una atribución de sentido normativo a una forma del conocimiento humano.

(17) A este respecto, JAKOBS se refiere a la "dependencia recíproca", en virtud de la cual "cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales (...) del mismo modo que a la inversa el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles". Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996, p. 22 y ss.

(18) Cfr. en lo que sigue, CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 236.

Para las teorías psicologicistas, el conocimiento juridicopenalmente relevante no es más que un fenómeno psicológico, en tanto proceso efectivamente ocurrido en la mente del autor, que debe averiguarse en el curso del proceso penal⁽¹⁹⁾. Por tanto, para esta forma de concebir la imputación subjetiva, el conocimiento penalmente relevante constituye una realidad pretérita, un fenómeno psíquico existente en el momento en el que se llevó a cabo la acción típica y que el juez debe tratar de reconstruir. A partir de esto, se revelan algunos inconvenientes derivados de la visión extrajurídica a partir de la cual conciben la imputación penal.

Como se dijo, al trasladar la visión del mundo natural al ámbito del Derecho penal, la óptica psicologicista confunde el plano naturalístico con el normativo, que es el que realmente le interesa a la imputación subjetiva. Por tal razón, al tratar al conocimiento humano como un simple dato psíquico que debe ser acreditado en el proceso penal, surge inmediatamente la pregunta de cómo llevar a la práctica semejante cometido, esto es, demostrar una determinada representación mental existente al momento en que se produjo la acción delictiva. Ciertamente el juez penal no tiene la capacidad ni la formación para leer la conciencia de las personas o para aproximarse a su contenido, de modo tal que pueda determinar con certeza qué fue lo que se representó en su mente o quiso el autor al momento de actuar: ¡Nadie lleva un espejo en el pecho que refleje sus pensamientos!⁽²⁰⁾.

(19) RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 205.

(20) En una síntesis de lo proclamado por el penalista alemán ZACHARIÄ en 1836, citado por JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", cit., p. 303. El pensamiento completo de ZACHARIÄ es el siguiente: "El juez, frente a todo el que entrase en una farmacia y demandase un veneno o frente a cualquiera que comprase un arma o se hubiese procurado escalas o sogas, estaría autorizado a inquirir si esto no habría ocurrido con la intención de perpetrar un delito y a intervenir en otros muchos casos de una forma escandalosa en la vida de los ciudadanos. Ciertamente quien tenga al Estado por una prisión que ha de obtener la moralidad por la fuerza y lamente de algún modo que no lleve cada hombre en el pecho un espejo que refleje y capture sus pensamientos para hacer reconocible cualquier pensamiento inmoral y poder así castigarlo, encontrará agrado en declarar punible

En un plano práctico, estos problemas se muestran aún más evidentes, pues en orden a satisfacer las exigencias procesales inherentes a la convicción judicial y al principio *in dubio pro reo*, es indispensable alcanzar el grado de certeza sobre un hecho para considerarlo probado. Sin embargo, resulta difícilmente explicable que el convencimiento del juez pueda garantizar la identidad del contenido de esa convicción y lo que efectivamente pasó por la mente del autor, considerando que los conocimientos científicos y la experiencia sólo alcanzan a estimar *probable* la existencia de un hecho⁽²¹⁾. En suma, una visión psicologista de la imputación subjetiva está destinada al fracaso cuando se pone a prueba su capacidad de rendimiento a un nivel de aplicabilidad práctica⁽²²⁾.

2. La concepción normativista y sus ventajas en un plano práctico

Las consideraciones acabadas de explicar son suficientes para abandonar la estrecha visión que sobre juicio de imputación subjetiva y del Derecho penal en general tienen las tesis de corte psicológicas y correlativamente permiten optar por una postura más acorde con la función de estabilización social que cumple el Derecho penal. Una perspectiva normativista parte de que el conocimiento penalmente relevante no es apreciado como un simple fenómeno psicológico que deba ser hurgado en la mente del autor ni, por ende, averiguado o dilucidado por el juez penal: *los datos psíquicos por sí mismos no tienen ninguna relevancia para*

cualquier posible indicio de la voluntad delictiva. ¡Ojalá, sin embargo, que nunca encuentren aplicación positiva semejantes principios!

(21) RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 266; agrega, p. 272: "una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso". (Subrayado en el original).

(22) Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 422: "una verificación de intenciones subjetivas del autor no puede ser solventado por el Derecho penal".

el Derecho penal⁽²³⁾. Pues lo que realmente interesa al Derecho penal es atribuir un sentido normativo a ese dato subjetivo, es decir, “atribuir externamente una determinada actitud al agente”⁽²⁴⁾, a partir de determinados elementos del contexto de actuación del autor. Esto supone una operación inversa a la de las tesis psicologicistas: mientras según éstas la determinación de lo subjetivo va desde el fuero interno (psíquico) hacia la conducta (y así determinar si el autor obró con dolo o culpa), la visión normativista parte de lo externo de la conducta para imputar un conocimiento a la mente del autor⁽²⁵⁾.

En ese sentido, habida cuenta de la evidente falta de una definición legal de dolo o culpa, es tarea de la dogmática jurídico-penal perfilar los contornos y contenido conceptual de tales elementos⁽²⁶⁾, despojándolos de criterios ajenos al Derecho que solamente complican el juicio de imputación subjetiva y generan márgenes inadmisibles de inseguridad jurídica. Al encomendar al juez la titánica tarea de probar un hecho psíquico, se confía a la *convicción judicial* la decisión final sobre su prueba, es decir, se hace depender la resolución del caso en última instancia de un criterio puramente subjetivo. Como sostiene RAGUÉS I VALLÈS: “La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teóri-

(23) CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo/ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 75; CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 242; TÁMBIEN, *Dogmática penal aplicada*, Ara Editores, Lima 2010, p. 36 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 52.

(24) CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, cit., p. 61.

(25) Cfr. HRUSCHKA, Joachim, “Sobre la difícil prueba del dolo”, trad. de Ramón Ragués i Vallès, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4 (2003), p. 161; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 323 y ss.; asimismo, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, p. 19 y ss.; VOLK, “Concepto y prueba de los elementos subjetivos”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3 (2002), p. 411 y ss.

(26) CARO JOHN, *Dogmática penal aplicada*, cit., p. 40.

co que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional”(27).

Por esta razón, la atribución de un sentido penalmente relevante al conocimiento se rige por determinados criterios *normativos* que dotan de seguridad jurídica a la resolución de casos prácticos, teniendo en cuenta la particular trascendencia que tiene el juicio de imputación subjetiva y la consiguiente determinación del dolo o la culpa, según corresponda, pues no sólo el tipo culposo tiene contemplado siempre una pena inferior al doloso, sino que en muchos casos la ausencia de dolo determina la impunidad de la conducta, al no prever la ley penal expresamente una modalidad imprudente(28).

Si bien los criterios que rigen el proceso de atribución del *conocimiento penalmente relevante* serán desarrollados más adelante a propósito del tipo doloso y culposo, cabe aquí esbozar algunas de las importantes particularidades y consecuencias que trae consigo una concepción normativa de la imputación subjetiva. Como se ha señalado, una concepción normativista determina la relevancia penal de lo subjetivo a partir de una visión que va desde lo *externo* hacia lo *interno*: lo *externo* aquí se configura por el significado social perturbador de la conducta específica, y lo *interno* por el sentido normativo que se atribuye al conocimiento(29). Precisamente aquí radica la importancia de adoptar el orden de análisis ya reseñado precedentemente, consistente en verificar primero si una conducta adquiere un significado socialmente perturbador, para luego pasar a determinar si dicha conducta se imputa a título de dolo o culpa a quien la realizó.

(27) RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 270 (cursivas en el original).

(28) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

(29) CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 247.

El mérito de una postura normativista estriba en la determinación de lo que se ha venido denominando como conocimiento penalmente relevante, que no es sino el conocimiento concreto que el sujeto *debía tener* o, lo que es lo mismo, que *se espera* que tenga en el contexto social específico de su actuación. Así, en contraposición a las tesis de corte psicológico, a la imputación subjetiva desde una perspectiva normativista le interesa desde un comienzo lo que el actuante “debía saber” y no lo que meramente “sabía” o “podía conocer” al momento de actuar. Aquí precisamente radica el carácter *normativo* de esta forma de concebir la imputación subjetiva, pues para la determinación de lo que en un plano subjetivo es relevante para el Derecho penal, es necesario atribuir cierto conocimiento al sujeto que actúa (no constatarlo en su psique)⁽³⁰⁾, un conocimiento que en el contexto de interacción en que se desarrolla esa actuación estaba obligado a tener. En otras palabras, determinar si era competente para conocer la relevancia jurídica de su proceder; se trata, por tanto, de *competencias de conocimiento*.

Esto tiene la inexorable consecuencia de que *el conocimiento jurídicopenalmente relevante para la imputación subjetiva no se verifica, ni se averigua, sino, se imputa*. De allí que la imputación subjetiva se defina como la atribución al autor, en atención a su esfera de competencia en un contexto social determinado, del conocimiento necesario para evitar defraudar las expectativas sociales penalmente garantizadas⁽³¹⁾.

(30) RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 275: “las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo” (cursivas en el original). En ese sentido, asimismo, cfr. VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 95, II, 2008, p. 15.

(31) GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 477; RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 21, para quien esta definición corresponde a un tercer modelo, distinto, por un lado, al modelo del ‘hombre medio’ (que advierte y prevé todos los peligros relevantes) empleado por un sector doctrinario en el ámbito de la imputación objetiva; y, por otro lado, al modelo utilizado en sede de culpabilidad, en el que se tiene en cuenta al imputado de forma individual, con todas sus anomalías y limitaciones personales.

Estos argumentos han recibido una aplicación práctica en la jurisprudencia del subsistema anticorrupción: “en el ámbito de la imputación subjetiva (...), el dolo es entendido como atribución al conocimiento en sentido o en clave normativo o ‘conocimiento de la acción junto con sus consecuencias’. Este conocimiento es respecto de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido. En este sentido, el dolo se configura solamente como el conocimiento de probabilidad de aparición del riesgo, lo que genera el deber de evitación, expresado como un deber de no emprender la acción riesgosa. En síntesis, una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni verifica, sino que se imputa. Pero además que esta imputación no depende de indicadores externos al Derecho penal, sino que se materializa a través de criterios jurídico-penales. Si el delito se define como la infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor”⁽³²⁾.

IV. Irrelevancia de los conocimientos especiales para la imputación subjetiva

La adopción de un modelo de Derecho penal que prescinde de cualquier referencia psicológica para la determinación del conocimiento penalmente relevante tiene importantes consecuencias prácticas. Particularmente, los denominados *conocimientos especiales* constituyen un tópico en que se ponen de manifiesto las evidentes e insuperables dificultades que trae consigo una visión psicologicista de cara a explicar de

(32) Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anti-corrupción, Exp. 00034-2011, de 20 de septiembre de 2011 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 7.4, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 577.

un modo mínimamente razonable la imputación subjetiva⁽³³⁾. La cuestión a establecer es si los conocimientos que van más allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, aquellos que superan el conocimiento estandarizado, situándose por fuera de las fronteras de un rol determinado, pueden fundamentar o tener alguna consecuencia jurídica en el juicio de imputación.

Para dar una respuesta dogmáticamente coherente a esta cuestión debe partirse por las competencias de conocimiento a las que se hizo referencia líneas arriba, esto es, al *deber de conocer* que le impone al sujeto la posición específica que ocupa en el contexto social concreto de interacción donde se desenvuelve. Ese deber de conocer no viene dado de forma genérica e inmutable para todas las personas e interrelaciones sociales posibles, sino que adquiere un contenido particular y se perfila en función del contexto del contacto social en concreto. Es decir, las competencias de conocimiento se configuran siempre de modo contextualizado⁽³⁴⁾.

A título de ejemplo, cabe preguntar si debe responder penalmente como cómplice del delito de malversación de fondos, el empresario que realiza una donación de dinero a una institución pública, aun cuando *sabe* que los funcionarios de la misma utilizan el dinero para fines personales; o si debe ser castigada como cómplice de peculado la secretaria que se limita a tramitar unos cheques firmados por el funcionario público encargado de administrar los caudales de una entidad pública, aun *sabiendo* que este último suele apropiarse sistemáticamente de ellos. El rasgo común de estos supuestos, como se aprecia, es que tanto el em-

(33) Cfr. el magistral trabajo de RUIZ LÓPEZ, Carmen Eloísa, *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 202.

(34) Cfr. JAKOBS, Günther, "Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1 (2000), p. 143; CANCIO MELIÁ, "¿Crisis del lado subjetivo del hecho?", RAGUÉS I VALLÈS, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 21; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 54, 191 y ss.

presario como la secretaria tienen conocimiento de que su aporte será empleado por otro para fines delictivos.

Estos ejemplos aportan precisamente los elementos que resaltan las diferentes consecuencias que traen consigo una concepción normativa que imputa el conocimiento sobre la base de lo que el sujeto *debía conocer*; y, un enfoque psicologicista, por el cual el conocimiento penalmente relevante no es más que un dato naturalístico a constatar en la mente de la persona. Resulta claro que el comportamiento realizado en los ejemplos propuestos responde simple y llanamente a una actividad cotidiana y socialmente estandarizada, que en sus respectivos contextos adquiere, por lo mismo, un significado neutral, ajustado a Derecho. Por ello, en un sentido penalmente relevante dichas personas no pueden ser consideradas como parte de esa comunidad delictiva a la cual se hallan tan sólo psíquica y causalmente conectadas. Mejor dicho, no pueden ser calificadas jurídicamente como cómplices, aun cuando posean ciertos conocimientos especiales —conocimientos excedentes al rol—, pues éstos, en el escenario concreto de actuación, no son más que datos psíquicos irrelevantes para el juicio de imputación penal. Sostener lo contrario conllevaría a penalizar todo lo que las personas saben y se representan, con lo cual un Derecho penal sometido a una visión psicologicista se convertiría peligrosamente en un orden normativo que castiga al ciudadano diligente y premia al ciudadano dejado: más le valdría entonces al ciudadano abocado a una actividad cotidiana ir por la vida como un auténtico ignorante, o como un “burro”, sin saber ni enterarse de nada, porque, por saber un poco más de lo que realmente debería saber, puede terminar en la cárcel⁽³⁵⁾.

Todas estas afirmaciones se basan en la existencia de espacios de libertad jurídicamente reconocidos a todo ciudadano en la actividad, profesión u oficio (art. 20, inc. 8 CP) que desempeñan de forma cotidiana, en tanto concreción de su derecho a la autodeterminación, con-

(35) Cfr. CARO JOHN, “Imputación subjetiva”, cit., p. 241.

sagrado como derecho fundamental en la Constitución Política⁽³⁶⁾. Es evidente, pues, que el Derecho penal no puede castigar la realización de un derecho fundamental.

Sin embargo, retomando los ejemplos del empresario y la secretaria acabados de mencionar, alguien podría preguntarse: ¿El “conocimiento” que tienen ambas personas no reúne relevancia alguna para la imputación penal? ¿Es que acaso ellos no han favorecido de algún modo la comisión de un delito? La respuesta debe ser *negativa* para ambas interrogantes.

En relación a la *primera* pregunta, porque ese “conocimiento” no es más que un dato meramente psicológico, un conocimiento que, completamente ajeno al ámbito de competencias de los actuantes, no les es jurídicamente exigible en el específico contexto de interacción social en que realizan su aporte. La sociedad no espera ni exige, pues, que los empresarios caritativos sepan las cualidades morales de los funcionarios que administran el dinero que donan, ni qué van a hacer con él; ni tampoco que una secretaria encargada de hacer decenas de trámites documentarios al día, conozca o supervise la forma como su jefe maneja los fondos públicos que se le han confiado. Vale decir que se trata de una representación mental, como muchas otras que acompañan a cada momento a las personas en su vida cotidiana, que, como dato psíquico, carece de relevancia penal en la medida en que el actuante no tiene el deber jurídico de conocerlo ni aplicarlo en dicho contexto⁽³⁷⁾. En este

(36) Artículo 2°. Derechos fundamentales de la persona: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su *libre desarrollo de la personalidad* (...)”.

(37) Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 58 y ss., 83 y ss.; asimismo, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en ídem, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 214 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 113 y ss.; CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, p. 46 y ss.

lugar, la afirmación de JAKOBS alcanza una fuerza demoledora: “un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica”⁽³⁸⁾.

En cuanto a la *segunda* pregunta, sería un total contrasentido declarar una conducta imputable penalmente solo en función de los datos psíquicos que internamente reúna el agente cuando externamente dicha conducta posee el significado de neutro o de socialmente adecuado. Ni a la secretaria ni al empresario de los ejemplos propuestos les son juridicopenalmente exigibles –en sus respectivos contextos sociales– un “deber de conocer” acerca de los fines ilícitos que perseguían los funcionarios públicos con los que se interrelacionaron, puesto que, aun conociéndolos, la solución siempre será la misma: sus conductas no reúnen el sentido de favorecimiento a un delito, carecen de relevancia penal en vista de que no superan los límites del riesgo permitido. Los conocimientos especiales resultan ajenos al rol que desempeñan los actantes en el contexto concreto de la interacción social.

Los conocimientos especiales carecen de fuerza normativa tanto para configurar una comunidad delictiva como para adaptar la conducta del actante cotidiano a una comunidad delictiva existente⁽³⁹⁾. En los ejemplos señalados, la comunidad delictiva creada por los funcionarios públicos sólo a ellos vincula, mas no así al empresario ni a la secretaria. Aquí opera en toda su amplitud, como ya se podrá advertir, la *prohibición de regreso*. Ambos actores no han favorecido la comisión de delitos contra la administración pública, sin duda, no desde un punto de vista *normativo*, único relevante para el Derecho penal. Podría sostenerse, por el contrario, que sí hubo tal favorecimiento en un plano causal-naturalístico o psicológico-naturalístico; sin embargo, ello resulta totalmente irrelevante para el juicio de imputación penal.

⁽³⁸⁾ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 60.

⁽³⁹⁾ Cfr. CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, cit., p. 58 y ss.

Una rápida constatación de los sucesos reales acaecidos cotidianamente muestra la capacidad de rendimiento que exhibe la postura que opta por la irrelevancia de los conocimientos especiales como fundamento del juicio de imputación subjetiva. Esto se puede apreciar con notoriedad en la aplicación práctica de estos planteamientos, como es el caso de una sentencia de la Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, donde se reconoce que los conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal en la medida que no son alcanzados por el deber jurídico: “en relación a los conocimientos especiales, según la teoría de la imputación objetiva es irrelevante el conocimiento especial, lo importante es establecer si existe el deber de saber o de indagar (...), los conocimientos pertenecen al rol en que actúa y no es posible desvincularse de ellos; solo en la medida que el conocimiento se ajuste con el rol, es decir, si dentro de las expectativas que lo integran se incluye la de ‘deber saber algo’ se puede fundamentar que se deba utilizar ese conocimiento para evitar un determinado resultado”⁽⁴⁰⁾.

Una noticia difundida en los medios de comunicación dio cuenta que un presunto delincuente con amplio prontuario delictivo fue capturado por la policía, luego de haberse sometido a una operación quirúrgica para adelgazar y poder así dificultar su identificación y detención por parte de las autoridades competentes⁽⁴¹⁾. Cabría preguntarse en este contexto: ¿Debe responder penalmente por delito de encubrimiento personal el médico que llevó a cabo el procedimiento quirúrgico, aun cuando se haya enterado por las noticias periodísticas que su cliente era un delincuente prontuarioado? En la medida en que se entienda que el acto médico practicado constituye un servicio es-

⁽⁴⁰⁾ Sentencia de Segunda Instancia, Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción, Exp. 00054-2011, de 7 de noviembre de 2012 (ponente CASTAÑEDA OTSU), fundamento 18, en CASTAÑEDA OTSU, *Jurisprudencia seleccionada del Subsistema Anticorrupción*, p. 472.

⁽⁴¹⁾ Puede verse más detalles sobre esta noticia en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1506082/noticia-gordo-tobi-fue-capturado-mancora-operarse-bajar-peso> (consulta: 7 de diciembre de 2012).

tandarizado que se puede obtener en cualquier otra parte, la respuesta habrá de ser *negativa*.

Precisamente en este orden de consideraciones radica la plena congruencia de una concepción normativista con la función social que ha de cumplir el Derecho penal, pues en tanto sistema social, éste no puede entorpecer ni estar de espaldas a los contactos sociales anónimos que caracterizan a la sociedad moderna. En definitiva, un dolo psíquico no ofrece respuestas coherentes cuando es indispensable delimitar ámbitos de responsabilidad en este tipo de contactos sociales en los que, como ya se adelantó, las simples representaciones o pensamientos, por su carácter ilimitado y, por ende, difícilmente determinables, no pueden dar sustento a la imputación subjetiva. De allí que, como lo señala FEIJÓO SÁNCHEZ, los conocimientos especiales sólo adquieren relevancia para el tipo penal cuando van referidos a un hecho objetivamente desvalorado por la norma⁽⁴²⁾; mejor dicho, sólo es exigible su aplicación cuando una norma así lo dispone, aunque en este supuesto ya estamos ante un conocimiento *normativo*, perteneciente a un rol determinado, ajeno por completo al conocimiento psíquico *per se* intrascendente para el Derecho penal.

V. El dolo

1. Contenido del dolo

Aquí se parte de una premisa fácilmente deducible de los anteriores apartados y que está referida al contenido del dolo: éste se halla conformado solamente por el conocimiento, de manera que para afirmar su existencia basta con imputar al sujeto el conocimiento necesario para que reconozca los riesgos implícitos a su conducta y las consecuencias

⁽⁴²⁾ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 114. Este autor sostiene que, correlativamente, los "desconocimientos especiales" constituyen un problema relacionado con el riesgo permitido y no con la intención del autor (p. 117).

lesivas que ella acarrea, las mismas que defraudan las expectativas sociales esenciales para la convivencia pacífica⁽⁴³⁾.

Esta forma de apreciar el contenido del dolo se diferencia de la tradicional concepción según la cual el dolo se define como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo penal⁽⁴⁴⁾; es decir, se halla constituido por una especial relación subjetiva entre el autor y la lesión del bien juridicopenalmente protegido. Esta marcada diferencia en la configuración del dolo se explica en el contexto en que fueron formulados los planteamientos tradicionales con la función atribuida al Derecho penal de proteger bienes jurídicos (*v. gr.* la vida, el cuerpo, el patrimonio) frente a ataques dirigidos a lesionarlos. Así es evidente que las acciones más graves serán aquellas que, en un plano subjetivo, se encuentran impulsadas por una voluntad o intención de lesionar el bien jurídico.

Por el contrario, en una concepción del Derecho penal, cuyas normas se orientan a prohibir la creación de riesgos no permitidos y garantizar la vigencia de ciertas expectativas sociales de conducta, la actua-

(43) JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, § 8, núm. marg. 8; en el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 404.

(44) Cfr. en ese sentido, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 8, núm. marg. 66: "(...) la definición tradicional del dolo expresa algo completamente correcto: forma parte de él, además del conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal por medio de la conducta propia, una determinada actitud interior, que puede ser caracterizada, mientras sea consciente de la imperfección de la expresión, con la fórmula tradicional que se mantiene hasta hoy, como *voluntad* de realizar el hecho" (cursiva en el original). En la doctrina nacional defiende esta postura VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 354; también HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1178, quien sostiene que el hecho de que la ley no haya definido al dolo como conformado por la consciencia y voluntad, "no significa en absoluto que deba abandonarse esa concepción".

ción más grave desde un punto de vista subjetivo será aquella en la que la persona tiene pleno conocimiento de la generación de esos riesgos no permitidos, no siendo ya necesario constatar un elemento volitivo dirigido a ese fin. Sería insulso, pues, exigir una "voluntad de creación de riesgos prohibidos", cuando existe ya un deber jurídico de evitarlos o neutralizarlos. Teniendo en cuenta que los conceptos dogmáticos deben determinarse siempre en función a la evolución de la configuración de la sociedad, esta última concepción del Derecho penal es la que se muestra a todas luces como la más consecuente⁽⁴⁵⁾.

Más allá de estas consideraciones, lo cierto es que la postura tradicional que concibe al dolo como consciencia y voluntad del tipo objetivo ha venido siendo progresivamente abandonada por la doctrina, de suerte que hoy en día puede afirmarse que, de modo implícito o explícito, *el dolo se concibe sólo como conocimiento de la realización de un comportamiento típico objetivo*⁽⁴⁶⁾. Este giro conceptual obedece en realidad a diversas razones, entre las que aquí cabe destacar el hecho de que una aplicación coherente del dolo conformado también por la voluntad o la intención llevaría a considerar como delito imprudente supuestos que a todas luces se aproximan claramente al merecimiento de pena propio del delito doloso. Precisamente, la clásica tripartición del dolo (directo, de segundo grado y dolo eventual) responde a ampliaciones del concepto de dolo construidas para no tener que castigar como simples imprudencias conductas que se muestran mucho más graves y cercanas al delito doloso⁽⁴⁷⁾.

Así, en el doctrinariamente conocido caso del sujeto que coloca una bomba en un edificio para matar a su enemigo, pero cuya explosión termina acabando con la vida de varias personas que también ocupaban

(45) GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 481.

(46) RAGUÉS I VALLÈS, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 13.

(47) BACIGALUPO, "Problemas actuales del dolo", cit., p. 78, para quien la forma básica del dolo debe ser en estricto el dolo eventual, de modo que las demás formas tradicionales del dolo han de desaparecer; RAGUÉS I VALLÈS, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 13 y ss.

el inmueble, o en aquel caso del sujeto que atropella a un niño tras conducir a alta velocidad por una vía cercana a un colegio pese a representarse que en ese momento los estudiantes podían transitar por el lugar, el elemento volitivo se va difuminando al punto de quedar prácticamente imperceptible. Esta situación obliga a las teorías que definen el dolo como voluntad o intención, a tratar a toda costa de encontrar este elemento en sucesos –como los acabados de señalar a título de ejemplo– en que esto resulta sumamente difícil, incluso para el ciudadano promedio. ¿Alguien podría afirmar inequívocamente que los sujetos de los ejemplos *quisieron* matar a los ocupantes del edificio o a los niños que salían del colegio?⁽⁴⁸⁾ De allí que los defensores de estas tesis volitivas acaben postulando que quien simplemente *acepta, asume, se conforma, se toma en serio o se resigna* con la realización del tipo objetivo⁽⁴⁹⁾, para el Derecho penal *quiere* dicha realización y, por tanto, actúa dolosamente⁽⁵⁰⁾.

De lo contrario, esto es, si no se ampliara el concepto de dolo en estos términos, supuestos como los mencionados tendrían que ser castigados a título de mera imprudencia, algo que prácticamente nadie defiende en la actualidad⁽⁵¹⁾. Sin embargo, parece claro que lo forzado de una argumentación como ésta, que pretende ver voluntad o intención allí donde sólo hay una vaga representación y que, por ende, deduce automáticamente ese elemento volitivo de “la actuación pese al conocimiento”, no resulta dogmáticamente aceptable y arroja muchas dudas

(48) Esto lleva a que BACIGALUPO, “Problemas actuales del dolo”, cit., p. 70, se pregunte: “¿puede haber un elemento esencial del dolo que sólo aparezca en una de las tres formas reconocidas del concepto?”.

(49) Las expresiones de esta índole, constatables en la literatura, son incontables y obedecen más a un juego de palabras que a un intento real de establecer reglas de imputación de hechos, como lo pone de relieve FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 35 y ss.

(50) En este sentido, WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed. (traducción Juan Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993, p. 81, sostiene: “si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia”.

(51) Cfr. en ese sentido, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 49.

sobre su necesidad y coherencia. No obstante ello, la jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la extendida doctrina de corte psicologista para la que existe una clasificación tripartita del dolo basada en los grados de probabilidad del resultado lesivo: "(...) el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento y la voluntad de realización del resultado, elementos que no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima; que, para afirmar que los citados sentenciados actuaron con dolo eventual en los hechos sub-materia, habría que aceptar el descabellado razonamiento que éstos en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima *se representaron como probable* el hecho que ésta, al arrojararse en posición de cúbito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y luego debía absorberse los" (52).

Las inconsistencias expuestas se revelan visiblemente cuando se traslada una concepción volitiva del dolo al ámbito de los delitos de mera actividad, en los que resultaría manifiestamente innecesario exigir de modo indispensable la concurrencia de voluntad o intención (53). Así, por ejemplo, sería absurdo sostener que no actúa dolosamente quien ingresa a un domicilio ajeno sabiendo que no cuenta con autorización de su titular, pero "sin haber querido hacerlo". Esto ha motivado que la doctrina sostenga que la clásica tripartición del dolo, basada en una graduación de la intensidad de la voluntad, haya sido concebida única y exclusivamente para los delitos de resultado (54).

Sobre la base de este orden de consideraciones se ha ido fortaleciendo el progresivo abandono del pretendido elemento volitivo en el

(52) Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 6239-97, Ancash (cursivas añadidas).

(53) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 91, quien señala acertadamente que en estos casos para afirmar el dolo basta el conocimiento de los elementos típicos, mientras el error sobre alguno de ellos elimina siempre el dolo.

(54) RAGUÉS i VALLÈS, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 15.

dolo⁽⁵⁵⁾. Es más, cabe afirmar que la postura que opta por prescindir del elemento volitivo es plenamente coherente con lo establecido por el Derecho positivo, el cual arroja mayores luces sobre la irrelevancia del mismo para el concepto jurídico-penal de dolo. Como en otras legislaciones comparadas, si bien el Código penal no contempla una definición expresa de dolo, sí ofrece un concepto negativo del mismo, es decir, indica lo que no es dolo, aquello que no se debe considerar como la forma más grave de injusto que prevé el ordenamiento penal, estableciendo así una diferenciación entre dolo e imprudencia. En efecto, el artículo 14° del Código Penal⁽⁵⁶⁾ establece que no existe dolo cuando se presenta un error, o, lo que es lo mismo, cuando el hecho realizado por el autor no es abarcado por su conocimiento⁽⁵⁷⁾.

Por consiguiente, a partir de este precepto, una conducta sólo puede ser dolosa cuando el autor tenía un conocimiento suficiente sobre las circunstancias de un suceso que se ajusta a la hipótesis del tipo penal. De este modo, resulta fácil apreciar que el Código penal no se refiere en

(55) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 8, núm. marg. 5 ss.; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 316 y ss., 319 y ss.; BACIGALUPO, "Problemas actuales del dolo", cit., p. 67 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 23 y ss., 52 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 177 y ss., 323 y ss.; TÁMBIEN, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 16 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Marfa, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 401 y ss. En la doctrina nacional, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 481 y ss.; asimismo, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 405 y ss.; CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 247 y ss.

(56) Artículo 14°.- Error de tipo y error de prohibición.-

"El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena".

(57) BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 316 y ss.: "Por lo tanto, una correcta comprensión de los problemas del error es imposible sin considerar previamente la noción de dolo"; CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 245; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 25.

ningún momento a la voluntad como elemento del dolo; de hecho, no exige (a diferencia del derogado Código Penal de 1924)⁽⁵⁸⁾, ni positiva ni negativamente, el elemento volitivo, como sí lo hace con el conocimiento, que es el componente nuclear del artículo 14° para determinar lo que no debe ser castigado a título de dolo. En esa misma línea, mientras el Código Penal prevé una atenuación de la pena cuando falta el elemento cognitivo, no establece ninguna consecuencia jurídica en caso de ausencia de voluntad o intención para realizar el tipo objetivo, lo que evidencia inequívocamente la irrelevancia que tiene este elemento para la ley penal⁽⁵⁹⁾.

A partir del análisis de la regulación legal del dolo, queda claro que lo que el sujeto desee, confíe o espere, carece de relevancia para el Derecho Penal en tanto elemento fundamentador del juicio de imputación subjetiva. Ciertamente es posible que para algunos tipos penales el elemento volitivo pueda cobrar mayor peso por considerarse necesaria una mayor gravedad subjetiva, pero esta cuestión –derivada más de una técnica legislativa en particular– no torna dogmáticamente indispensable su concurrencia para afirmar el dolo⁽⁶⁰⁾. En otras palabras, es posible que en la realización del tipo objetivo concurra la intención o voluntad

(58) El cual establecía, basándose en la fórmula suiza, que una infracción penal era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. A decir de HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, cit., § 11, núm. marg. 1175, la omisión del legislador del Código Penal actual al momento de definir el dolo es insatisfactoria, debido a lo incipiente de la doctrina nacional y a la formación insuficiente de los jueces.

(59) CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 245. La misma situación a nivel de Derecho positivo se presenta en España; cfr. BACIGALUPO, "Problemas actuales del dolo", cit., p. 69 y ss.

(60) Como sostiene FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 28, quien no hace nada por evitar un riesgo y, por el contrario, asume, acepta o consiente el resultado lesivo, sólo pone en evidencia un requisito más emocional que volitivo, que no sería más que un "adorno" a efectos de imputación. Por su parte, BACIGALUPO, "Problemas actuales del dolo", cit., p. 70, se refiere a un "fenómeno psíquico acompañante"; Cfr. asimismo, GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 406.

del autor, pero estos elementos son inherentes a la acción misma y no constituyen un requisito de la imputación dolosa⁽⁶¹⁾.

El dolo es el conocimiento del riesgo típico, a partir del cual se genera un deber de evitación o neutralización; en otras palabras, quien conoce plenamente el riesgo generado por su comportamiento, actúa con dolo⁽⁶²⁾. Sostener lo contrario, exigiendo necesariamente la concurrencia de un elemento volitivo, llevaría a privilegiar injustificadamente al autor temerario frente a otros más prudentes, como ya se señaló en líneas precedentes. Sirvan los siguientes ejemplos para demostrar esta afirmación:

- a) Un sujeto ofrece a su novia una bebida envenenada con un potente veneno para darle un escarmiento por haberle sido infiel; esta última, luego de beberla, muere a los pocos minutos. En su defensa, el sujeto aduce que sólo lo hizo para "dar una lección" a su novia por haberle sido infiel, no quiso matarla debido al inmenso amor que aún sentía por ella, lo cual es corroborado en el proceso penal, inclusive, por los familiares de ésta.
- b) Un sujeto prepara en una botella un potente veneno para ratas a fin de acabar con la plaga que ha detectado en su casa, pero la deja sin darse cuenta sobre la mesa de la cocina. Al cabo de unos días, al efectuar la limpieza de la cocina, guarda esta botella junto con otros alimentos en el refrigerador, pensando que se trataba de una bebida gasificada. Su suegra bebe de esa botella creyendo también que se trata de una refrescante bebida, muriendo a los pocos minutos.

(61) Es más, los jueces pueden tener en cuenta la intención inequívoca (dolo directo), el dolo de segundo grado, o el dolo eventual, al momento de individualizar la pena, pues en los supuestos de dolo directo la desautorización de la norma es más evidente y el autor se distancia de forma más decidida de los parámetros de conducta establecidos por el ordenamiento jurídico. Cfr. en este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 42.

(62) BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 317.

El juicio de imputación subjetiva a partir de una teoría volitiva llevaría a ofrecer la misma respuesta para ambos casos, pese a que el primero revela una conducta ostensiblemente más desvalorada que el segundo, tanto desde un punto de vista social como jurídico. En efecto, ante la ausencia de un elemento volitivo o intencional, se tendría que afirmar que la conducta en ambos supuestos es meramente imprudente. Sin embargo, esta solución se muestra manifiestamente arbitraria, pues la imputación no puede depender de la posibilidad absolutamente aleatoria de que el autor sea un empedernido optimista o un simple temerario. De este modo, no puede tener relevancia alguna para la imputación subjetiva que el sujeto “no haya querido” ocasionar el resultado lesivo, “haya confiado” en que el resultado no se iba a producir o que no se “haya tomado en serio” la realización de dicho resultado. Lo que interesa a la imputación subjetiva, antes bien, es que el sujeto conozca la situación concreta de riesgo, esto es, que de acuerdo a los datos y circunstancias que se encuentran a su alcance, enjuicie correctamente el riesgo creado con su conducta. En estos casos, cuando el conocimiento del sujeto abarque íntegramente la situación de riesgo, está obligado a tomar en serio el resultado lesivo que esa situación pueda producir, no pudiendo dejar al azar esta cuestión ni eximirse de responsabilidad (a título de dolo) por esas consecuencias lesivas.

Por ello, una perspectiva del dolo cognitivo ofrece una solución más coherente y ciertamente más justa: en el caso a) el sujeto conocía perfectamente la situación de riesgo que se generaba al ofrecer a una persona una bebida con un potente veneno, por lo que no había ninguna razón para que “no tomara en serio” o “no contara” con que la muerte de su novia no se iba a producir: “El que ‘tiene el hecho típico ante sus ojos’ ya no es digno de verse exonerado de responsabilidad por haber confiado”⁽⁶³⁾. Situación muy distinta a la del supuesto b), en que la representación del sujeto no abarcaba cabalmente la situación de riesgo creada, esto es, su conocimiento no coincidía plenamente con la reali-

(63) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 32.

dad, por lo que ese conocimiento defectuoso imputable a él determina la imputación a título de imprudencia (véase *infra* VI).

2. La prueba del dolo

Una teoría integral del dolo no se limita a definir este elemento subjetivo, sino proporciona además las herramientas para su comprobación en el proceso penal, es decir, ofrece criterios válidos y seguros para probar los conocimientos del autor al momento de delinquir⁽⁶⁴⁾. El dolo no es un elemento psíquico que debe buscarse en la cabeza del autor, se trata más bien de un elemento que se encuentra en la cabeza de quien se encarga de valorar el suceso concreto e imputar un conocimiento de creación de un riesgo jurídicamente prohibido⁽⁶⁵⁾. ROXIN inquiriere en la definición más precisa: “El dolo no constituye un dato (Factum) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez.”⁽⁶⁶⁾ Ya no es necesario ponerse imaginariamente en lugar del autor y desde ahí hacer una valoración para determinar si el agente conocía las circunstancias del hecho o el carácter prohibido de su actuación⁽⁶⁷⁾. Por el contrario, como ya se indicó, teniendo en cuenta que el dolo es, en última instancia, la imputación de una forma del conocimiento (aquella que se estima penalmente relevante), debe partirse del contexto de la acción, pues éste permitirá valorar y determinar lo que el sujeto debía saber y conocer al momento de realizar la conducta concreta, y, por consiguiente, si conocía que con ella superaba el riesgo jurídicamente tolerado.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 16 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 61: “El problema de la prueba del dolo en la práctica es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo”,

⁽⁶⁵⁾ Cfr. VOGEL, “Dolo y error”, cit., p. 9.

⁽⁶⁶⁾ ROXIN, Claus, Prólogo a la obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 33.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 491.

En la determinación del contenido del conocimiento, cobran fundamental relevancia los datos externos objetivamente constatables que rodean la actuación del sujeto, esto es, el contexto social concreto en que tiene lugar su comportamiento, pues será dicho contexto el que finalmente defina la atribución de ese conocimiento a título de dolo⁽⁶⁸⁾. Así las cosas, el contexto social no es otra cosa que el contexto del significado normativo de la conducta, pues si la imputación penal se basa en la infracción de deberes jurídicos, entonces el significado normativo de su conducta (único relevante para el Derecho penal) se deducirá de cómo la persona se comporta —en observancia o no del deber— en ese espacio concreto de interacción social⁽⁶⁹⁾. Por ejemplo, el funcionario público que tiene a su cargo el cuidado y almacenamiento de alimentos perecibles destinados a programas de apoyo social, en razón de su estatus social, debe conocer y tomar las medidas mínimas para la conservación de tales alimentos; si procediera a distribuir los mismos en estado de descomposición y se produjera la muerte de sus beneficiarios, no podrá alegar en su defensa el desconocimiento de esas medidas o que no se representó las consecuencias lesivas de su conducta o que confió en que éstas no se iban a producir.

El conocimiento configurador del dolo está compuesto así por lo que el sujeto *debía saber* (conocimiento normativo) y no meramente por lo que sabía (conocimiento psicológico). Lo que se *debe saber* se determina en función de la posición específica (del rol) que ocupa el actuante en el contexto de interacción, pues precisamente esa posición permitirá saber qué conocimiento es el exigible en esa particular situación, careciendo de toda importancia lo que el agente sabía en su fuero

(68) Cfr. HRUSCHKA, "Sobre la difícil prueba del dolo", cit., p. 161, quien se refiere a las circunstancias externas del caso concreto; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 323 y ss.; asimismo, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 19 y ss.; VOLK, "Concepto y prueba de los elementos subjetivos", cit., p. 411 y ss.: "El dolo se infiere a partir de las circunstancias externas y una eventual oposición a esta inferencia sólo puede prosperar si se aportan circunstancias externas distintas que pongan en tela de juicio la plausibilidad de tal inferencia" (p. 426).

(69) CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 251 y ss.

interno o lo que pudo haber sabido. Si lo que sabe o pudo haber sabido fuera suficiente para fundamentar la imputación subjetiva, o si ésta dependiera de meras representaciones psíquicas sobre posibles resultados, entonces toda imaginación o representación, *per se* indeterminables, podría dar contenido a la imputación. En el caso acabado de señalar, significa que carecerá de toda relevancia inquirir en lo que el funcionario supo o pensó cuando procedió a distribuir los alimentos en mal estado, sino lo único a tomar en cuenta es lo que *debía saber* en función de su rol en el contexto de la acción. Precisamente, el rol encierra el deber jurídico y la medida de responsabilidad para su portador, de tal forma que tratándose de productos perecibles debió adoptar las especiales medidas de salubridad y conservación antes de distribuirlos a sus destinatarios. Él no podrá librarse de una imputación penal a título de dolo alegando un mero desconocimiento de las referidas medidas de conservación.

De lo dicho se deriva la central importancia de los datos que aporta el contexto social que rodea la conducta enjuiciada para la atribución del conocimiento propio de la imputación dolosa, pues permite establecer los deberes jurídicos a los que el sujeto se halla inexorablemente vinculado y que éste no puede desconocer alegando simple desconocimiento, como ya se vio. La imputación penal exige necesariamente la contextualización de la conducta enjuiciada: una persona fumando un cigarrillo por la calle puede no representar un riesgo significativo para terceras personas, pero si lo hace cerca de una estación de gasolina es evidente que la conducta se torna altamente riesgosa. Entonces el contexto específico en que se desarrolla la acción resulta determinante para la imputación penal y permite definir los conocimientos que le son exigibles en ese particular escenario⁽⁷⁰⁾. Desde luego, como ya debe haber quedado claro en el hilo de la exposición, sólo se puede imputar aquel conocimiento jurídicamente exigible al sujeto en el contexto de la acción.

En atención a las evidentes dificultades que implica la demostración de un conocimiento psicológico en la mente del autor, los criterios tra-

(70) CARO JOHN, "Imputación subjetiva", cit., p. 251 y ss.

dicionales para la determinación del dolo emplean principalmente dos herramientas para probar el conocimiento: por un lado se encuentra la *confesión autoinculpatoria*, que se convierte en la prueba por excelencia de la existencia de dolo, pues sólo el autor tiene el monopolio de lo que realmente pasó por su cabeza en el momento de la realización del hecho delictivo. Por otra parte, se ubica la *prueba de indicios*, que no es sino la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de la experiencia a hechos objetivos previamente probados⁽⁷¹⁾. Sin duda, este último es el criterio más frecuentemente utilizado por los tribunales para atribuir el conocimiento a título de dolo, puesto que las confesiones autoinculpatorias no son muy comunes en la práctica forense⁽⁷²⁾. Sin embargo, el recurso a estos dos criterios sólo tiene una utilidad práctica cuando, como resultado de su valoración, produce en el juez la íntima convicción de que el suceso ha acontecido realmente. Es decir, sólo sirven para dar contenido o algún sustento a la íntima convicción judicial acerca de cómo se desarrolló el suceso.

El problema que se genera radica en que la íntima convicción judicial se enlaza con la libre valoración de las pruebas, esto es, con una herramienta de elevada carga subjetiva. Es innegable que las convicciones personales son algo sumamente variables en función de una persona u otra, por lo que si se hiciera depender de un criterio tan subjetivo y cambiante la valoración probatoria, el juicio de imputación subjetiva se tornaría peligroso y arbitrario. En la práctica forense, esto implica que dos casos idénticos pueden tener soluciones radicalmente opuestas, viéndose la sociedad obligada a dar por correctas ambas soluciones⁽⁷³⁾.

Precisamente para corregir los problemas a que puede conducir este método de probanza, se plantean límites y parámetros objetivos

(71) Cfr. VOGEL, "Dolo y error", cit., p. 15; BACIGALUPO, "Problemas actuales del dolo", cit., p. 79.

(72) RAGUÉS I VALLÈS, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", cit., p. 18.

(73) Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 133, y se colige claramente de lo hasta aquí expuesto, los procesos psicológicos muestran siempre una mayor dificultad procesal.

a la íntima convicción: las reglas de la experiencia. Estas reglas, desde luego, no deben ser construidas o inventadas por el juez para cada caso concreto, sino debe buscarlas en el ámbito de la interacción social, teniendo como base los elementos configuradores del tipo penal. Según cómo estén configurados los elementos del tipo podrá establecerse qué es lo que el sujeto debía conocer en la interacción social concreta. Por ejemplo: el tipo penal del encubrimiento real (art. 405 CP) sólo se acreditará si quien “procura la desaparición de las huellas o prueba del *delito*” u “oculta los efectos del *mismo*” sabe que esas huellas, pruebas o efectos proceden de un delito. ¿Pero cómo probar que sabía? Los elementos objetivos externos a la acción nos darán la respuesta en función de las reglas de la experiencia, porque en este caso el tipo subjetivo requiere una probanza de conocimiento con certeza y no una mera presunción o sospecha de conocimiento. Se deberá valorar en conjunto la posición de la persona (el rol que desempeña) en la interacción social, el grado de vinculación con el tercero que incurrió en el delito precedente, las declaraciones y testimoniales, el cruce de información obtenida mediante la intervención sobre el secreto de las comunicaciones, el levantamiento del secreto bancario, etc.

A este respecto es ilustrativa una ejecutoria suprema donde se realiza un análisis en conjunto de los elementos externos a la acción en el delito de encubrimiento real para determinar finalmente su atipicidad subjetiva: “*Noveno*: Que, en esta línea, es de concluir, en lo que atañe a la tipicidad subjetiva del delito, que la inculpada A.B.C.R.T., cuando recibió el dinero y las joyas de su co-acusado ausente N.A.R.G., desconocía que los mismos tenían procedencia de la comisión de un delito determinado, concreto y específico en los que habría participado el testigo Víctor Alberto Venero Garrido, debido a que no se ha acreditado que ella haya conocido de manera directa y minuciosa las actividades a las que se dedicaba dicho testigo; más aún si sólo era enamorada de su hijo Alberto Venero Nazar desde el mes de enero del año dos mil, aspecto corroborado por este último en su manifestación policial (...) así como en su declaración testimonial (...); no vivía en la casa de dicho testigo, sino en el domicilio de su padre (...), lugar donde se produce la

intervención policial (...), y no trabajaba en ninguna de sus empresas, ni existe prueba alguna que acredite que haya participado en algún negocio o actividad que la involucrara en el conocimiento de las presuntas actividades delictivas; *Décimo*: Que, en síntesis, se concluye que la imputada A.B.C.R.T. actuó dentro de la esfera de la confianza que le tenían Alberto Venero Nazar –su enamorado en ese entonces– y el padre de este último Víctor Alberto Venero Garrido, quienes al unísono han expresado en sus diversas declaraciones que aquélla desconocía de las actividades a las que se dedicaba el segundo de los mencionados, quien, además, ha enfatizado que la precitada nunca supeditó ‘ese favor’ –el de guardar las joyas y el dinero– a determinada exigencia patrimonial, económica o afín; y, por el contrario, demostró transparencia en ese accionar que se ha calificado como delictivo y que a nivel de esta instancia se ha desvanecido”⁽⁷⁴⁾.

De este modo, sólo podrá atribuirse correctamente los conocimientos al imputado cuando el juez encuentre en dicha interacción una regla de experiencia cuya vigencia, desde una valoración social, es indiscutible, de suerte que se pueda afirmar que, presupuestos ciertos datos objetivos propios del contexto, una persona debía necesariamente conocer los hechos⁽⁷⁵⁾. Siendo esto así, es evidente que tales hechos le son plenamente imputables a título de dolo, pues el sujeto conocía perfectamente la conducta que realizaba y los riesgos implícitos.

Retomando los ejemplos señalados en el acápite anterior⁽⁷⁶⁾, en el caso del sujeto que envenena a su novia para “darle una lección”, el juez deberá efectuar una valoración desde una perspectiva social a fin de determinar si, aun cuando sea cierto que el sujeto tenía profundos sentimientos hacia su novia, conocía los riesgos inherentes a su conducta.

(74) Véase el texto completo de la ejecutoria en URQUIZO OLAECHEA, José/SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia* (2006-2010), Idemsa, Lima, 2011, pp. 80-84.

(75) RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, cit., p. 20.

(76) Véase *Supra* V.1.

Y según las reglas de la interacción social vigentes, resulta claro que un líquido con un potente veneno implica necesariamente un altísimo riesgo mortal para quien lo ingiera. De esta forma, al conocer que su novia está tomando ese líquido, se entiende desde un punto de vista social que también conoce que su conducta era apta para producirle la muerte⁽⁷⁷⁾. La sociedad no acepta, pues, que alguien que realiza una conducta valorada como inseparable de la creación de determinados riesgos, pueda dejar de representarse su idoneidad lesiva en el concreto momento en que actúa, con total independencia de lo que el sujeto *quiso* o *sentía* por la víctima, lo cual, en cualquier caso, podría tener alguna relevancia para la configuración concreta del juicio de culpabilidad, mas no para la imputación subjetiva⁽⁷⁸⁾.

Como se puede ver, una perspectiva normativa que atienda a referentes sociales exhibe una mayor capacidad de rendimiento para la práctica forense, pues la actividad probatoria ya no se centrará en los conocimientos psicológicos del autor al momento en que actuó, sino en la contextualización de su actuación, a fin de determinar las competencias de conocimiento, es decir, qué debía conocer, para poder finalmente imputarle ese conocimiento.

Aunque pueda parecer que estas reglas sociales de la experiencia conlleven los mismos riesgos de subjetividad que la prueba por indicios, en realidad, esto no es así. El último método en su visión tradicional está sometido a la íntima convicción judicial, de suerte que puede ser declarado como indicio todo aquello que según la libre valoración judicial reúne las condiciones para tales efectos. En una perspectiva norma-

⁽⁷⁷⁾ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 469 y ss.: "Cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto 'conocimiento situacional', se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación".

⁽⁷⁸⁾ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 42, 68 y ss.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 227 y ss.

tiva, basada en criterios de la interacción social, esa íntima convicción queda limitada a un estándar objetivo fijado por el tipo penal en virtud del cual son sometidos los elementos externos de la acción al juicio de imputación subjetiva.

VI. La culpa

1. La culpa como error

En un Derecho penal que se orienta a garantizar ciertas expectativas sociales de conducta, de las que se deriva el deber de evitar la creación de riesgos jurídicamente inadmisibles, la configuración normativa de la culpa no puede resultar sustancialmente distinta a la del dolo. Tanto en uno como en otro caso, no es necesario determinar lo que el autor sabía, pensó o sintió al momento de la acción típica, sino lo que debía saber⁽⁷⁹⁾. No obstante, la imputación subjetiva de la culpa tiene ciertas particularidades que la distinguen de la imputación dolosa.

En la culpa o imprudencia⁽⁸⁰⁾, no se imputa el pleno conocimiento de la situación de riesgo y de su entidad para defraudar las referidas expectativas sociales, sino un conocimiento de menor grado que, sobre la base de ciertos criterios normativos, permite afirmar tan sólo la posibilidad de haber conocido la realización del tipo objetivo⁽⁸¹⁾. Por

(79) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4, para quien la culpa es sólo un concepto más general que el dolo. De opinión distinta, JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 606: "La imprudencia no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que es algo diverso a éste".

(80) Nuestro Código penal, al igual que muchos cuerpos normativos de la región, han optado por emplear los vocablos "culpa" y "culposo". No obstante, tanto a nivel legislativo como doctrinario, se ha considerado más adecuado referirse a los términos "imprudente" o "imprudencia", a fin de separar esta categoría delictiva de nociones moralistas o religiosas y diferenciarla claramente de la culpabilidad jurídico-penal. Cfr. al respecto, RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 33, nota 1.

(81) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5.

tanto, mientras en la imputación subjetiva del dolo existe un deber de conocer; en la imputación culposa se exige un deber de evitar acciones riesgosas cognoscibles⁽⁸²⁾. En otras palabras, si el dolo es el producto de la decisión del autor de realizar un hecho típico, teniendo los datos suficientes para calcular esa posibilidad, la imprudencia comporta una decisión de realizar un hecho típico sin que el autor tenga a su alcance todos los datos que el tipo penal considera relevantes; es precisamente esa decisión de actuar sin contar con la información actual necesaria la que configura una falta de cuidado y, a su vez, lo que da lugar a la imputación subjetiva por imprudencia⁽⁸³⁾.

Si la imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que encierra, entonces la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta. Aquí cobran especial vigencia los alcances del ya citado artículo 14° del Código Penal, el cual define lo que no debe entenderse como una actuación dolosa⁽⁸⁴⁾. Por consiguiente, la culpa, a diferencia del dolo, se configura a través de actos en

(82) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 2; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 560 y ss.; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 53: "En el caso de los comportamientos dolosos, el tipo subjetivo estaría conformado por el conocimiento de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que en las conductas imprudentes estaría conformado por la cognoscibilidad de la creación de ese riesgo no permitido".

(83) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54. Para KINDHÄUSER, Urs, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, Grijley, Lima, 2007, p. 47, el autor imprudente sólo dispone "de un saber actual limitado" en relación al autor doloso, quien, según sostiene, "asume, con una cierta probabilidad, que un determinado comportamiento tiene como consecuencia la realización de un tipo, y es precisamente por esto que él tenía que evitar este comportamiento".

(84) BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 339 y ss., resaltando que esta postura era ya defendida desde antiguo en la dogmática de la culpa, por Von Liszt, quien sostuvo que "el autor, como consecuencia de su indiferencia frente a las exigencias de la vida común social, no ha reconocido el sentido antisocial cognoscible de su hecho"; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 54: "El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo".

los que falta el conocimiento actual sobre los riesgos prohibidos que deben evitarse⁽⁸⁵⁾ o, más específicamente, sobre las circunstancias fácticas que hacen que un comportamiento, en un determinado contexto, suponga un riesgo típico. Si bien ambas formas de actuación tienen en común el deber de evitar la creación de riesgos con potencial lesivo, la imprudencia presenta la particularidad de que el conocimiento sobre esa situación no se encuentra actualizado por parte del autor, como sucede en el delito doloso, en el que sí existe un conocimiento íntegro y actual sobre la creación de un riesgo prohibido con idoneidad lesiva para lesionar intereses jurídicos ajenos. A la luz de la regulación positiva vigente, cabe afirmar entonces que la culpa no es sino un supuesto de error de tipo vencible⁽⁸⁶⁾.

La diferencia entre dolo e imprudencia radica en los diferentes niveles o grados de conocimiento al momento de tomar una decisión de actuar. Naturalmente, toda acción humana se guía por un factor volitivo, pero como ya se ha puesto de manifiesto en anteriores apartados, éste no es indispensable para la fundamentación del juicio de imputación subjetiva, ya sea a título de dolo o de culpa. Como lo señala SILVA SÁNCHEZ, "la voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza en forma voluntaria, y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado"⁽⁸⁷⁾.

Entendiendo que se trata de un error sobre el riesgo típico, la culpa se configura a partir del insuficiente conocimiento del hecho y de la vencibilidad de dicho error, criterios de los que se deriva la posibilidad

(85) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 4.

(86) Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 1; RUIZ LÓPEZ, *La graduación del delito imprudente*, cit., p. 41 y ss.

(87) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 401.

que tuvo el autor de conocer (cognoscibilidad) el potencial lesivo de su conducta⁽⁸⁸⁾. Ahora bien, esta cognoscibilidad no puede determinarse de forma arbitraria, sino de modo normativo, sobre la base de criterios objetivos que garanticen un correcto juicio de imputación subjetiva y que permitan optar por la atribución propia del delito doloso o la del culposo. Para estos efectos, nuevamente, debemos atender al contexto social concreto en el que tiene lugar la conducta enjuiciada y la posición jurídica (el rol) del autor.

De la posibilidad que tuvo de superar el error en que incurrió, dependerá si tuvo, a su vez, la posibilidad de conocer el riesgo típico⁽⁸⁹⁾. No se puede esperar, pues, que sea cuidadoso quien no tiene ninguna posibilidad de aplicar ese cuidado que le es exigible, aunque quiera o esté motivado para tal fin, pues “el deber implica el poder”⁽⁹⁰⁾. Esto permite personalizar el juicio de imputación subjetiva y abandonar figuras de aplicación general como “el hombre medio” o “el ciudadano prudente” para determinar cuándo un resultado lesivo era previsible⁽⁹¹⁾.

(88) GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, cit., p. 562.

(89) Cfr. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., § 9, núm. marg. 5 s.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, cit., § 15, núm. marg. 12 ss., 15; FREUND, Georg, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, en *Delitos culposos*, II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 90 y ss.

(90) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 275: “si al autor le resulta imposible conocer el hecho típico, o conociéndolo le es imposible evitarlo, ya no se puede hablar de ningún deber”.

(91) Sobre los inconvenientes de la previsibilidad en su concepción tradicional, cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 276 y ss., y en profundidad sobre una panorámica de dicho criterio, p. 266 y ss. En ese sentido, también, FREUND, “Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana”, cit., p. 85 y ss.

Existe una Ejecutoria Suprema donde, en un sentido contrario a las presentes consideraciones, se basa el juicio de imputación en el delito imprudente en la noción de los conocimientos que posee el *hombre prudente*; cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3011-2010-Cusco, de 27 de julio de 2011, considerando quinto:

Por el contrario, como ya se ha recalcado, el análisis debe descender al concreto contexto social y a los deberes que se derivan de la posición social que el sujeto tenía en ese específico espacio de interacción.

El artículo 14° del Código Penal exige que el autor doloso se represente correctamente el hecho típico, por lo que, correlativamente, para el autor culposo se exige una representación defectuosa o incompleta del hecho que éste pudo y debió superar. En buena cuenta, lo que se imputa al autor culposo es no conocer y evitar aquello que habría conocido y evitado si hubiera sido más cuidadoso⁽⁹²⁾.

Si se trasladan estas consideraciones a los ejemplos del envenenamiento⁽⁹³⁾, debe afirmarse contundentemente que el sujeto que dejó por error una botella con un potente veneno en el refrigerador, de la cual posteriormente bebe su suegra, no tiene un conocimiento integral de la situación de riesgo que al final se materializa en un resultado fatal. Su representación, por el contrario, es incompleta y no le permite apreciar plenamente la situación riesgosa o, lo que es lo mismo, su representación no coincide con la realidad. Esto impide atribuirle un conocimiento a título de dolo, pues existiendo innegablemente un error en su representación, ese nivel insuficiente del conocimiento no puede sino conducir a una imputación culposa. Sin embargo, aunque a efectos expositivos se haga esta disquisición, la imputación subjetiva de la culpa exige necesariamente un factor adicional, esto es, la infracción de un deber de cuidado, lo que se aborda a continuación.

"(...) la imputación subjetiva imprudente demanda indagar sobre dos aspectos: la cognoscibilidad y la previsibilidad. La primera se entiende como exigibilidad del conocimiento del peligro que se determina en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad (conciencia del riesgo y de los deberes de cuidado que observarse para neutralizarlo). La segunda se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier hombre prudente en la producción de un resultado típico".

⁽⁹²⁾ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, cit., p. 115 y ss.

⁽⁹³⁾ *Supra* V.1.

2. La infracción del deber de cuidado

En efecto, lo dicho respecto al menor grado del conocimiento en la imputación culposa respecto de la dolosa –y, en general, respecto a las diferencias entre dolo y culpa– no ha de llevar a pensar que toda lesión no dolosa da lugar a un delito imprudente. Para poder afirmar la existencia de un delito imprudente, es necesario que la conducta haya infringido una norma de cuidado, esto es, que haya vulnerado el deber de cuidado que conforma dicha norma⁽⁹⁴⁾. Esto significa que el conocimiento insuficiente que caracteriza a la imputación culposa no configura automáticamente un delito imprudente. La imprudencia, en tanto error de tipo vencible, es siempre un error vinculado a una falta de cuidado con relevancia para el Derecho penal⁽⁹⁵⁾.

Para la determinación de una conducta imprudente es indispensable constatar que se ha infringido determinadas reglas de cuidado que, como no podía ser de otra forma, se definen en función del contexto social de interacción. Como ya se ha indicado, si bien los tipos penales prevén conductas prohibidas en abstracto, es labor del operador jurídico contextualizar dichas conductas para concederles fuerza expresiva. Por ejemplo, el homicidio culposo del art. 111 CP prescribe de forma genérica: *“El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona”*. Pues bien, para darle un significado más específico a este enunciado legal es indispensable contextualizar esa conducta abstracta, de modo que si la muerte se produce a raíz de un accidente de tránsito, la determinación de la posible infracción del deber de cuidado pasará por analizar las re-

(94) FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281; TAMBIÉN, *El dolo eventual*, cit., p. 131, nota 208. Por su parte, RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima, 2013, p. 86, aborda la diferencia entre “norma de cuidado” y “deber de cuidado”, de manera que mientras la primera es la norma penal que incorpora como punible un determinado comportamiento imprudente (v. gr. homicidio culposo); el segundo se integra por las reglas técnicas que se quebrantan en un caso concreto en que se realiza la conducta imprudente.

(95) FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 281.

glas de tránsito. Si la muerte se ocasiona en un quirófano, habrá que determinar si el médico actuó con imprudencia sobre la base de la observancia de la *lex artis* médica.

En el ámbito de los delitos contra la administración pública, si se imputa a un funcionario público haber permitido la sustracción dolosa de caudales estatales por un servidor público, se habrá de recurrir a la normatividad del sector (reglamentos, directivas, etc.) que delimitan de algún modo u otro los deberes de supervisión y vigilancia asignados a determinados funcionarios públicos. La relevancia que adquiere esta normatividad, por lo general, extrapenal, no conduce a fundamentar con su sola infracción de modo automático la realización de un comportamiento penalmente imprudente; pero constituye sin duda un indicador normativo idóneo para determinar los parámetros socialmente aceptados para la realización correcta de ciertas actividades riesgosas⁽⁹⁶⁾.

La infracción del deber de cuidado se erige como un requisito de la responsabilidad subjetiva a título de imprudencia⁽⁹⁷⁾. Si un caso concreto sólo evidencia un conocimiento insuficiente o defectuoso del autor, mas no la infracción de un deber de cuidado relevante para el Derecho penal, no podrá tener lugar la imputación culposa, en razón que "sin infracción del deber de cuidado ya no cabe imputar un resultado a título de imprudencia"⁽⁹⁸⁾. Si se imputa a un funcionario público haber permitido que terceros pertenecientes a la institución en la que labora sustraigan cierto monto de dinero, para imputarle el delito de peculado culposo no bastará con afirmar que tuvo un conocimiento defectuoso de la situación de riesgo generada en el área en que se desempeña, sino que habrá que determinar necesariamente que

(96) Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente. Una visión funcional*, cit., p. 90.

(97) GÖSSEL, Karl Heinz, "Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia", en *Delitos culposos*, I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 18: "la observancia de reglas de cuidado es, por consiguiente, lo que hace evitables perjuicios a bienes jurídicos".

(98) FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 300.

infringió un deber normativo de cuidado derivado de su ámbito de competencia funcional⁽⁹⁹⁾.

Con algunas particularidades, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado respecto al deber de cuidado como elemento sustancial en el ámbito del delito imprudente: "(...) abundante jurisprudencia ha señalado que, tratándose de la comisión de delitos por negligencia, la imputación culposa no se funda en la intención del agente, sino en su falta de previsión de lo previsible, esto es, cuando el autor no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias, infringiendo un *deber de prudencia y de cuidado*; que en el presente caso, tratándose de un operativo policial el acusado estaba obligado a tener lista su arma de reglamento para disparar y ante la repentina intención de huida del agraviado, éste tuvo que reaccionar de inmediato para impedirla, produciéndose el forcejeo en el cual ambos trataron de proteger su integridad física"⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ En palabras de KINDHÄUSER, *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*, cit., p. 46: "la imprudencia es un uso defectuoso de la capacidad de evitación del autor individual que se valora como contravención del cuidado debido con arreglo a estándares objetivos".

⁽¹⁰⁰⁾ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2161-2003, Cono Norte, fundamento sexto.

Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos (*)

DANIEL O. HUAMÁN CASTELLARES (**)

I. Preliminares

La minería ilegal es uno de los fenómenos delictivos que ha cobrado mayor trascendencia en nuestro país y en América Latina en la actualidad⁽¹⁾. De todos los posibles problemas delictivos asociados, a los que se debe esta notoriedad (trata de personas, lavado de activos, evasión de impuestos, entre otras), el que más atención del público ha llamado la intensa afectación al medio ambiente en lugares como Madre

(*) El autor quiere agradecer al Prof. Dr. Wolfgang FRISCH, por los comentarios sobre parte de los temas acá tratados, los cuales resultaron de suma importancia al momento de realizar la investigación. Sin embargo, se deja constancia de que cualquier error u omisión es tan sólo atribuible a su persona. Cualquier inquietud sobre el presente trabajo puede ser consultada al siguiente correo electrónico: Daniel.huaman.castellares@gmail.com

(**) Investigador visitante del Max Planck Institute für Ausländisches und Internationales Strafrecht – Freiburg. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Vid. AA.VV., *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*, SPDA, Lima, 2014, *passim*.

de Dios⁽²⁾. Tal como ahondaremos en el presente artículo, la minería ilegal tiene un alto costo ambiental, fundamentalmente cuando se trata de minería aluvial, dado que la extracción del mineral se realiza sin ningún respeto por los estándares de calidad ambiental. Asimismo, dicha actividad agudiza otros problemas ambientales, tal como el cambio climático⁽³⁾, los cuales hacen necesario que este objeto de protección sea de interés para el Derecho penal.

En el Perú, afortunadamente, el fenómeno no tiene una larga data y su rápido crecimiento ha despertado un gran interés por parte del Estado en erradicarlo. Este interés se ha concretado en acciones y normas, cuyo objetivo final es la interdicción y erradicación de la minería ilegal, lo cual resulta loable si se tiene en cuenta las consecuencias múltiples de esta actividad ilícita⁽⁴⁾.

La problemática ha sido afrontada desde distintos sectores del Derecho. Especialmente, desde el derecho sancionador –tanto administrativo como penal– dado que el principal énfasis ha sido el establecimiento de una serie de medidas, dictadas con la intención de erradicar este fenómeno. De la mano con la creación de normativa especial sobre la materia, también se han creado diversas estrategias y realizado varias acciones concretas, las cuales están destinadas a asegurar el cumplimiento

(2) Vid. VALENCIA ARROYO, Lenin, *Madre de Dios: ¿Podemos evitar la tragedia? Políticas de ordenamiento de la minería aurífera*, SPDA, Lima, 2014, *passim*.

(3) Existe una relación directa entre el fenómeno del cambio ambiental y el fenómeno de la minería ilegal, sobre todo la aluvial. Uno de los principales medios de protección de este fenómeno es la existencia de bosques, los cuales absorben mucho del CO₂ emanado, el cual es a su vez uno de los principales gases que generan el efecto invernadero. Los mineros ilegales, fundamentalmente aquellos que realizan su actividad en zonas aluviales de la selva, son los que mayor daño causan al medio ambiente, pues no sólo contaminan los ríos, sino que deforestan los bosques que se encuentran en las laderas de estos, lo que evidentemente reduce el porcentaje de CO₂ capturado.

(4) Un breve, pero esclarecedor, análisis de las medidas adoptadas por el Estado sobre este punto puede verse en IPENZA PERALTA, César, *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, SPDA, Lima, 2012, *passim*.

de estas normas, como la designación de un Alto Comisionado para la Interdicción y Formalización de la Minería Ilegal de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Desde el ámbito penal, hemos visto el surgimiento de nuevos tipos penales, emitidos al amparo del Decreto Legislativo N° 1102, tales como el delito de minería ilegal, del financiamiento a la minería ilegal, el tráfico de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal, entre otros. La inclusión de estas normas en el Código Penal demuestra la importancia que el presente problema tiene en nuestra realidad nacional; sin embargo, las mismas resultan insuficientes para combatir el problema.

El objeto de nuestra contribución es la interpretación jurídicopenal de la actual normativa penal, desde una perspectiva exclusivamente sustantiva, del delito de minería ilegal. Para ello, en primer lugar, analizaremos el objeto de protección de este delito, el cual se encuentra intrínsecamente unido a la protección penal del medio ambiente. Luego, sobre la base de esta consideración determinaremos cuáles son los elementos normativos necesarios para consumir esta acción. Sobre la base de las anteriores partes, analizaremos si la actual legislación es suficiente o no, de cara a la proscripción de esta actividad. Desde ya adelantamos que no consideramos que el actual sistema de protección sea suficiente, sino que –por el contrario– debería ser modificado para incorporar el delito de tráfico ilegal de minerales ilegales, el cual sancione todas aquellas actividades posteriores a la extracción del mineral hasta su comercialización.

En segundo lugar, analizaremos las agravantes existentes en torno a este delito, poniendo un especial énfasis tanto en la primera como en la segunda. Ambas son más complicadas de interpretar desde una perspectiva jurídico-penal, dado que contienen elementos normativos que se encuentran definidos en la normatividad administrativa ambiental. Si bien es un punto importante la relación entre la norma administrativa y la ambiental, es un punto importante en todo trabajo, por razones de espacio, no podremos desarrollarla, lo que nos obliga directamente a

dar nuestro concepto de accesoriedad, a efectos de interpretar los elementos normativos de estas agravantes⁽⁵⁾.

Finalmente, nos avocaremos a la interpretación de los tres delitos conexos a la minería ilegal. Antes de comenzar el análisis, volveremos a incidir en la finalidad de la legislación penal sobre minería ilegal, la cual nos ayudará a interpretar de forma correcta estos tipos penales. Estos se entienden sólo como un complemento en el programa penal de proscripción de esta actividad.

II. El delito de minería ilegal

A. El objeto de protección

Las normas jurídicas –vistas en relación con el objeto de protección– no son más que instrumentos a través de los cuales la sociedad desea que las personas realicen, o se abstengan de realizar, una acción determinada⁽⁶⁾. El objeto de protección constituye la esencia misma de una norma penal, pues este fija los contornos de la interpretación que se habría de dar al tipo⁽⁷⁾. Por ejemplo, en el delito de conducción en

(5) Un excelente trabajo sobre esta relación en el ámbito del Derecho penal ambiental y la accesoriedad administrativa puede verse en FRISCH, Wolfgang, *Verwaltungsakzesorietät und Tatbestandsverst. Ändnis im Umweltstrafrecht*. C. F. Müller, Heidelberg, 1993, *passim*. Asimismo, en el ámbito español, DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Protección penal del ambiente y Accesoriedad administrativa, Tratamiento de comportamientos perjudicados para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, CEDECS, Barcelona, 1996, *passim*.

(6) Sobre este dilema: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos sobre la discusión actual de la teoría de las normas”, en *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 15-39.

(7) Es necesario precisar que existe una sutil distinción entre el objeto de protección delimitado por la norma penal y las expectativas normativas que emanan de ella. La norma penal, en términos de LUHMANN, es la “expectativa de conducta que se estabiliza inclusive en contra de los hechos “contrafácticamente” (Cfr. LUHMANN, Niklas, *El derecho de la Sociedad*, 2ª ed. en español, trad. Javier Torres Nafarrete, Herder & Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 191). La interacción social sólo es posible cuando existen expectativas, de ahí que su estabilización es menester

estado de ebriedad, el objeto de protección es la seguridad vial, lo que hace que la interpretación que se hiciera sobre el peligro generado por la acción se encuentre vinculada directamente a este delito. De ahí que acciones como la conducción en estado de ebriedad en una zona absolutamente desértica, no pueden generar una acción sancionable, porque la acción no afectó de modo alguno la seguridad en el tráfico. Asimismo, por un fundamento similar, tampoco sería sancionable el conducir en estado de ebriedad al interior de un circuito de carreras que pertenezca al conductor.

El delito de minería ilegal tiene un solo objeto de protección: la evitación de un daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que se ha adoptado por el legislador peruano, siguiendo la tendencia ya esbozada en el delito de contaminación ambiental. Asimismo, no se trata de cualquier afectación del medio ambiente, sino sólo aquella que es producida con ocasión de la realización de un acto de minería sin contar con la autorización respectiva.

Un análisis sesgado podría llevarnos a considerar que el objeto de protección de este delito es la punición, en sí misma, de una actividad ilícita como es la minería ilegal. No obstante, dicho errado análisis deja de lado que el verdadero objeto de tutela es el medio ambiente. Es por esa razón que este delito no tiene una ubicación en otra sección del Código Penal, sino que es exclusivamente colocada como parte de los delitos ambientales, dentro del capítulo de contaminación ambiental.

La presente afirmación puede ser comprobada si es que observa atentamente la distinción entre un minero informal y uno ilegal. La minería, en sí misma, es una actividad económica lícita y es permitida

de todo el ordenamiento jurídico, pero –en caso de defraudaciones a expectativas que definen a una sociedad– compete sólo al Derecho penal (Cfr. LESCH, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez-Vera, Universidad Externado de Colombia - CIFE, Bogotá, 1999, pp. 11-71).

siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de estos requisitos impide a la persona el inicio o la continuación de un acto minero. Si la persona, en contravención con la normativa vigente, inicia o continúa con la actividad minera, comienza a realizar su actividad de manera informal. Este fenómeno es abarcado ya por el Derecho administrativo, el cual prevé una serie de sanciones para la persona que realice esta conducta. Lo que torna en ilegal la conducta, y a nuestro entender difiere de las consideraciones hechas por un sector de la doctrina⁽⁸⁾, es el daño efectivo, o potencialidad de causación, del acto minero en el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental; y, no su realización en zonas prohibidas o utilizando instrumentos pesados como dragas.

De esta forma, consideramos que el género al que pertenecen todos aquellos mineros que realizan la actividad, sin contar con la autorización administrativa, es el de los mineros informales. De este género existen dos grupos, diferenciados por el daño causado por su actividad: *a)* los mineros informales en sentido estricto, quienes con su actividad no generan un daño contra el medio ambiente, ni se encuentran en potencialidad de generarlo, sino tan sólo realizan su actividad sin contar con la autorización correspondiente; *b)* los mineros ilegales, quienes con su accionar ocasionan o pueden generar un daño ambiental. Asimismo, cabría una distinción entre los mineros ilegales: entre aquellos que realizan una conducta simple; y, aquellos que realizan una conducta agravada.

Finalmente, como clara evidencia de que el objeto de protección es el medio ambiente y no la proscripción de la actividad en sí misma, el

⁽⁸⁾ IPENZA PERALTA, *Manual para entender la pequeña minería y la minería artesanal y los decretos legislativos vinculados a la minería ilegal*, cit., pp. 31-35. El presente autor realiza una descripción de la distinción entre la minería ilegal y la minería informal, sobre la base de los Decretos Legislativos emitidos para luchar contra la minería ilegal. Aunque no lo señala expresamente, deja a entender que –sobre la base del DL. 1105– el ilegal es quien realiza su actividad en zonas prohibidas, mientras que el informal la realizaría en zonas no permitidas.

legislador ha ubicado a este delito y a los delitos conexos a él, en el Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, específicamente dentro del capítulo de delitos de contaminación. Con ello, queda claro que el objeto de protección de estos delitos debe estar íntimamente vinculado a la proscripción de la contaminación ambiental y no de la minería ilegal en sí misma. No obstante ello, pareciera que la vigente regulación se encuentra orientada a la interdicción de la minería ilegal, como si dicho acto fuera un fin en sí mismo, perdiendo de vista el real horizonte: la evitación de actos de contaminación.

B. La conducta típica

Tal como lo señaláramos anteriormente, el delito de minería ilegal se encuentra intrínsecamente vinculado a la contaminación ambiental. De ahí que su estructura típica, se encuentre muy vinculada al acto de contaminación ambiental. El tipo base tiene tres elementos normativos centrales que lo conforman: a) la realización de un acto minero; b) el no contar con la autorización de la entidad administrativa; c) el daño potencial o efectivo al medio ambiente.

1. El acto minero

El acto minero, en sentido amplio, puede ser definido como toda acción dirigida a la obtención final de un mineral. El tipo penal, acertadamente, no delimita cuál es el espectro de actos mineros que son punibles, sino que establece un catálogo semiabierto de actividades donde puede concretarse. Es el caso de la exploración, la extracción y la explotación. Asimismo, por eso, el carácter de semiabierto establece que es posible la inclusión de otros actos similares. Dicha expresión debe ser interpretada en función del fin último de la actividad minera: la obtención de un mineral en un estado que pueda ser comercializado.

La acción minera se distingue de las otras actividades extractivas porque se dirige a la obtención de minerales. Acertadamente, la normativa penal establece esta finalidad última al señalar que estas actividades

van dirigidas a la obtención de recursos minerales. Con esta, evita que se pueda confundir con otros recursos naturales también valiosos, pero –por razones técnicas– mucho más difíciles de extraer, como es el caso de los hidrocarburos.

Finalmente, la norma señala adecuadamente que son abarcados todos los tipos de minerales, tanto los metálicos (oro, plata, zinc, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, sal, entre otros)

2. *La autorización administrativa*

La actividad minera siempre realiza una modificación en el medio ambiente, lo que conlleva un gran riesgo de contaminación ambiental. Actividades que parecerían inocuas como un acto de exploración, son en realidad susceptibles de ser contaminadoras, como es el caso de una exploración que pusiera en contacto un cuerpo de agua con un determinado mineral, produciendo como consecuencia de ello un ácido.

Para atenuar este riesgo ambiental, la administración requiere al productor una serie de condiciones para autorizar un acto minero. Las condiciones varían en función del tipo de actividad minera que se desee realizar, no son los mismos requisitos los solicitados a quien realiza minería artesanal o pequeña, que aquellos que son solicitados a quien realiza mediana y gran minería; y, el acto minero en concreto. La razón de dicha distinción radica en la potencial afectación al medio ambiente por parte de la actividad minera, pues se considera que las actividades menores son menos dañinas. Si bien dicho enfoque es, casi siempre correcto, un enfoque de real protección al medio ambiente debería tener en consideración al daño potencial contra el medio ambiente y no al nivel de la actividad desplegada por la persona.

En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de autorización del Ministerio de Energía y Minas para poder operar formalmente. Sin embargo, no sólo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que –en función de la actividad y el sector involucrado– puede requerir autorizaciones de otros sectores

como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, o el Ministerio de Agricultura, o de entidades adscritas. Tal como puede apreciarse, son una serie de requisitos los que una persona ha de cumplir antes de efectuar el acto minero.

Ahondando en el debate que se puede formar en torno a este elemento normativo pensemos en el caso de las actividades no autorizadas a personas autorizadas. Por ejemplo, una empresa minera formal realiza un acto de extracción en lugares donde no contaba autorización; una empresa que realiza una actividad de exploración, pero que no contaba con un plan de cierre. Desde nuestro de vista, sólo podrían ser considerados actos de minería ilegal, si es que estas actividades causan, o pudieran causar, un daño contra el medio ambiente, no por la mera realización de una actividad, ya que lo sancionado no es la actividad en sí misma, sino la afectación al medio ambiente.

Mucho más polémico sería el caso donde el funcionario público hubiera emitido un acto administrativo que autorizase la actividad pero que, por diversas razones, dicho acto fuera nulo. Al respecto, la satisfacción de este elemento del tipo –a nuestro entender– dependerá de la intervención del administrado en la decisión de la administración. Si el primero es el causante de una nulidad, por un acto de corrupción, por ejemplo, entonces se debería considerar que su actividad es nula. Si el acto no depende de una acción realizada por el administrado y escapa a su esfera de competencias, y depende sólo de un factor de nulidad imputable a la administración, entonces no se debe considerar que su acción configura este elemento del tipo.

3. El daño, potencial o efectivo, contra el medio ambiente

El tercer elemento en este delito es que la acción de minería ilegal afecte o pueda causar un perjuicio, alteración o daño contra el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Se trata de un delito de peligro concreto o de resultado, según el nivel de consumación de la acción. Para que esta se produzca tan sólo basta que el

acto minero no autorizado, potencialmente, pueda afectar a uno de los elementos antes dicho. No es necesario que se produzca el resultado, la sola acción peligrosa (comprobable *ex post*), es suficiente para consumir la acción.

Según la norma, el objeto sobre el que recae la acción peligrosa es el medio ambiente o sus componentes, la calidad ambiental y la salud ambiental. Por medio ambiente o sus componentes, se entenderá el conjunto de elementos que conforman un ecosistema determinado, cuya normalidad se ve alterada por la acción, la misma que no necesariamente se encuentra vinculada a una acción de contaminación ambiental, sino que puede implicar una afectación a un paisaje, por ejemplo. La calidad ambiental es mucho más específica, pues hace referencia a la fijación de un estándar de presencia de un agente contaminante en un determinado cuerpo, por lo que presupone que el Estado ha normativizado cuál es la presencia máxima del contaminante. En este caso, claramente, la referencia al efecto contaminante de la acción ambiental, resulta más que evidente. Finalmente, el último elemento previsto (salud ambiental), es el que resulta de más difícil interpretación. La salud es el estado de bienestar físico y psicológico que tiene una persona, sea de forma individual o colectiva. Ateniéndonos a una interpretación sistemática de la salud, podemos entender que la misma sólo ha sido restringida a las personas naturales, por lo que la salud ambiental deberá ser entendida como el conjunto de condiciones necesarias para que una población pueda vivir sin que su estado de bienestar sea alterado.

La actual norma, siguiendo lo establecido en el delito de contaminación ambiental, considera que el daño ambiental se pueda concretar en los tres elementos antes descritos. Desde nuestra perspectiva, teniendo en consideración que el medio ambiente es el objeto de protección, hubiera sido suficiente que se considere que el daño ambiental se sintetice en el medio ambiente o sus elementos. Las otras dos formas de concreción, vale decir la calidad ambiental o la salud ambiental, pudieron considerarse como formas agravadas de daño ambiental. Asimismo, implícitamente, pueden entenderse como formas de afectación contra

el medio ambiente y a sus elementos, por lo que bastaría el primer elemento para hacer efectivo este delito.

C. Propuesta de reforma: creación del delito de tráfico de minerales ilegales

Si el problema de fondo que se desea atacar es la contaminación ambiental producida por los actos de minería ilegal, y no la minería ilegal en sí misma, entonces podemos llegar a la conclusión de que la legislación actual en torno a la minería ilegal resulta claramente insuficiente. Existe un gran sector que no ha sido incluido en esta legislación, cuya actuación es esencialmente tan importante como la obtención final del mineral. Nos referimos al conjunto de personas que realizan actos de tráfico (activo o pasivo) del mineral ilegal, quienes finalmente gozan de una absoluta impunidad en esta materia.

La actual legislación sobre minería ilegal, emitida en el contexto del Decreto Legislativo N° 1102, tiene como objetivo final la proscripción de la minería ilegal en sí misma. Por ello, sancionan las acciones conexas que estimulan la generación de minerales ilegales, como son el financiamiento de la minería ilegal o el tráfico de insumos químicos y maquinaria para la minería ilegal. En el primer caso, el objeto del delito es sancionar el traslado de activos a favor de mineros ilegales, para que —de esta forma— se reduzca su capacidad productiva. En el segundo caso del tráfico de insumos químicos y maquinaria, destinados a la minería ilegal, también se busca reducir la capacidad productiva de los mineros ilegales, al reducir los elementos necesarios que necesitan para realizar con normalidad su actividad ilegal.

Las medidas adoptadas son loables, pero sólo son la mitad de un conjunto de medidas que se debieron adoptar para asegurar la protección penal del ambiente. La razón que, probablemente, ha conllevado a esta visión, es la idea de que la desaparición de los actos de minería ilegal traerá consigo el cese de la contaminación ambiental. La mencionada razón es válida, pues efectivamente si la minería ilegal desapareciera,

entonces uno de los grandes actos de contaminación cesaría. Sin embargo, la minería ilegal no va a desaparecer mientras tenga un mercado que adquiera los minerales ilegales y existan personas que realicen actos de tráfico con el mineral ilegal.

Existe una diferencia entre el mineral obtenido de forma legal y aquel que ha sido ingresado de forma ilegal: la carga ambiental. Mientras que, en el primer caso, el minero legal tiene una serie de costos asociados a la protección del medio ambiente, tales como el establecimiento de medidas de protección y de remediación ambiental, políticas de cumplimiento de los instrumentos de la gestión ambiental (LMP y ECA's), entre otros. En el segundo caso, el acto minero ilegal no sólo se realiza cumpliendo la licencia social, ambiental o administrativa, sino que por el contrario se da gastando en los elementos necesarios para la realización del acto ilegal, mas no se invierte en los costos legales para llevarla a cabo. En buena cuenta, se convierte en una actividad donde la rentabilidad, por el precio del mineral, es sumamente alta y los costos de producción son bajos, no por la eficiencia de la actividad ilegal, sino porque estos costos han sido trasladados hacia la población en general.

De ahí que la única propuesta razonable sería que no sólo se proscriba a un sector de la cadena del mineral ilegal, que es la producción, sino se sancione a quienes realicen cualquier acto de promoción del tráfico del mineral ilegal, lo que se concreta en actividades como el transporte del mineral ilegal, la venta del mismo, la compra del mineral, entre otros supuestos de la cadena de distribución del mineral ya producido.

Nuestra legislación penal sanciona al acto de receptación en el art. 194 del Código Penal, el cual consiste en sancionar a quienes adquieran, reciban en donación o prenda o guarden, escondan, vendan o ayuden a negociar a un bien cuya procedencia delictuosa conocían. La sanción prevista por este acto es no menor de uno, ni mayor de cuatro años. Podría entenderse que el tráfico de minerales ilegales podría encontrarse previsto en este artículo; sin embargo, dicha observación sólo sería parcialmente correcta. En primer lugar, si se considerara que el mineral ex-

traído es un bien, y que no existía autorización del titular del mismo (el Estado) para su extracción, entonces es claro que el vendedor del mineral ilegal y el comprador del mismo, estarían sancionados penalmente. Por ende, tanto la venta como la adquisición de mineral ilegal estarían ya sancionados. Sobre este punto sólo cabe hacer una atinencia: si se considera que una actividad ilícita es igualmente reprochable, tanto en la producción como en el tráfico, correspondiendo por tanto una pena igual a ambas conductas (v. gr. El delito de tráfico ilícito de drogas), ¿sería razonable considerar que el productor tenga una sanción mucho mayor que el traficante? La respuesta es evidentemente negativa, lo que justificaría un incremento de pena.

En segundo lugar, los actos de tráfico no se agotan en la venta o la adquisición, existen otros actos de tráfico que no se encuentran cubiertos por la receptación. Es el caso del transporte de minerales ilegales, el cual –en la actualidad– podría ser considerado impune. Una interpretación extensiva consideraría que esta acción podría subsumirse dentro del ayudar a negociar; sin embargo, dicha interpretación no es correcta, pues la ayuda en la negociación forma parte directa de esta actividad, mas el transporte –en sentido estricto– no tiene una cercanía directa con la negociación, sino que se puede considerar un acto previo a la misma.

Ambas razones nos llevan a considerar que es necesaria la creación de un tipo penal que sancione los actos de tráfico de minerales ilegales. Dicha acción requiere ser independizada del delito de receptación, pues este no abarca todas las formas de tráfico y prevé una pena que no se condice con el nivel de protección que se desea dar al medio ambiente, ni con la pena establecida para los actos de producción. De esta forma, la protección penal será más eficiente, pues se aborda el problema teniendo un objeto claro: la evitación de la circulación de mineral ilegal, que es el obtenido sin respetar el conjunto de costos ambientales asociados a la producción, para dar pase a la circulación del mineral legal. El problema pasa de ser la proscripción de una actividad ilícita, a ser

la proscripción de la producción y circulación de mineral ilegal, asociándose estos procesos a la contaminación producida que se encuentra detrás de los mismos.

III. Las formas agravadas

A. La realización de la actividad en zonas prohibidas para la actividad minera

La actividad minera no puede ser realizada en todo lugar, existen zonas especialmente sensibles donde, como paso previo a la realización del acto minero, requieren de un estudio de compatibilidad o *per se* la actividad minera se encuentra prohibida al interior de ellas. El más claro ejemplo es el de los parques nacionales, los cuales son zonas de uso indirecto y no permiten la realización de actividades mineras, sobre todo en zonas de protección estricta. El no uso de la zona tiene dos fundamentos: *a)* la necesidad de conservar *in situ* un sector determinado de la biodiversidad; *b)* el gran impacto generado por la actividad minera en el ecosistema protegido.

La interdicción de la realización de actividades mineras ilegales en las ANP's se encuentra ya sancionadas en la siguiente agravante. Ante ello, subsiste una duda: ¿cuáles son entonces las zonas donde la actividad minera se encuentra prohibida? La respuesta se centra en dos zonas esenciales: las zonas de amortiguamiento y las zonas reservadas.

Una zona reservada es un espacio geográfico determinado, el cual está sujeto a catalogación pues se va a transformar en un ANP; sin embargo, no se tiene la certeza de cuál tipo de ANP será, por lo que se han de realizar estudios en esta área para efectuar dicha catalogación. Las zonas reservadas no llegan a ser consideradas como ANP's, pero han de ser tratadas como tales. Una zona de amortiguamiento es el espacio geográfico que es cercano a un ANP y que es necesario para que sus ecosistemas puedan seguir existiendo con normalidad.

La realización de actividades mineras no es *per se* prohibida en cualquiera de esas zonas, sino que se encuentra sujeta a los mismos requisitos de un área de uso directo. Vale decir, para casos de actividades preexistentes se respetan los derechos previos, siempre y cuando los mismos sean compatibles con los fines de ambas zonas. En caso de actividades posteriores a la creación, estas se encuentran sujetas a un estudio de compatibilidad que es realizado por el Servicio Nacional de Administración de Áreas Naturales Protegidas, que verificará si la actividad minera es o no compatible con el uso de la zona.

No sólo estas dos zonas son las posibles de considerar como lugares donde la actividad minera se encuentra prohibida. También lo serán todas aquellas zonas que, según lo determine la legislación, tengan una finalidad determinada, como es el caso de las zonas arqueológicas, las urbanizaciones, los terrenos que tienen un uso agrícola, entre otros. En estos casos no existe una prohibición expresa de la actividad minera; sin embargo, al ser zonas que tienen usos determinados, se entiende que existe una prohibición general de realizar actividades distintas al fin determinado.

B. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas e indígenas

1. Las áreas naturales protegidas

Las áreas naturales protegidas tienen un único y claro fin: proteger la biodiversidad. Es posible que existan valores asociados que pretendan ser protegidos con ella; sin embargo, no puede concebirse su creación con un fin distinto (v. gr. La creación de una frontera viva o el combate contra una actividad ilícita). Para el cumplimiento correcto de este fin el Estado delimita un espacio geográfico, el cual se dedicará exclusivamente al fin antes mencionado, y, en algunos casos, incluso se llegará a prohibir la realización de ciertas actividades (v. gr.

Parques nacionales)⁽⁹⁾ o limitarla (estudio de compatibilidad para la realización de una determinada actividad económica)⁽¹⁰⁾, y a imponer una carga sobre la propiedad preexistente a su creación⁽¹¹⁾.

Las ANP's tienen una doble clasificación. La primera es la de las denominadas áreas de uso indirecto, las cuales son las que buscan promover la conservación de la biodiversidad en su estado más puro, sin que intervengan en ella agentes externos como el hombre, permitiéndose las actividades de carácter científico. Dentro de ellas se agrupan las siguientes categorías: los parques nacionales⁽¹²⁾, los santuarios na-

-
- (9) El objeto de la protección penal de un ANP, sobre todo en áreas de uso indirecto y más aún en las zonas de protección estricta, puede proscribir la realización de todo tipo de actividad al interior de esta zona del ANP.
- (10) La realización de un tipo de actividad, *per se*, no se encuentra prohibida, sino tan sólo se encuentra limitada a una serie de requisitos, de los cuales destaca el estudio de compatibilidad que se analiza en función de la naturaleza de la actividad, el plan maestro y la zonificación de la misma. Un ejemplo claro de esta actividad son los hidrocarburos, cuya extracción no es prohibida, sino que está sujeta a una serie de parámetros. Para un mayor detalle, ver CALLE VALLADARES, Isabel y BREHAUT, Iván, *Manual para autoridades: Superposición de lotes de hidrocarburos con áreas naturales protegidas*, SPDA, 2007, pp. 8-34.
- (11) La propiedad preexistente a la creación de un ANP se limita en un solo punto: la transferencia, pues el propietario está obligado a dar al Estado la opción de compra del predio que desee vender, para que éste pueda ejercer su derecho de retracto. El Estado tendrá 30 días desde que el particular le comunica de su decisión de venta. La constitución de un ANP es una limitación al derecho real de uso, la misma que es inscribible en los Registros Públicos. Lo inscribible es la carga de la utilización del predio, la cual no es la no afectación de los fines con los cuales fue creada el ANP. Para un mayor detalle sobre la limitación a la propiedad en un ANP, aunque sobre la base de la experiencia comparada, puede verse GONZÁLES PORRAS, José Manuel, "Los límites a los derechos de propiedad en los parques naturales y otros espacios protegidos", en *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de ciencias, de letras y de bellas artes*, N° 151, Real Academia de Córdoba, de ciencias, de letras y de bellas artes. Córdoba, 2006, pp. 255-258.
- (12) Art. 22 a: "áreas que constituyen muestras representativas de la diversidad natural del país y de sus grandes unidades ecológicas. En ellos se protege con carácter intangible la integridad ecológica de uno o más ecosistemas, las asociaciones de la flora y fauna silvestre y los procesos sucesionales y evolutivos, así como otras características, paisajísticas y culturales que resulten asociadas."

cionales⁽¹³⁾ y los santuarios históricos⁽¹⁴⁾. La segunda clase agrupa a las áreas de uso directo, las cuales se permite el uso directo del área natural para actividades humanas, como actividades extractivas, turísticas, entre otras. Podemos encontrar a las siguientes categorías dentro de esta clasificación: reservas paisajísticas⁽¹⁵⁾, refugios de vida silvestre⁽¹⁶⁾, reservas nacionales⁽¹⁷⁾, reservas comunales⁽¹⁸⁾, bosques de protección⁽¹⁹⁾ y los cotos de caza⁽²⁰⁾⁽²¹⁾.

-
- (13) Art. 22.b: "áreas donde se protege con carácter intangible el hábitat de una especie o una comunidad de la flora y fauna, así como las formaciones naturales de interés científico y paisajístico."
- (14) Art. 22.c: "áreas que protegen con carácter de intangible espacios que contienen valores naturales relevantes y constituyen el entorno de sitios de especial significación nacional, por contener muestras del patrimonio monumental y arqueológico o por ser lugares donde se desarrollaron hechos sobresalientes de la historia del país"
- (15) Art. 22.d: "áreas donde se protege ambientes cuya integridad geográfica muestra una armoniosa relación entre el hombre y la naturaleza, albergando importantes valores naturales, estéticos y culturales."
- (16) Art. 22.e: "áreas que requieren intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitats, así como para satisfacer las necesidades particulares de determinadas especies, como sitios de reproducción y otros sitios críticos para recuperar o mantener las poblaciones de tales especies."
- (17) Art. 22.f: "áreas destinadas a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos de flora y fauna silvestre, acuática o terrestre. En ellas se permite el aprovechamiento comercial de los recursos naturales bajo planes de manejo, aprobados, supervisados y controlados por la autoridad nacional competente."
- (18) Art. 22.g: "áreas destinadas a la conservación de la flora y fauna silvestre, en beneficio de las poblaciones rurales vecinas. El uso y comercialización de recursos se hará bajo planes de manejo, aprobados y supervisados por la autoridad y conducidos por los mismos beneficiarios. Pueden ser establecidas sobre suelos de capacidad de uso mayor agrícola, pecuario, forestal o de protección y sobre humedades."
- (19) Art. 22.h: "áreas que se establecen con el objeto de garantizar la protección de las cuencas altas o colectoras, las riberas de los ríos y de otros cursos de agua y en general, para proteger contra la erosión a las tierras frágiles que así lo requieran. En ellos se permite el uso de recursos y el desarrollo de aquellas actividades que no pongan en riesgo la cobertura vegetal del área. "
- (20) Art. 22.i: "áreas destinadas al aprovechamiento de la fauna silvestre a través de la práctica regulada de la caza deportiva."
- (21) Las categorías antes señaladas se encuentran en la Ley de Áreas Naturales Protegidas (Ley N° 26834), específicamente en el art. 22. Un análisis interesante, de cara a la

Si bien toda ANP constituye una unidad, ello no significa que todo el espacio en su interior tenga un mismo uso. El ANP puede ser zonificada y a cada zona podría asignársele un uso distinto. De acuerdo al art. 23 de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, al interior de un ANP pueden converger todas las siguientes zonas: zonas de protección estricta⁽²²⁾, zonas silvestres⁽²³⁾, zonas de uso turístico y recreativo⁽²⁴⁾, zonas de aprovechamiento directo⁽²⁵⁾, zonas

clasificación propuesta por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, puede encontrarse en: PULGAR-VIDAL OTÁROLA, Manuel y CALLE VALLADARES, Isabel, "Las áreas naturales protegidas", en *Manual de Derecho Penal Ambiental*, SPDA, Lima, 2010, pp. 89-92.

- (22) Art. 23.a: "Zona de Protección Estricta (PE): Aquellos espacios donde los ecosistemas han sido poco o nada intervenidos, o incluyen lugares con especies o ecosistemas únicos, raros o frágiles, los que, para mantener sus valores, requieren estar libres de la influencia de factores ajenos a los procesos naturales mismos, debiendo mantenerse las características y calidad del ambiente original. En estas Zonas sólo se permiten actividades propias del manejo del área y de monitoreo del ambiente, y excepcionalmente, la investigación científica."
- (23) Art. 23.b: b. "Zona Silvestre (S): Zonas que han sufrido poca o nula intervención humana y en las que predomina el carácter silvestre; pero, que son menos vulnerables que las áreas incluidas en la Zona de Protección Estricta. En estas zonas es posible, además de las actividades de administración y control, la investigación científica, educación y la recreación sin infraestructura permanente ni vehículos motorizados".
- (24) Art. 23.c: "Zona de Uso Turístico y Recreativo (T): Espacios que tienen rasgos paisajísticos atractivos para los visitantes y, que por su naturaleza, permiten un uso recreativo compatible con los objetivos del área. En estas zonas se permite el desarrollo de actividades educativas y de investigación, así como infraestructura de servicios necesarios para el acceso, estadía y disfrute de los visitantes, incluyendo rutas de acceso carrozables, albergues y uso de vehículos motorizados."
- (25) Art. 23.d: "Zona de Aprovechamiento Directo (AD): Espacios previstos para llevar a cabo la utilización directa de flora o fauna silvestre, incluyendo la pesca, en las categorías de manejo que contemplan tales usos y según las condiciones especificadas para cada ANP. Se permiten actividades para la educación, investigación y recreación. Las Zonas de Aprovechamiento Directo sólo podrán ser establecidas en áreas clasificadas como de uso directo, de acuerdo al Art. 21 de la presente Ley."

de uso especial⁽²⁶⁾, zonas de recuperación⁽²⁷⁾ y zonas histórico-culturales⁽²⁸⁾.

Dada la especial relevancia de un ANP para la protección de la biodiversidad, es que las mismas gozan de una protección penal más intensa, lo que evidentemente justifica que una actividad de minería ilegal al interior de las mismas sea mucho más reprochable.

2. Tierras de comunidades campesinas, nativas e indígenas

El acto minero ilegal puede ser realizado en zonas de especial protección, las cuales no pertenecen al Estado, sino a particulares con personería jurídica propia (comunidades campesinas y nativas). Al respecto, es necesario detallar que ha de interpretarse por dichos elementos normativos. El concepto de comunidad es un grupo humano asentado en un espacio geográfico determinado, que tiene un nexo cultural común. Este concepto, al coincidir con el de asentamiento tradicional y originario en un lugar, forma la esencia de lo que es el género de pueblo indígena u originario. Vale decir, todo aquel pueblo que –asentado en un lugar– pertenece a un grupo étnico determinado y comparte una cultura en común, la cual data desde hace mucho tiempo.

(26) Art. 23.e: "Zona de Uso Especial (UE): Espacios ocupados por asentamientos humanos preexistentes al establecimiento del Área Natural Protegida, o en los que por situaciones especiales, ocurre algún tipo de uso agrícola, pecuario, agrosilvopastoril u otras actividades que implican la transformación del ecosistema original."

(27) Art. 24.f: "Zona de Recuperación (REC): Zona transitoria, aplicable a ámbitos que por causas naturales o intervención humana, han sufrido daños importantes y requieren un manejo especial para recuperar su calidad y estabilidad ambiental, y asignarle la zonificación que corresponde a su naturaleza."

(28) Art. 24.g: "Zona Histórico-Cultural (HC): Define ámbitos que cuentan con valores históricos o arqueológicos importantes y cuyo manejo debe orientarse a su mantenimiento, integrándolos al entorno natural. Es posible implementar facilidades de interpretación para los visitantes y población local. Se promoverán en dichas áreas la investigación, actividades educativas y uso recreativo, en relación a sus valores culturales."

Estos pueblos preexisten a su calificación jurídica y tienen una connotación más sociológica que jurídica. Los mismos adquieren personería, y asociados a ella derechos sobre ciertos bienes como la tierra que poseen, desde la Constitución de 1979, la cual reconoció la categoría de comunidades campesinas y nativas. Ambos adquirieron el status de personas jurídicas y, por tanto, se convirtieron en sujetos de derechos y deberes colectivos.

La distinción entre ambas categorías es el lugar del asentamiento, lo que también identificaría su relación con los procesos productivos. Las comunidades que se asentaron en los Andes y ciertas zonas de la costa, se denominaron comunidades campesinas. Las comunidades que se asentaron en la selva se han venido a denominar comunidades nativas.

El tercer elemento, el de comunidades indígenas, no tiene una definición normativa exacta, pues la concreción normativa de las poblaciones indígenas son las comunidades campesinas y las nativas. No obstante, es posible considerar como comunidades indígenas a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Este grupo humano no tiene un lugar especial de asentamiento, por lo que en sentido estricto no posee un espacio geográfico que pueda considerarse propio. El Estado reconoce su capacidad de autodeterminación y los protege del contacto no deseado, para lo cual crea reservas territoriales en las cuales estas poblaciones tienen su área de influencia. Dicho estatus es provisional, pues en el momento que decidan asentarse podrán convertirse en una comunidad nativa o campesina.

En cualquiera de los tres casos un elemento central es el reconocimiento jurídico del status por parte del Estado, de forma previa a la realización de la actividad delictiva. En el caso de la comunidad campesina o comunidad nativa, deberá ser reconocida la personalidad jurídica de la comunidad y su territorio deberá estar geográficamente delimitado. En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la acción sólo se realizará si el acto minero ilegal tiene lugar en una reserva nacional creada antes de su realización, pues sólo a partir de dicho acto administrativo existe el deber de respeto sobre este espacio geográfico.

C. Utilizando dragas, artefactos u otros similares

La draga es una máquina que succiona materiales de los lechos de un río, los cuales son la base para la extracción del mineral contenido en ellos. La definición de que artefactos son los que se refiere la presente norma puede ser encontrada en el D.L. N° 1100, el cual señala –en su artículo, numeral 1– que son:

- Las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.
- Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras.
- Otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta.
- Cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.

Es evidente que esta agravante tiene un sector de la minería al cual va dirigido exclusivamente: la minería aluvial. En el caso de la minería de socavón o la de tajo abierto, no son requeridas las dragas para su actividad, pues el mineral se extrae de vetas. En el caso de la minería aluvial, el mineral se extrae de los ríos o cualquier otro cuerpo de agua que contenga acumulación de estos recursos naturales. Para hacer una extracción mucho más grande se utilizan estos artefactos, los cuales aumentan la capacidad de producción del minero ilegal, de la mano que causan un daño ambiental mucho mayor.

D. Utilización de instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud, o, el patrimonio de las personas

En la presente agravante, se sanciona el uso de instrumentos altamente peligrosos. Sobre estos, no existe una definición taxativa, dando un amplio margen al juzgador para subsumir dentro de esta agravante a todo objeto o instrumento peligroso. Cabe señalar que dicha interpretación tiene un límite muy adecuado: que el instrumento sea

susceptible de poner en peligro la vida, la salud, o el patrimonio de las personas.

Ésta es una conducta de peligro, dado que no es necesario que el instrumento utilizado haya causado un daño, sino que basta la potencialidad del mismo para configurar la acción delictiva.

Un supuesto sumamente interesante podría ser la utilización de explosivos no autorizados por parte del minero ilegal, como es el caso de la dinamita. En este caso, podría considerarse que la acción sólo debería ser subsumida dentro del delito de minería ilegal agravada, mas no configuraría otro delito. Desde nuestra perspectiva, esto no es preciso, dado que la persona habría configurado con su acción un doble delito: el delito de tenencia de materiales explosivos, que se justifica por el almacenamiento de dinamita sin contar con la autorización correspondiente; y, el delito de minería ilegal agravada, siempre y cuando el acto minero no autorizado se hubiere concretado o podido concretar en un daño ambiental, para lo cual se hubiera utilizado dicha dinamita.

E. Si se afectan sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo humano

La minería, necesariamente, requiere de agua para poder realizar sus procesos productivos. Existe en torno al agua utilizada un procedimiento para tratar el agua utilizada en estos procesos. En el caso de la minería ilegal, por lo general, el minero ilegal no realiza el tratamiento de las aguas que utiliza, lo cual evidentemente puede causar un daño al medio ambiente, en función del tipo de procedimiento utilizado.

El uso de las aguas, al interior del territorio nacional, precisa de la autorización de la Autoridad Nacional del Agua, la misma que es la entidad estatal con capacidad de disposición en torno a ella. No toda agua se encuentra destinada al consumo humano, aunque pueda ser apta para tal, sino sólo un grupo específico de aguas es el que se dedica al mismo.

La presente agravante también comprende la afectación de sistemas de irrigación, como consecuencia del acto de minería ilegal. Para ambos supuestos, será necesario acreditar que el minero ilegal conocía que el vertimiento que realizaba iba a recaer en un cuerpo de agua que tuviera cualquiera de los dos mencionados usos. No bastará que una población dé un uso determinado a un cuerpo de agua, sino que dicho uso deberá corresponder con la categorización realizada por el ANA.

En ambos casos, tanto en lo referente a sistemas de irrigación, como a las aguas destinadas al consumo humano, se requiere una afectación real. La norma no precisa qué se ha de entender por una afectación real; sin embargo, sobre la base de una interpretación sistemática que parta sobre el esquema del delito de contaminación ambiental, debe considerarse que una afectación es la superación de un límite máximo permisible, o la superación del estándar de calidad de ambiental del cuerpo de agua. Al realizar estas acciones deberá comprobarse que el cuerpo de agua posee un cuerpo, sobre todo metálico, en proporciones que impidan que las mismas puedan seguir prestando el uso para el que habían sido destinadas.

F. Aprovechamiento de la condición de funcionario público o servidor público

El funcionario público es aquella persona que ha sido dotado por el Estado de la administración de un sector del poder; mientras que el servidor público es aquel que realiza actividades destinadas a apoyar el correcto ejercicio de la función pública. Ambos, en su respectivo sector, tienen una capacidad de decisión sobre el funcionamiento de la actividad estatal, lo que los pone en una situación de especial ventaja sobre el ciudadano normal.

Por ello, en el caso de un funcionario o un servidor, la infracción a sus deberes administrativos, que conlleve a un reproche penal, es mayor, dado que no sólo tienen un deber negativo, sino que claramente

también tienen un deber institucional. Por ende, este reproche implicará una mayor sanción penal.

Es necesario distinguir que se sanciona al aprovechamiento del cargo, y no, la realización del acto de minería ilegal en el ejercicio de un cargo. En el primer caso, la conducta requiere que la persona se haya valido del cargo, de cualquier manera, aprovechándose del mismo, para poder realizar el acto de minería ilegal. Por ejemplo, es el caso de aquel funcionario de un Gobierno Regional que evita las fiscalizaciones ambientales en una determinada área, porque en ella operan mineros ilegales a los cuales él dirige. En el segundo caso, no es necesario que el funcionario o servidor usen su cargo, sino por el solo hecho de tener dicha condición y realizar la conducta, ya son sancionados de forma agravada. Este último supuesto no ha sido previsto en nuestra norma. Un ejemplo de ello es el caso de aquel servidor judicial que por las mañanas trabaja para el Estado, y por las tardes, en sus ratos libres, se dedicara a la minería ilegal.

G. Empleo de menores o inimputables para la comisión de este ilícito

Finalmente, la última agravante es que se utilice a menores o inimputables para la comisión del delito. No existe mayor dificultad en comprender que un menor es aquella persona que tiene menos de 18 años de edad, dado que el Código Penal en el art. 20, numeral 2, exime de responsabilidad a éste. Con ello, se cierra un posible debate, proveniente del Derecho civil, en relación a aquellas personas que son menores de 18 años, pero que ya son capaces civiles.

En lo referente al inimputable, la definición del mismo se encuentra dada en el Código Penal, el cual en el art. 20, numeral 1. Según esta norma, un inimputable es quien tuviere una anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o sufriera alteraciones de la percepción, los cuales afecten su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acción o no pueda determinarse según esta comprensión.

IV. Delitos conexos

De forma conexa a la proscripción de los actos de minería no autorizados, se crearon tipos penales destinados a evitar la producción del mineral en cualquiera de sus fases, tales como: *a)* el financiamiento de la minería ilegal, destinado a proveer de fondos al minero ilegal para la realización de su actividad; *b)* la obstaculización de la fiscalización administrativa, destinada a reforzar la actividad de fiscalización que permita descubrir casos de minería ilegal; y *c)* el tráfico de insumos químicos y de maquinaria destinados a la minería ilegal, que busca que el acto minero sea más difícil de ser realizado, ante la falta de estos elementos necesarios para esta actividad.

A. El financiamiento de la minería ilegal

La acción típica consiste en proveer de recursos económicos a aquella persona que va a realizar una actividad de minería ilegal. El financiamiento no debe ser entendido, exclusivamente, como el otorgamiento de dinero hacia quien realiza la actividad ilegal. Por el contrario, es posible considerar que cualquier aporte de activos para la realización del acto de minería ilegal podría ser considerado una especie de financiamiento. Por ejemplo, la entrega de maquinarias para la actividad minera, la entrega de insumos químicos para la separación del mineral, la entrega de herramientas menores para la extracción, entre otros supuestos de entrega de activos a favor del minero ilegal.

Un supuesto que vale la pena mencionar es el del caso de aquella persona que compra un mineral ilegal. ¿Podría considerarse que su acción constituye un acto de financiamiento de la minería ilegal? Al respecto, es posible considerar que el comprador es un financiador, en la medida que es con su dinero que se posibilitará la comisión de una actividad que afecte al medio ambiente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, ello no es posible porque la financiación es un acto previo con un objetivo determinado: procurar la obtención de un mineral ilegal. El comprador participa en un momento posterior a la realización del acto

de minería ilegal, pues cuando adquiere el mineral el proceso productivo se encuentra ya realizado, por lo que no cabría un financiamiento cuando el delito ya se encuentra consumado. En todo caso, si se desea sancionar al comprador, podría proscribirse directamente la compra de minerales ilegales o el tráfico de los mismos, tal como hemos propuesto en la primera parte.

B. La obstaculización de la autoridad administrativa

La autoridad administrativa tiene el deber de evaluar, controlar o fiscalizar las actividades mineras realizadas en el territorio nacional. En materia de formalización de minería ilegal, la entidad competente para realizar estas acciones es la Dirección Regional de Energía y Minas de cada Región, salvo para el caso de Madre de Dios, la cual tiene un tratamiento diferenciado para esta materia.

La acción básicamente consiste en el impedimento de las acciones antes descritas por parte de una o más personas. De cara al objeto de protección del título de este delito (delitos ambientales), nos encontramos frente a un delito de peligro, dado que el solo impedimento de que la autoridad realice la acción de control es el que configura la acción típica, sin que sea necesario comprobar que los administrados hubieran estado realizando un acto de minería ilegal que afectara –o pudiera afectar– al medio ambiente. De ahí que la sanción por esta acción sea especialmente elevada, pues no es cualquier desobediencia la sancionada, sino será aquella que se presume hecha para ocultar una acción contaminante.

C. El tráfico de insumos y maquinarias para la minería ilegal

Finalmente, la norma reseñada prevé un último tipo penal, el cual fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1107. Nos referimos al tráfico de insumos químicos y de maquinaria, destinados para la minería ilegal.

En la primera modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o

almacenamiento de insumos químicos. El primer elemento normativo es la infracción de leyes o reglamentos sobre las conductas antes descritas que regulan a los insumos químicos. Como es conocido, son muchos los insumos químicos que pueden ser utilizados en los procesos de minería; sin embargo, no necesariamente se encuentra reglamentada la realización de cualquiera de las ocho conductas antes descritas. Por ende, ante la inexistencia de reglamento de la materia, existirían insumos químicos que pueden ser destinados a la minería, pero si una de las ocho conductas descritas, no se encuentra regulada, entonces la persona que la cometa no realizará una acción típica de tráfico de insumos químicos.

Desde nuestro punto de vista, esta redacción debería variar sustancialmente, dejando de lado la necesidad de que se regule previamente, en una ley o reglamento, la realización de cualquiera de una de las 8 conductas sobre un insumo químico determinado. De esta forma, se ampliaría el espectro de conductas sancionadas y se estaría emitiendo una norma más eficaz de proscripción de elementos necesarios para la minería ilegal.

Si bien no se señala cuáles son los insumos químicos que han de ser proscritos, sí se puede entender que serán aquellos que se encuentran en relación directa con la realización del acto de minería. No obstante, a este elemento, debe agregarse que se tratará sólo de aquellos cuyo adquisición, venta, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento se encuentren regulados.

Asimismo, esta modalidad –que es eminentemente dolosa– prevé un elemento subjetivo de trascendencia interna: el propósito del autor de que la acción sobre el insumo químico tenga como destino la minería ilegal.

En la segunda modalidad, la conducta típica es la adquisición, venta, arrendamiento, transferencia o cesión en uso –de cualquier título–, distribución, comercialización, transporte, importación, posesión o almacenamiento de maquinarias, las cuales deden tener como finalidad el servir para la realización de una actividad propia de la minería.

V. Conclusión

El delito de minería ilegal, así como sus delitos conexos, forman parte de una estrategia de lucha frontal, y desde distintos sectores, en contra de la minería ilegal, cuyo énfasis principal es la sanción de las actividades ilícitas de minería sin contar con la autorización ambiental. Sin embargo, no se debe perder de vista que el objetivo final de estas medidas no es otro que la protección penal del medio ambiente.

Tal como puede apreciarse, la actual normativa sólo sanciona a un sector de la cadena del tráfico ilegal de minerales ilegales, al productor; mas no sanciona, o en algunos casos no lo hace suficientemente, al otro gran sector que es aquel que trafica y que compra los minerales ilegales. El mineral ilegal tiene tras de sí una grave carga ambiental que es trasladada hacia todas las personas. Por ende, para dar una protección integral al medio ambiente, no sólo se debería prohibir la realización de las actividades de producción de la minería ilegal, sino que debería atarse a la cadena completa de circulación del mineral ilegal, en buena cuenta: a los productores (cuya conducta ya está prevista) y los traficantes.

La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?

PROF. DR. RAÚL PARIONA ARANA (*)

I. Preliminares

1. Una de las novedades que trae consigo el Código Procesal Penal del 2004 y que en cierta medida contribuye a dar identidad al nuevo modelo procesal, es la especial consecuencia jurídica asignada a la formalización de la investigación preparatoria. El artículo 339.1 NCPP lo señala expresamente: *“La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”*. Mediante esta norma, el legislador peruano crea una nueva regla de prescripción a ser aplicada en el nuevo proceso penal: Siempre que se formalice la investigación, la prescripción debe suspenderse, lo cual permitirá a la administración de justicia juzgar el caso y, de encontrar culpable a los procesados, imponerles la sanción penal que corresponde, todo sin el obstáculo de impunidad que significa la prescripción.

(*) Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Universidad de San Martín de Porres y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados. Doctor y magíster en Derecho por la Universidad de Múnich (Alemania).

Abreviaturas utilizadas: ADP: Anuario de Derecho Penal; art.: artículo; CP: Código Penal; NCPP: Código Procesal Penal de 2004; p.: página; pp.: páginas.

Sin embargo, pese a la claridad del texto expreso de la ley, parte de la doctrina plantea una interpretación que va más allá del sentido literal posible de la norma, dejando de lado la obligación básica y fundamental que tiene todo intérprete: someterse al mandato legal. Amparados en un entendimiento "especial" de las reglas que regulan la institución de la prescripción, afirman que allí donde la norma ordena que el curso de la prescripción se *suspenda*, debe entenderse que se *interrumpe*.

2. ¿Es válido este modo de proceder en la interpretación de la norma? En las páginas que siguen, como una contribución a la teoría de la prescripción, se analiza cuál es el correcto sentido de la norma contenida en el art. 339.1 NCPP y se da respuesta a la interrogante de si esta norma regula una *suspensión* o una *interrupción* de la prescripción.

II. La prescripción en el ordenamiento jurídico

3. Según la razón de la justicia, quien infringe las leyes básicas que sustentan la convivencia de los hombres en comunidad debe ser sancionado. Dejar impune este atentado corrompe las bases de convivencia de la sociedad. La ley es el *imperativo categórico* que posibilita la vida civilizada. Este principio de justicia rige el Derecho moderno: a la comisión de un delito debe seguir su sanción penal.

No obstante, en el Derecho penal moderno, se ha establecido legalmente algunas *excepciones* a este principio de justicia. Una de ellas es la prescripción. El Estado renuncia a la persecución del delito cuando el paso del tiempo ha cubierto el crimen con el manto del olvido y es prioritario maximizar esfuerzos en la persecución de otros delitos, dando prioridad a los más recientes y dejando de lado aquellos ocurridos muy lejos en el pasado, pues la sanción de hechos ocurridos hace tiempo no logrará más los efectos preventivos deseados. La prescripción es, en suma, una autolimitación del Estado bajo consideraciones de políticacriminal.

De esto se sigue que el principio general que gobierna la justicia penal es la sanción al delincuente y no la prescripción. La prescripción

es una autolimitación (excepcional) del Estado que renuncia a la persecución penal. El delincuente no puede reclamar la impunidad de sus delitos, salvo que el Estado lo haya previsto así en la ley, en la forma y modo acorde con su política judicial.

4. Siendo la prescripción un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, se puede concluir que la naturaleza jurídica de la prescripción es procesal, es decir, se trata de una institución jurídica de *carácter procesal*⁽¹⁾. En efecto, según las leyes peruanas, la prescripción es un impedimento procesal para la persecución del delito. Por eso, transcurrido el tiempo establecido en el art. 80 y 83 CP, no se podrá iniciar más un proceso penal contra el presunto autor o, existiendo uno, éste debe archivarse definitivamente.

Algunas voces en la doctrina nacional han señalado, sin atender a la especial regulación que la prescripción tiene en nuestro ordenamiento jurídico, que la prescripción tendría *carácter sustantivo*⁽²⁾, es decir, que el mero transcurso del tiempo eliminaría el carácter delictuoso del hecho cometido convirtiendo lo ilícito en lícito. Desde esta postura se defiende que el transcurso del tiempo eliminaría el injusto y la culpabilidad, en suma, que la prescripción extinguiría la *responsabilidad* penal⁽³⁾.

En la actualidad, esa concepción, sustentada en teorías defendidas a comienzos del siglo pasado, ha sido totalmente superada y prácticamente carece de defensores⁽⁴⁾. Queda claro entonces que la prescripción no elimina el delito, que el simple transcurso del tiempo no elimina

(1) JESCHECK refiere que el carácter procesal de la prescripción se ha hecho dominante a raíz del cambio jurisprudencial operado en Alemania en 1942, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte General*, 1996, p. 912. Según ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 2009, § 21, n. marg. 9, la nueva doctrina y jurisprudencia asumen un carácter procesal puro de la prescripción.

(2) Por todos, cfr. Sólo PANTA CUEVA, en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Lima, 2010, p. 101.

(3) Panta Cueva, en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, p. 101.

(4) Actualmente, se defiende más bien la concepción procesal y la concepción mixta.

el injusto ni la culpabilidad. Un hecho es considerado delito porque la ley le asigna una pena. Ya en el siglo pasado, el jurista alemán *Reinhard Maurach* fue categórico al respecto: “un delito no pierde esta característica por el solo hecho del transcurso del tiempo, del mismo modo que un acto de gracia a su respecto tampoco lo despoja de su ilicitud”⁽⁵⁾.

Además, una perspectiva *sustantiva* no podría explicar la particular regulación que nuestra ley penal hace de la prescripción, como, por ejemplo, la renuncia a la prescripción de la acción penal (artículo 91 del CP). En efecto, si el transcurso del tiempo elimina el delito (el injusto y la responsabilidad), ¿cómo legitimar la persecución penal de un ciudadano que ha renunciado a la prescripción, si el delito ya no “existe”?

5. La prescripción, según nuestro ordenamiento legal, supone más bien un impedimento procesal para la persecución del delito. Según las normas de nuestro ordenamiento jurídico –y nunca se debe perder de vista este criterio de interpretación– no prescribe el *hecho*, el *ilícito*, o la *responsabilidad penal*; en suma, el paso del tiempo no hace desaparecer el *delito*. La prescripción se constituye únicamente en un “obstáculo procesal”.

III. Art. 339.1 NCPP: ¿interrupción o suspensión?

6. El Código Procesal Penal del 2004 trae consigo una nueva regla de prescripción a ser aplicada en el nuevo sistema procesal penal: “La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal” (art. 339.1). Un sector de la doctrina ha creído encontrar en esta formulación un “problema de claridad”, y una supuesta incompatibilidad con la regulación de la prescripción prevista en el Código Penal. Sobre esta base han ensayado interpretaciones del art. 339.1 NCPP arribando a conclusiones totalmente opuestas a las expresadas en la fórmula legal. Incluso se ha llegado a afirmar que pese a que la norma refiere expresamente que la formalización de la investigación pre-

(5) MAURACH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo II, 7ª ed., 1989, § 75, n. marg. 15.

paratoria *suspende* la prescripción, debe entenderse que ésta *interrumpe* la prescripción, es decir, se alega que “el legislador dijo lo que no dijo”.

No se trata en absoluto de un inocuo juego de palabras. Tampoco pasa por sustituir ligeramente un término por otro. La interpretación en uno u otro sentido tiene consecuencias de relevancia. La *suspensión* de la prescripción supone la *paralización* del curso de la misma, en cambio, la *interrupción* de la prescripción supone únicamente una *perturbación* del curso de la prescripción, pues si bien queda sin efecto el tiempo transcurrido, después de la interrupción –según el extendido entendimiento del art. 83 *in fine* del Código Penal– la acción penal prescribirá “en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción”.

En el marco del nuevo proceso penal, ello significa que si se suspende la prescripción, no existirá ningún obstáculo para que la justicia juzgue al imputado, por el contrario, si se entiende que se interrumpe la prescripción, entonces la acción de la justicia podría bloquearse en pleno juzgamiento por efectos de la prescripción, dejando impune el delito, sin que se sepa la verdad de los hechos, con las consiguientes nefastas consecuencias que esto implica para la institucionalidad y legitimidad de la justicia.

A. La tesis de la interrupción

7. Pese a la claridad de la ley, algunos juristas consideran que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *interrupción* de la prescripción. Así, se puede observar que *Gálvez Villegas/Rabanal Palacios/Castro Trigo*so afirman categóricamente: “creemos que el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción, y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión”⁽⁶⁾. La razón sería que “la actuación del Ministerio Público, en este caso, iniciando for-

⁽⁶⁾ GÁLVEZ VILLEGAS/RABANAL PALACIOS/CASTRO TRIGOSO, *El código procesal penal*, Lima, 2008, p. 673.

malmente la investigación preparatoria (con lo cual da cuenta al Juez de dicha decisión), encaja claramente en el supuesto de interrupción”(7). Siguiendo esta línea de interpretación, los citados autores señalan que existiría una contradicción entre el art. 339.1 NCPP y el art. 83 CP. En ese sentido, señalan: “Siendo así, y estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal, y por tanto, será éste la norma especial y por tanto aplicable al presente caso; consecuentemente, la antinomia se resolverá dando preeminencia a la norma sustantiva. En este orden de ideas, la prescripción se interrumpirá no sólo con el inicio de la investigación preparatoria, sino también con las actuaciones preliminares del Fiscal”(8).

8. La tesis de la interrupción es igualmente defendida por *Peña-Cabrera Freyre*, quien sostiene que la formalización de la investigación preparatoria sólo puede “provocar la interrupción de la acción penal y no lo suspensión, tal como se ha propuesto en la redacción normativa, pues los efectos de una y otra son en suma diversos. Los plazos de prescripción se suspenden, cuando el comienzo o la continuación del proceso penal, dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento; cuando en otra vía se está ventilando el hecho—presuntamente delictivo—, o se requiera de un pronunciamiento administrativo (antejuicio constitucional), así se desprende del artículo 84° del CP. Por consiguiente, el legislador se ha equivocado enormemente, al haber empleado el término suspensión”(9).

9. *Panta Cueva*(10) va en la misma dirección. Si bien él reconoce que de *lege lata* el art. 339.1 regula una *suspensión*; sin embargo, manifiesta

(7) GÁLVEZ VILLEGAS/RABANAL PALACIOS/CASTRO TRIGOSO, *El código procesal penal*, p. 676.

(8) GÁLVEZ VILLEGAS/RABANAL PALACIOS/CASTRO TRIGOSO, *El código procesal penal*, p. 677.

(9) PEÑA-CABRERA FREYRE, *Nuevo Código Procesal Penal*, Tomo II, Lima 2007, pp. 268-269.

(10) PANTA CUEVA, en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, p. 93 y ss.

que esta regulación no es la más correcta, por lo que propone una reforma legislativa en la que la formalización de la investigación *interrumpa* la prescripción.

En su estudio dedicado al tema refiere que la regulación del art. 339.1 NCPP se debe a que nuestro legislador habría imitado el modelo procesal chileno sin haber sabido adaptarlo. Él reconoce: “queda claro que la formalización –a tenor de lo prescrito por el artículo 339.1 del CPP de 2004– conlleva automáticamente la suspensión de la prescripción del plazo extraordinario. En consecuencia, se estaría abrogando automáticamente el artículo 83 del CP, pues dicho efecto a nuestro parecer se extiende hasta que el proceso penal culmine.”⁽¹¹⁾ Sin embargo, pese al reconocimiento hecho, él opina que “no resultaría correcto que el artículo 339.1 del CPP de 2004 contemple a la formalización de la investigación preparatoria como una causa de suspensión de la prescripción extraordinaria, pues, además, la formalización no es más que una actuación del Ministerio Público que promociona la acción penal (acto postulatorio verificable), lo que según el artículo 83 de nuestro CP, es una causal de interrupción, por lo que es evidente que existe una contradicción entre el artículo 339.1 del CPP de 2004 y el artículo 83 del CP”⁽¹²⁾.

B. Suspensión de la prescripción – Concepción personal

10. Las objeciones que se plantean contra la regulación de la prescripción en el art. 339.1 NCPP son infundadas y las interpretaciones que se proponen son visiblemente incorrectas. A mi juicio, un adecuado entendimiento de esta disposición normativa –bajo los puntos de vista de la finalidad política del legislador (*interpretación teleológica*) y de la relación entre las disposiciones que regulan la prescripción (*interpretación sistemática*)– debe llevar a la conclusión de que lo que se regula en el artículo 339.1 NCPP es un supuesto de *suspensión*.

(11) PANTA CUEVA, en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, p. 116.

(12) PANTA CUEVA, en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, pp. 116-117.

a) *Fundamento de base en la racionalidad del nuevo modelo procesal*

11. El legislador ha sido muy claro en el art. 339.1 NCPP al establecer que la consecuencia jurídica de la formalización de la investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal es la *suspensión* de la prescripción. Esta decisión responde a la racionalidad del nuevo modelo procesal que pretende superar los defectos del anterior modelo. La lentitud del anterior proceso penal, y las facilidades para la impunidad por medio de la prescripción que ello suponía, impulsó al legislador a optar por suspender el curso de la prescripción una vez que el Ministerio Público hubiese formalizado la investigación preparatoria.

12. Esta opción político-criminal del legislador es acertada. En el nuevo sistema procesal, procederá la *prescripción ordinaria* hasta antes que se dé inicio a las diligencias preliminares y procederá la *prescripción extraordinaria* desde el inicio de las diligencias preliminares hasta antes que se formalice la investigación preparatoria. Pero con la formalización de la investigación la prescripción deberá suspenderse. Esto es razonable, puesto que la formalización de la investigación preparatoria revela un avance significativo en la persecución penal: se tiene indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado a los imputados. Se ha logrado determinar los hechos criminales, tipificar los delitos cometidos y se ha identificado a los presuntos autores y partícipes (art. 336 NCPP). En el marco de la realización de la justicia penal, lo que debe seguir es entonces que un tribunal juzgue al imputado, el cual debe culminar con una declaración de culpabilidad o inocencia. Este proceso no puede ser bloqueado con la impunidad que implica la prescripción.

La finalidad (*telos*) de la norma es evitar los casos en los que el imputado, gracias a la prescripción, abandone el tribunal de justicia sin responder por los hechos; deje a la justicia con las manos atadas; y, desamparada a la víctima que no podrá conocer la verdad de lo sucedido. El mérito del nuevo sistema procesal penal radica justamente en que evita tales supuestos de impunidad, procurando una mayor legitimidad

a la administración de justicia en su quehacer en el marco de un Estado democrático de Derecho. Es en este contexto que debe entenderse el artículo 339.1 NCPP.

b) Fundamento de base en el principio de legalidad

13. El respeto irrestricto al principio de legalidad penal obliga a que toda interpretación de la ley penal se realice dentro de los parámetros establecidos por el texto expreso y claro de la ley. En consecuencia, si la norma del art. 339.1 NCPP refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* el curso de la prescripción de la acción penal, entonces debe entenderse que esta actuación del Ministerio Público *suspenderá* la prescripción. No es admisible afirmar que “el legislador se ha equivocado enormemente” o que “el legislador ha confundido los conceptos de suspensión con interrupción y lo que realmente ha querido es referirse a interrupción y no a suspensión”, es decir, inferir que *la ley no dice lo que su texto señala*.

14. La vinculación del intérprete a la ley es el principio fundamental del que parte toda interpretación válida. Por eso, la interpretación que se aleja del texto expreso de la ley, deja de ser interpretación y se convierte en *creación*. Aquí cobra sentido la afirmación de *Ludwig Wittgenstein*, citado al inicio de este trabajo: “*Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*”.

Como consecuencia del principio de legalidad, en nuestro sistema, el Derecho se manifiesta a través del lenguaje escrito. Si el tenor literal de un precepto diseñado por el legislador crea un marco regulatorio, entonces toda interpretación⁽¹³⁾ de aquél debe realizarse dentro del *sentido literal posible de la norma escrita*. Una interpretación de la ley

(13) Si bien las normas precisan ser interpretadas —pues atrás quedó el ideal de la ilustración que decía que el juez no tenía nada que interpretar, sino que éste se debía limitar a aplicarla (*Montesquieu*)—, sin embargo, los límites del intérprete están en el marco normativo creado por el tenor legal, cfr. al respecto HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed., Lima, 2005, p. 185 y ss.

desvinculada del precepto es una interpretación que ya no está cubierta por el *sentido literal posible* de aquél, y, por eso, inadmisible e inválida. Sobre esto existe un consenso casi absoluto. Así, por ejemplo, *Claus Roxin* refiere que toda interpretación debe sujetarse al límite del tenor literal de la norma, pues “ésta se deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no ‘rige’”. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley⁽¹⁴⁾.

Por eso, afirmar que el artículo 339.1 NCPP regula una interrupción de la prescripción, rebasa largamente los límites de la interpretación válida, en tanto no se interpreta la norma dentro del marco de su sentido literal posible. Pues es claro que si se afirma que debe entenderse que el citado artículo interrumpe la prescripción, a pesar de que él mismo dice que “la formalización de la investigación *suspenderá* el curso de la prescripción”, no se está interpretando ni en sentido amplio ni restringido el término central del precepto “*suspenderá*”, sino que, en realidad, se está yendo más allá e introduciendo un elemento normativo no previsto por la ley: el término *interrumpir*. Luego, cabe afirmar que más que una interpretación, aquello constituye una creación prohibida por la ley.

15. Pero en el presente caso, estamos más lejos aún. Porque si fuera válido afirmar que la ley *dice lo que no dice*, tal conclusión debería ser consecuencia de una interpretación de la ley. Debe recordarse además que toda interpretación se legitima únicamente cuando la norma no es

(14) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 5, n. marg. 30.

clara o adolece de ambigüedad, esto es, cuando su tenor no deja ver cuál es el sentido que el legislador quiere dar a la norma. Solo en este caso surge la necesidad de encontrar el “verdadero sentido” del mandato normativo y esto siempre dentro del marco legal. En el caso del artículo 339.1 NCPP, no se justifica tal “interpretación”, puesto que la norma es clara y refiere que la formalización de la investigación *suspenderá* la prescripción.

16. Recordemos nuevamente el deber de sujeción a la ley que tiene todo intérprete con palabras del profesor *Caro John*: “Suponiendo que la ley presente algún defecto o laguna en alguno de sus elementos, el juez tiene la facultad de integrar dicho elemento mediante su interpretación. Sin embargo, el juez no puede subsanar el defecto o esclarecer la ambigüedad del texto de una ley añadiendo un elemento extraído de otra, porque de esta manera estaría creando una tercera ley (...) y, a la vez, actuando como legislador, (...) cuando la Constitución claramente ha establecido que sólo al legislador le compete la creación de leyes (art. 102.1), y sólo al juez su aplicación (art. 138; 139.1)”⁽¹⁵⁾. Concluye: “El lenguaje de la ley aporta el contenido y el límite del campo de acción de la labor interpretativa del juez. Junto con ello, los elementos que la conforman no destacan por su metodología de redacción, sino por su declaración normativa... el tenor de la ley debe ser respetado en la forma en que fue dictado por el legislador”⁽¹⁶⁾.

c) Fundamento de base en la interpretación sistemática

17. Existen también razones con base en una interpretación sistemática que respaldan la conclusión de que el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión* de la prescripción. La prescripción en general y los supuestos de interrupción y suspensión en especial, se regían por las normas contenidas en el Código Penal de 1991. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 que introduce una norma que

⁽¹⁵⁾ CARO JOHN, ADP, 2005, p. 350.

⁽¹⁶⁾ CARO JOHN, ADP, 2005, pp. 350-351.

regula la suspensión de la prescripción, en adelante, la prescripción queda regulada por las normas de ambos cuerpos legales. En consecuencia, toda solución de problemas de prescripción en el nuevo sistema procesal debe considerar una interpretación sistemática de todas las normas y siempre bajo el principio de unidad y armonía del ordenamiento jurídico penal. En consecuencia, en lo que respecta a la suspensión de la prescripción, en adelante, serán regulados por los artículos 84 CP y 339.1 NCPP.

Sin embargo, si se atiende al tenor del art. 83 CP surgiría una aparente contradicción. En efecto, el art. 83 CP establece que las actuaciones del Ministerio Público interrumpen la prescripción. Luego, siendo la formalización de la investigación una actuación del Ministerio Público, ésta debería interrumpir la prescripción y no suspenderla como dice el art. 339.1. Sin embargo, se trata sólo de una contradicción aparente; es decir, no existe tal contradicción. Esto es así, puesto que siendo el Código Procesal Penal de 2004 una ley posterior al Código Penal de 1991, debe entenderse que en adelante esta específica actuación del Ministerio Público (la formalización de la investigación preparatoria) suspende la prescripción y no la interrumpe. El nuevo Código Procesal Penal ha señalado incluso expresamente en su tercera disposición modificatoria y derogatoria, que “quedan derogadas todas las leyes y disposiciones que se opongan a la presente ley”. Se trata pues de una limitación tácita de los efectos de la norma penal anterior: En el nuevo proceso penal, esta actuación específica del Ministerio Público, suspenderá la prescripción; no lo interrumpirá como establece el art. 83 CP para el modelo contenido en el Código de Procedimientos Penales.

18. De esto se sigue que no existe contradicción entre los artículos 83 CP y 339.1 NCPP. En puridad, la nueva ley no entra en conflicto con la ley anterior, puesto que el artículo 83 del CP no regulaba la “formalización de la investigación” como actuación del Ministerio Público, pues hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, dicha actuación no existía. Es más bien este código el que ha introducido la “formalización de la investigación preparatoria” como nueva forma de actuación del Ministerio Público.

Sea cual fuere la interpretación que se quiera asumir a este respecto, no varía la conclusión de que se trata de una ley posterior que asigna a esta específica actuación del Ministerio Público una determinada consecuencia jurídica: la *suspensión* del curso de la prescripción (*leges posteriores priores contrarias abrogant*).

d) Fundamento de base en la técnica legislativa

19. El legislador ha establecido expresamente en el artículo 339.1 del CPP de 2004 que en todo nuevo proceso penal regido por este código, la formalización de la investigación preparatoria *suspende* el curso de la prescripción. Y el sentido de ese término parece no generar ningún espacio para la duda. Si se hubiese querido instaurar un supuesto de interrupción se habría introducido una norma que indique de manera expresa que la formalización de la investigación preparatoria *interrumpe* el curso de la prescripción.

Más aún, si la voluntad del legislador hubiera sido regular un supuesto de interrupción, entonces no tendría sentido haber introducido un artículo expreso que indique la consecuencia de la formalización de la investigación preparatoria. Porque, hubiera bastado con abstenerse de introducir regulación alguna, considerando que el Código Penal ya regula en su artículo 83 que las actuaciones del Ministerio Público (la formalización es una de ellas) interrumpen la prescripción. En consecuencia, si el legislador decidió regular expresamente en el Código Procesal Penal de 2004, esto se debe a que su finalidad fue establecer una consecuencia jurídica distinta: que en adelante una determinada actuación del Ministerio Público (la formalización) suspenderá (y no interrumpirá) el curso de la prescripción de la acción penal.

IV. Lo insostenible de la tesis de la "interrupción"

20. Como se ha demostrado y fundamentado anteriormente, el art. 339.1 NCPP regula un supuesto de *suspensión* y no de *interrupción* de la prescripción. La formalización de la investigación preparatoria sus-

penderá el curso de la prescripción, posibilitando de este modo que la investigación y juzgamiento se lleven adelante sin el obstáculo de una probable interrupción amparada en la prescripción. El juez podrá administrar justicia, decidiendo sobre la responsabilidad del imputado. La sociedad y la víctima podrán conocer la verdad de lo sucedido. El objetivo del legislador fue evitar la amarga situación de ver cómo el imputado abandona el recinto del Tribunal de Justicia sin que se haya hecho justicia.

21. A la luz de lo descrito, se tornan pues insostenibles los argumentos de quienes defienden la tesis de la interrupción. Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Primero. Se sostiene que el art. 83 CP prevé como supuesto de interrupción de la prescripción las actuaciones del Ministerio Público, en consecuencia, al ser la formalización de la investigación preparatoria una actuación del Ministerio Público, ésta tendría como consecuencia jurídica la *interrupción* de la prescripción y no la *suspensión*. La actuación del Ministerio Público mediante la formalización de la investigación “encajaría” en el supuesto de interrupción.

Esta observación resulta interesante. Sin embargo, como ya se ha señalado *supra*, no repara en el hecho de que la nueva ley procesal le asigna una *consecuencia jurídica* distinta a esta específica actuación del Ministerio Público. Ciertamente, la formalización de la investigación preparatoria es una actuación del Ministerio Público, no obstante, en el marco del nuevo proceso penal (y la aplicación del artículo 339.1 NCPP se reduce a éste), la ley procesal penal le ha asignado una consecuencia jurídica distinta: *suspender* la prescripción. La finalidad político-criminal por la que se ha decantado el legislador peruano ha sido evitar que en el nuevo modelo procesal penal se produzcan casos de impunidad cuando la justicia está actuando. Ésta ha sido la opción político-criminal que legítimamente ha adoptado el legislador. Se puede criticar esta decisión del legislador o criticar la técnica legislativa adoptada, pero lo que no puede desconocerse es que esta decisión existe y que constituye

derecho positivo de obligatorio cumplimiento. Una desvinculación de la norma (en rigor, una inaplicación) sólo es posible a través de un juicio de constitucionalidad que concluya que la norma inaplicada es inconstitucional. Pero este juicio de constitucionalidad no se deja ver en el análisis de los críticos de la norma.

22. Segundo. Se ha señalado también que según el art. 84 CP, la suspensión de la prescripción se da cuando el comienzo o continuación del proceso dependa de una cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, luego, estando a que la formalización de la investigación preparatoria no supone la remisión a otro procedimiento para la solución de una cuestión que posibilite el comienzo o continuación del proceso, entonces el art. 339.1 NCPP no regula una suspensión de la prescripción, sino una interrupción.

Ciertamente, el art. 84 CP contiene una norma que regula un supuesto de suspensión de la prescripción. La causal de la suspensión regulada en esta norma es que el comienzo o continuación del proceso dependa de una cuestión que debe resolverse en otro procedimiento. Sin embargo, el art. 339.1 NCPP, como ley posterior, introduce un nuevo supuesto de suspensión de la prescripción. En la novel norma, la causal de la suspensión de la prescripción es: la formalización de la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público. Si bien con una técnica legislativa poco feliz, el legislador ha introducido legítimamente una nueva causal de suspensión.

23. Tercero. También es frecuente la objeción de que existiría una contradicción –“antinomía jurídica”– entre los arts. 83 CP y 339.1 NCPP, la cual se resolvería prefiriendo la norma del Código Penal. Esta decisión estaría respaldada además, por el supuesto carácter sustantivo de la prescripción y en la consideración de que el Código Penal es norma especial aplicable frente al Nuevo Código Procesal Penal.

Aquí debemos ser claros: No existe tal contradicción entre el Código Penal y el Código Procesal Penal de 2004. Como he afirmado su-

pra, el art. 339.1 trae consigo una nueva causal de suspensión que sólo será de aplicación en el nuevo proceso penal. Ambas normas deben ser interpretadas bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico que procure una solución armónica.

Tampoco es correcta la afirmación de que la prescripción sea de naturaleza sustantiva, lo que haría del Código Penal norma especial frente al Código Procesal Penal. Afirmar que la prescripción tiene carácter sustantivo implica sostener que el simple paso de cierto tiempo hace que el hecho *ilícito* se convierta en hecho *lícito*, que el *delito* se convierta en un acto conforme a Derecho. Pero, como es evidente una afirmación así no puede sostenerse. La consecuencia jurídica de la prescripción es el surgimiento de un obstáculo procesal para la persecución del delito, esto es, que no podrá iniciarse o continuarse un proceso penal. Pero el delito no deja de ser delito por el simple paso del tiempo.

Pero incluso en el supuesto negado que la prescripción tuviera carácter material, esto no haría del Código Penal una norma especial aplicable frente al Código Procesal Penal. En primer lugar, porque no estamos ante un concurso aparente de leyes que habilite el empleo del criterio de especialidad para la definición de la norma aplicable. En segundo lugar, si la prescripción fuera una institución de carácter sustantivo, entonces todas las normas que la regulan lo serían también, lo que incluye a las normas contenidas en el Código Penal como las contenidas en el Código Procesal Penal. No por el simple dato de que una norma esté contenida en un cuerpo legal determinado debe asumir la naturaleza de esta norma. La consideración del carácter de una norma debe reparar en su naturaleza, la cual se debe extraer de la norma misma. Al tratarse de normas de la misma naturaleza, no se puede afirmar válidamente que el Código Penal sea de aplicación preferente. Finalmente, y sólo como aclaración dogmática, no es posible afirmar que la norma penal sea norma especial frente a la norma procesal penal o que ésta lo sea frente a la norma de ejecución penal, ni tampoco es posible hacerlo a la inversa. Se debe atender más bien a la naturaleza de las normas, independientemente de dónde se encuentren.

Al tratarse de normas de la misma naturaleza, lo que corresponde es interpretarlas conjuntamente (independientemente del cuerpo legal en el que se encuentren), sistemáticamente y siempre bajo una concepción unitaria del ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el presente caso, al tratarse de dos normas que regulan la misma institución, se debe entender que el legislador, mediante una ley posterior ha querido introducir cambios en la regulación de la prescripción, asignándole una consecuencia jurídica concreta (suspensión) al acto de formalización (causal o presupuesto). Desde la perspectiva sistemática, siendo todas las normas (tanto las contenidas en el CP como la contenida en el NCPP) válidas, la conclusión debe ser que se ha regulado un nuevo supuesto de suspensión.

24. Cuarto. Se ha intentado justificar una “interpretación” a favor de la interrupción, argumentando que no hacer tal interpretación llevaría a un juzgamiento indefinido del imputado. Esta justificación no es legítima. La prescripción no tiene por finalidad solucionar la problemática de los juzgamientos indefinidos. La prescripción es una auto-limitación del Estado que atiende a otras consideraciones. La problemática de las dilaciones indebidas en el procesamiento de una persona está vinculada al plazo razonable del proceso penal para cuyo resguardo, el legislador ha previsto en el Código Procesal Penal del 2004 otros mecanismos, como el control del plazos. Este aspecto ha sido precisamente uno de los temas centrales de la reforma procesal. En consecuencia, no se puede pretender distorsionar la naturaleza de la prescripción para lograr objetivos perseguidos a través de otros mecanismos.

V. Consideraciones finales

No existe argumento válido que permita sostener que el artículo 339.1 NCPP regula un supuesto de interrupción de la prescripción. Por el contrario, todas las perspectivas de interpretación –teleológica, sistemática y literal– llevan a la conclusión de que el artículo 339.1 NCPP regula un supuesto de suspensión. Por lo tanto, en el nuevo proceso

penal, la formalización de la investigación preparatoria suspenderá la prescripción. Aquí debe reconocerse ciertamente que la técnica legislativa empleada no ha sido la más idónea, pues lo correcto hubiera sido hacer una regulación completa de la prescripción en el Código Penal. Sin embargo, la técnica empleada no cambia en nada la conclusión de que el artículo 339.1 NCPP regula una suspensión ni deslegitima la decisión políticocriminal adoptada por nuestro legislador.

La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos y cómo afrontarlo con las reglas del Código Procesal Penal del 2004. A propósito del Decreto Legislativo N° 1106

UDELIA BUTRÓN ZEBALLOS (*)

I. Preliminares

La nueva normativa del delito de lavado de activos que vio la luz, al cual nos referimos con el Decreto Legislativo N° 1106, de “Lucha eficaz contra el delito de lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”⁽¹⁾. Así, nos ubicaremos en los elementos adjetivos de la norma, como la prueba indiciaria, tanto en el Código Procesal Penal (CPP) de 2004, el cual reconoce que es posible

(*) Vicerrectora académica de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez”. Doctora en Derecho. Jueza superior titular. Ex presidenta de la Corte Superior de Justicia de Puno. Ex presidenta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

(1) El cual ha modificado completamente la anterior Ley contra el Lavado de Activos (Ley N° 27765). Este nuevo Decreto Legislativo N° 1106 denominado “De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”, publicado el 19.4.12, se caracteriza por ser ampliamente represivo, de lo que en buena cuenta se entiende el término empleado de “lucha eficaz”. Por ello, con la única finalidad del estado constitucional de dar una respuesta a la criminalidad organizada, obstando el “dar duros golpes al lavado de activos”.

probar la responsabilidad penal de las personas mediante indicios⁽²⁾ y señalaremos los criterios establecidos por la norma, la jurisprudencia y la doctrina, para poder construir la prueba indiciaria y su aplicación con el delito de lavado de activos dentro del marco normativo mencionado que servirá al final del juicio para obtener una condena.

El blanqueo, lavado o reciclaje de dinero proveniente de la comisión de delitos se ha convertido en un tema central de la política criminal dirigida contra la criminalidad organizada⁽³⁾. La criminalidad organizada es cada vez más sensible frente a la realidad nacional como la minería ilegal, la trata de personas, la pornografía infantil, los delitos contra la administración pública; actividades criminales tales como el desvío de armas, el contrabando o el tráfico ilícito de drogas que generan grandes sumas de dinero por lo que las organizaciones criminales necesitan encontrar una vía para utilizar los fondos sin despertar sospechas respecto al origen ilícito de estos⁽⁴⁾. Estos delitos cuentan con las coordinaciones de los actos de corrupción y su consecuencia –el plan criminal– llega a su cometido, y como consecuencia se da el retraso de los actos de investigación y la disposición del tiempo suficiente para que

(2) ANGULO ARANA, Pedro Miguel, *Los indicios en el código procesal penal*, libro homenaje al PRE CONADEPC Juliaca (Jornada Preparatoria para el Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología). *Derecho penal procesal penal. Delitos de crimen organizado*, Grijley, Lima, 2014, p. 273. Vale decir, al final del juicio conseguir una condena, a partir de la denominada prueba indiciaria, razón por la cual se indica en detalle, que tal modo de probanza debe cumplir, para conformar una prueba, con el art. 158, 3 del CPP.

(3) BACIGALUPO, Enrique, *“Estudios comparativos del derecho penal de los estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”*, Curso de derecho penal económico, 2ª ed., Madrid, 2005, p. 455.

(4) FATF-GAFI, Financial Action Task Force on Money Laundering. “Basic Facts about Money Laundering”, ver www.oecd.org/fatf. El concepto *encubrir* implica la acción dirigida a lograr que el crimen cometido o sus consecuencias queden impunes en cuanto no pueda ser aprehendido el criminal y no pueda ser secuestrado el botín obtenido. En cambio, el concepto de disimular si bien puede ser entendido como encubrir se diferencia de éste toda vez que no abarca únicamente el concepto clásico del delito de encubrimiento, sino la obstrucción del descubrimiento del origen de una cosa, en el tema en análisis del origen ilícito de los bienes.

los responsables se “*deshagan*” de las ganancias ilícitas⁽⁵⁾. A esto debe sumarse el hecho de que el dinero que lavan las organizaciones criminales les permite lograr impunidad y sobornar a funcionarios públicos. Por ello la complejidad de estos delitos de crimen organizado requieren de características propias en la prueba indiciaria como que sea compleja, conectiva, normativizada y estandarizada. En esta clase de actividades delictivas, es indudable que la probanza de los hechos materia de delito económico dependen mayormente de indicios⁽⁶⁾. La prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa y se trabajara casi siempre con la prueba indiciaria. Claro que será siempre un trabajo con serios problemas de convertir indicios en prueba indiciaria.

II. Generalidades de la prueba indiciaria

Concepto

No es una tarea fácil poder marcar un concepto definido, ya que en nuestra legislación nacional no existe propiamente una definición legal de lo que es una prueba indiciaria en el proceso penal⁽⁷⁾. Por tales motivos, será necesario recurrir a la jurisprudencia y la doctrina que será materia de análisis y propicio para un debate nutrido. Veamos algunos conceptos. MIXAN MASS da el concepto de la prueba indiciaria como una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es el de comprobado y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.⁽⁸⁾ En la doctrina procesal, la prueba por indicios o prueba indiciaria es por

(5) Sin ganancias no hay rentabilidad, sin ganancia no hay crecimiento, no hay consolidación, no hay capacidad de influencia, no hay capacidad de corrupción. Esta es la clave de la corrupción, el dinero.

(6) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico*, Idemsa, 1997, p. 172.

(7) LAMAS PUCCIO, L., 2013. “La prueba indiciaria” correo enviado a CALCINA HANCCO, A., Ponencias para el PRE CONADEPC Juliaca, 2014, p. 6.

(8) MIXAN MASS, 1992. 18. ROSAS YATACO, J., “La prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional”, en *Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, p. 201.

lo general entendida “como aquella prueba que se dirige a convencer a un órgano judicial sobre una verdad o certeza de un hecho y que en atención a las leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerlas como razonablemente como ciertas” TOME GARCÍA; “Es tal la conexión lógica que existe entre los hechos probados y el hecho penalmente relevante que no puede ponerse en duda la certeza de este último con la prueba de los primeros”⁽⁹⁾. El hecho de que una prueba sea indirecta, no la priva de ser en rigor un aprueba, en la medida en que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a confirmar o no enunciados fácticos mediante la utilización de una inferencia. Lo relevante es la posibilidad de racionalidad, justificación o control de dicha inferencia⁽¹⁰⁾. Puede definirse la prueba indiciaria como aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador –una vez finalizado el periodo de práctica de la prueba–, mediante la cual, partiendo de una afirmación base (conjunto de indicios), se llega a una afirmación consecuencia (hipótesis probada) distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de experiencia y las reglas de la lógica⁽¹¹⁾. MIRANDA ESTRAMPES prefiere emplear el término *método probatorio*, pues es indicativo de que la prueba indiciaria responde a una determinada sistemática y estructura –como se expone más adelante– de cuyo cumplimiento estricto depende su propia validez y eficacia probatoria⁽¹²⁾. La prueba indiciaria para NEYRA FLORES es aquella que se dirige a demostrar la certeza de un hecho (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de experiencia, pueden inferirse los hechos

(9) LAMAS PUCCIO, L., *ibídem*, p. 7.

(10) TALAVERA ELGUERA, P., *La prueba en el proceso penal*, Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 137.

(11) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 373. En MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*, Aequitas, p. 4.

(12) MIRANDA ESTRAMPES, M., *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*, Aequitas, p. 5.

delictivos y la participación del acusado⁽¹³⁾. Para RIVERA MORALES, la prueba indiciaria se ubica dentro de los medios de prueba, pues constituye un hecho mediante el cual, por vía de la inferencia, se logra conocer otro hecho desconocido. En tal sentido, según aprecia, el indicio ingresa al acervo probatorio en razón de otros medios de prueba, lo que determina que ha sido probado previamente y teniendo constancia de esto en autos es que se hace posible cumplir la función que como medio de prueba tiene⁽¹⁴⁾.

III. La prueba indiciaria ¿es un medio de prueba?, ¿un elemento probatorio? o ¿un método probatorio?

Existe una postura de que la prueba indiciaria no puede ser un medio de prueba,⁽¹⁵⁾ mucho menos un medio probatorio. Compartimos la idea LAMAS PUCCIO, de que en realidad un método probatorio, pues es indicativo de que la prueba indiciaria responde a una determinada sistemática y estructura, de cuyo cumplimiento estricto depende su validez y eficacia probatoria.

A través de los medios de prueba se introducen en el proceso determinadas proposiciones o enunciados fácticos (fase de *traslación*), el mismo que implica *depurar* por parte de un juez, determinados medios de prueba (testifical, documentaria o pericial) durante una fase de *va-*

(13) NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual de Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*, 2010, p. 689. Como señala el autor, podríamos continuar definiendo a la prueba indiciaria como aquella en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba sino que se precisa además del razonamiento y es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.

(14) RIVERA MORALES, Rodrigo, *Las pruebas en el derecho venezolano*, Librería J. Rincón G., Barquisimeto (Venezuela), 2009, p. 365 y ss. En CORDÓN AGUILAR, J., *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, Salamanca, 2011, p. 95.

(15) NEYRA FLORES, José Antonio, cit., p. 691. En la que indica que por medio de la prueba indiciaria se acredita o prueba directamente hechos mediatos, para deducir de estos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa. De esa forma, la prueba indiciaria no es un medio de prueba, es una clase de prueba (junto a la prueba directa), una modalidad de actividad probatoria.

loración. Por el contrario, a través de la prueba indiciaria, se trata de obtener partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (*depuradas*), nuevas afirmaciones fácticas, mediante el empleo de máximas o reglas de la experiencia y de la lógica. Estamos, por lo tanto a un nivel intelectual, de carácter marcadamente inferencial, llevada a cabo por parte de un juez, mediante el empleo de máximas de la experiencia o reglas de la lógica, que tiene lugar una vez finalizado el periodo de práctica de la prueba en el juicio oral, aunque no hay que confundirlas con las reglas de valoración probatoria (SERRA DOMÍNGUEZ)⁽¹⁶⁾.

IV. La inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria

Los esfuerzos por facilitar la persecución del lavado de activos han puesto en evidencia la tensión entre la inversión de la carga de la prueba y los principales derechos humanos que asisten a la Constitución y el CIDH, relacionados con la máxima presunción de inocencia, amparado ampliamente. La complejidad de los delitos de lavado de activos necesita distinguir la aplicación de la prueba indiciaria con la inversión de la carga de la prueba. Por esta última se entiende que *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que aquellas persiguen"*⁽¹⁷⁾. Se entiende que los justiciables⁽¹⁸⁾ (las partes) son quienes deben de aportar la pruebas justo por las afirmaciones, alegaciones que manifiestan y de las normas que establecen los efectos

(16) LAMAS PUCCIO, Luis, *ibídem*, p. 13.

(17) PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional, 17ª ed., 2009.

(18) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio del derecho procesal. Pruebas judiciales*, 10ª ed., Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 1994, T. II, p. 27. *En virtud de este principio, la carga de la prueba corresponde a uno de los justiciables por haber alegado hechos a su favor, o porque de ellos se colige lo que se solicita, por contraponerse los hechos que afirman a otros presumidos legalmente o que son notorios o que constituyen una negación indefinida.*

perseguidos, y, por lo tanto, es a la parte a quien le corresponde sufrir las consecuencias de su propia inactividad esto ocurre en el proceso civil; donde su naturaleza descansa en el principio dispositivo, lo que no ocurre en el proceso penal cuya génesis de su desarrollo, reposa sobre el principio acusatorio⁽¹⁹⁾. En tal virtud, corresponde a la parte acusadora (Ministerio Público) desbaratar la vigencia concreta de dicha presunción de inocencia, en la medida que ella ejercita la pretensión punitiva. Todo esto provoca el desplazamiento de la carga de la prueba al Ministerio Público⁽²⁰⁾, o si éstas no demuestran la culpabilidad del procesado deberá optarse por su absolución, por la máxima "*in dubio pro reo*"⁽²¹⁾. Por lo tanto, el Ministerio Público deberá aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, ya que aquel al que se le imputa la comisión del delito de lavado de activos goza de la presunción de inocencia constitucional. Si el acusador es el agente fiscal por su carácter de imparcialidad, ¿no sería lo correcto que el fiscal debería recabar y presentar tanto las pruebas en contra como a favor del imputado? ¿Con qué facilidad podrá liberarse de la inversión de la carga una persona inocente? ¿Qué tan complejo será para el Ministerio Público acreditar la culpabilidad sin utilizar la inversión de la carga?

En consecuencia, la presunción de inocencia está frecuentemente ligada a la exigencia de que los Fiscales prueben cada elemento del delito más allá de toda duda razonable⁽²²⁾. El claro ejemplo, para objetar

(19) PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, "La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos". Parte especial. Delitos económicos y contra la administración pública, Gaceta Penal, N° 52, octubre 2013, Lima, 2013, p. 152.

(20) MONTAÑEZ PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 81. En REYNA ALFARO, Luis Miguel, "El proceso penal aplicado". Guía de interpretación y aplicación de las normas del proceso penal para jueces y abogados litigantes, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 136.

(21) Art. 139, inciso 11 de la Constitución Política del Perú. Esto significa que en caso de duda o incertidumbre ha de resolverse a favor del acusado. También se encuentra en el Art. II, segundo párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004.

(22) Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que "la inocencia se presume hasta que se pruebe lo contrario más allá de toda duda razonable", nota

la presunción es que el imputado quizás podría demostrar que los activos o bienes fueron heredados de su familia. Una vez que el procesado presenta evidencia de origen legal y, por lo tanto, logra rebatir la presunción, la carga se desplazaría a la Fiscalía a fin de probar que los bienes eran en realidad de fuentes ilícitas⁽²³⁾. Y se tiene que entender que el imputado solo tiene que generar dudas tendientes a refutar la presunción para que el Fiscal deba probar lo contrario. De tal punto de vista debería entenderse en un marco constitucional "que no es posible la presunción de culpabilidad en los delitos de lavado de activos y que la carga de la prueba sigue siendo de quien imputa (M.P)", no solo por excelencia, sino por disposición legal contenido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la carga de la prueba recae, valga la redundancia en este organismo⁽²⁴⁾. De igual manera, en el Título Preliminar del Código Procesal Penal, artículo IV, refiere que el titular de la acción penal es el Ministerio Público, quien además *"tiene el deber de la carga de la prueba"*.

48. El estándar *"más allá de una duda razonable"* es un principio fundamental del Derecho Americano. In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970) (afirmando que la cláusula del debido proceso protege contra la condena excepto si se prueba más allá de una duda razonable). Sin embargo, su mérito está aún sujeto a debate. Véase, v.g., Erik Lillquist, Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability, 36 U.C. Davis L. Rev. 88, 91 (2002) (basándose en *"críticas de los modelos de utilidad tradicionalmente esperada"* para *"sugerir que el estándar de prueba en casos penal debería variar de caso a caso"*) (cursiva en el original).

(23) FOUCHA V. LOUISIANA, 504 U.S. 71 (1992) (sosteniendo que, una vez que la carga de la prueba se satisface, y se demuestra que el acusado ha cometido un delito, el acusado tiene la carga de establecer una defensa de insanía); Reid v. True, 349 F3d 788 (4to. Cir. 2003) (afirmando que en la Ley de Virginia el acusado tiene la carga de probar la enfermedad mental).

(24) HERRERA VELARDE, Eduardo, "La inversión de la Carga de la Prueba en Materia Penal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 47, mayo 2013, p. 204. No existe explicación normativa que nos diga por qué el Ministerio Público tiene esa condición, pero debe entenderse, por aplicación de la lógica del proceso civil, por qué es el accionante, el que alega los hechos.

Por eso, necesitamos utilizar de una forma muy precisa el mecanismo de la prueba indiciaria⁽²⁵⁾. Consecuentemente al no haber cargas probatorias en el proceso penal, tampoco podrá presentarse ningún caso de inversión de la carga de la prueba⁽²⁶⁾. El principio de presunción de inocencia plantea, en resumidas cuentas, que el ciudadano debe ser considerado en la medida que no exista una declaración judicial consecuencia de, al menos, una mínima actividad probatoria⁽²⁷⁾. Por esta razón, no debe extrañar que algunos autores –como GARCÍA RADA– sostengan que el acusado no tiene nada que probar⁽²⁸⁾, en tanto que otros –menos radicales y acordes con la realidad procesal– sostienen que la intensidad del deber de probar es mayor en el acusador que en el acusado⁽²⁹⁾. La carga de la prueba está compuesta por dos vertientes: la *carga de la producción* y la *carga de generar convicción*. Estas a la misma vez se diferencian por la división de los sistemas: inquisitivo/acusatorio. Así, en un sistema inquisitivo, el Juez domina los procedimientos del juicio, mientras la Fiscalía y la defensa juegan roles más pasivos⁽³⁰⁾. En un sistema acusatorio, las partes presentan pruebas en el juicio y se espera que el Juez adopte una relativa pasividad, como la posición de un árbitro⁽³¹⁾.

(25) ZARAGOZA AGUADO, Javier A., La Prueba en los casos de Crimen Organizado: La Prueba Indiciaria. Seminario internacional Sobre la prueba indiciaria en los delitos del crimen organizado, República Dominicana, p. 67.

(26) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2014, p. 266. En PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, cit., p. 152.

(27) REYNA ALFARO, Luis Miguel, cit., p. 136

(28) GARCÍA RADA, Domingo, *Manual del derecho procesal penal*, 8ª ed., Iddili, Lima 1984, p. 174. En REYNA ALFARO, Luis Miguel, cit., p. 136.

(29) AZABACHE, César, *Introducción al procedimiento penal*, Palestra, Lima, 2003, p. 200. En REYNA ALFARO, Luis Miguel, cit., p. 136.

(30) RICHARD L. MARCUS, Putting American Procedural Exceptionalism in to a Globalized Context, 53 Am. J. Comp. L. 709, 712 (2005) (*"En el sistema de civil law, la aproximación inquisitive significa que el Juez controla en gran medida el derecho de la información fáctica, quizás compilada en un dossier, sobre la que se basa la decisión"*).

(31) MIRJAN R. DAMAŠKA, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 563 (1973) (se describe

En los procesos penales, las partes no son dos actores privados como en los procesos civiles. He ahí que son considerados iguales⁽³²⁾, por ejemplo, en un juicio penal no es el equivalente a los de Real Madrid enfrentándose a los de Cantolao. Por el contrario, son los de Real Madrid (es decir, el Estado) frente a un equipo de fútbol de ligas menores (es decir, la parte denunciada). En este terreno, la presunción de inocencia garantiza que el imputado sea considerado inocente y puede decidir, de acuerdo a su mejor interés, presentar pruebas para refutar la acusación del fiscal; sin embargo, no hay una carga directa sobre sus hombros que lo obligue a hacerlo y que el fiscal sea quien deba probar y analizar los elementos del delito. El fiscal necesita probar que se ha generado convicción. La cuestión clave es alcanzar el punto adecuado que permita superar la presunción de inocencia.

¿La presunción de inocencia como regla en el CPP? ¿Y en el DL N° 1106?

Los esfuerzos y la desesperación del legislador para facilitar la persecución de culpabilidad del delito de lavado de activos (DL N°1106) han puesto en evidencia la tensión entre la inversión de la carga de la prueba y los principales derechos relacionados con la presunción de inocencia. El apoyo internacional a favor de la presunción de inocencia es muy amplio; dado que la Constitución siempre *"presume"* la inocencia del individuo, la administración tiene que probar, por lo menos la

el procedimiento del sistema acusatorio de la siguiente manera: "debe estructurarse como una disputa entre dos lados en una posición de teórica igualdad ante un Tribunal que debe decidir sobre el resultado de la competencia"); Martin Marcus, *Above the Fray or Into the Breach: The Judge's Role in New York's Adversarial System of Criminal Justice*, 57 Brook. L. Rev. 1193, 1218 (1992) ("Los sistemas adversariales se construyen sobre el supuesto de que dos partes deben ser presentada, que cada parte está mejor posicionada para presentar su propia visión, y que los jueces imparciales no pueden descubrir mejor la verdad a través de su propia iniciativa").

- (32) Esto no quiere decir que en la práctica no haya igualdad de armas cuando las partes se enfrentan en los Tribunales, sino que legalmente no se aplica de la misma manera el supuesto legal que en aquellos casos criminales en que el Gobierno está mejor armado con recursos e información sobre el caso.

existencia de los supuestos de hecho del “tipo legal de la intervención” para iniciar el proceso⁽³³⁾. Una transferencia de esta carga de prueba sería desproporcionada e inexistente al sujeto⁽³⁴⁾.

La “*presunción de inocencia*” es un principio fundamental de los derechos humanos, que se encuentra plasmado en los más importantes instrumentos internacionales. En primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) nos dice que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”⁽³⁵⁾. De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, prescribe que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁽³⁶⁾.

Los Tratados que consagran, de manera similar, la presunción de inocencia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁷⁾, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6°, que se aplica a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, dispone que “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”⁽³⁸⁾. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido de manera amplia la presunción de inocencia⁽³⁹⁾. De igual manera, consagra dicho principio

(33) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico*, cit., p. 76.

(34) GRABITZ, Eberhard, *Die verfassungsorientierte Konkretisierung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln*. ZHT 149 (1985), p. 297.

(35) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Art. 14. 2. http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/pidcp.pdf.

(36) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 11. (1). http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/dudh.pdf.

(37) 1144 U.N.T.S. 123 (Nov. 22, 1969), art. 8(2).

(38) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6(2), Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.

(39) “Por la protección del derecho a un juicio justo y, en particular, al derecho a la presunción de inocencia, el artículo 6 tiene la intención de consagrar el principio fundamental del imperio de la ley (...). Caso de Salabiaku v. Francia (application no.

el Pacto de San José (art. 8. 1), también la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)⁽⁴⁰⁾. Igualmente el Pacto de Nueva York (Art. 14. 2). También, el principio se encuentra plasmado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁽⁴¹⁾, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia⁽⁴²⁾, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁽⁴³⁾, etc. La presunción de inocencia se encuentra casi en todos los países, por ejemplo, la Constitución de Egipto⁽⁴⁴⁾. Del mismo modo en y la Constitución de Sudáfrica⁽⁴⁵⁾ y la Constitución de Rusia⁽⁴⁶⁾. En otros países, como los EEUU, la presunción de inocencia no se encuentra de manera expresa en su constitución, pero los Tribunales han interpretado la Constitu-

10519/83, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, oct. 7, 1988, para. 28.

(40) Carta Africana Derechos Humanos. Documento. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (June 27, 1981), art. 7(1)(b).

(41) 2187 U.N.T.S. 90 (Julio 17, 1998), art. 66(1); véase también Lynn Miriam Baum, Pursuing Justice in a Climate of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the International Criminal Court, 19 Wis. Int'l L.J. 197, 203 (2000) (evaluación de la importancia de los derechos de los acusados en el marco del Estatuto de Roma); véase Sara Stapleton, Note, Ensuring a Fair Trial in the International Criminal Court: Statutory Interpretation and the Impermissibility of Derogation, 31 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 535 (1999) (análisis de los derechos procesales en la persecución internacional, especialmente en la persecución de la Corte Penal Internacional).

(42) S.C. Res. 1877, U.N. Doc. S/RES/1877 (July 7, 2009), art. 21(3).

(43) 33 I.L.M. 1602 (Nov. 8, 1994), art. 20(3).

(44) Establece la presunción de inocencia (asl o iftirad al-bara'ah) Sadiq Reza, Egypt, en Criminal Procedure: A World wide Study 107, 138 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007).

(45) Establece que todo acusado tiene el derecho "a que se presuma su inocencia, a guardar silencio y a no declarar durante el proceso" PF Schwikkard & SE van der Merwe, South Africa, en Criminal Procedure: A World wide Study 471, 473 (Craig M. Bradley ed., 2da. ed. 2007); véase también Peter W. Schroth, The United States and the International Bribery Conventions, 50 Am. J. Comp. L. Supp. 593, 615, n.125 (2000) (listado de los países miembros de la Organización de Estados que reconocen la presunción de inocencia).

(46) CATHERINE NEWCOMBE, Rusia, en Criminal Procedure: A Worldwide Study 397, 400 (Craig M. Bradley ed., 2ª ed. 2007)

ción a fin de que la contenga⁽⁴⁷⁾. Cabe resaltar para el caso peruano, que el principio constitucional de presunción de inocencia está en el art. 2, inciso 24, literal e de la Constitución Política⁽⁴⁸⁾.

En vista de que a nivel mundial se encuentra la presunción de inocencia, como uno de los principios más reconocidos y como tal un derecho fundamental y, por lo cual, es un derecho inalienable del imputado. El Comité de Derechos Humanos, mediante el órgano de expertos independiente encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha plasmado la presunción de inocencia como "fundamental para la protección de los derechos humanos" y ha aclarado que esta significa que "la carga de la prueba recae sobre el persecutor penal, mientras que el imputado goza del beneficio de la duda"⁽⁴⁹⁾. Se tiene que entender que la fiscalía es quien carga, asume, produce y termine generando convicción en la prueba; máxime, el Comité parece reconocer un alcance más amplio de la presunción: la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo a este principio (*exigir prueba más allá de toda duda razonable*). De tal manera, la Fiscalía y el Poder Judicial deben de abstenerse de prejuzgar con anterioridad al resultado de un juicio. El Tribunal Constitucional ha manifestado que la presunción de inocencia obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria de cargo suficiente de que per-

(47) Coffin v. United States, 156 U.S. 432, 453 (1895) (se sostiene, bajo la cláusula del debido proceso, lo siguiente: "El principio de que existe la presunción de inocencia en favor del acusado es ley indudable, axiomática y elemental, y su aplicación está en la base de la administración de nuestra ley penal").

(48) Tiene un efecto probatorio muy importante en el proceso penal, pues, para la absolución del procesado, no es necesario que el juez llegue al convencimiento de que no hay base fáctica para imputarle responsabilidad penal, sino que debe asumir su inocencia mientras no llegue, más bien, a la convicción sobre la existencia de la base fáctica con la que sustentar la condena, vid. con mayor detalle, SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, p. 114 y ss. en GARCÍA CAVERO, Percy, *La Prueba Indiciaria en el Proceso Penal*, Ara editores, Lima, 2011, p. 26.

(49) Comité de Derechos Humanos, Comentario General 13: Igualdad ante los Tribunales y el derecho a un juicio justo y público por un Tribunal independencia establecido por la ley (Art. 14), (Apr. 13, 1984), U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.1.

mita desvirtuar el estado de inocente del cual goza todo imputado, pues este no puede ser condenado sobre la base de simples presunciones⁽⁵⁰⁾.

Respondiendo la pregunta que realizamos: ¿la presunción de inocencia como regla en el CPP? Si, por ser un derecho fundamental de un ciudadano imputado, y se encuentra en el artículo II. 1 del Título Preliminar del CPP⁽⁵¹⁾. Precisa en qué momento desvirtuar la presunción de inocencia, al establecer que la declaración de responsabilidad penal requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales⁽⁵²⁾.

En este trabajo cuestionamos quién debería probar y qué se necesita probar en un caso de lavado de activos. Se tiene que entender a la misma vez, una comprensión estrecha de que la carga de la prueba recae en el Fiscal dentro del proceso penal. Y mientras tanto el imputado debe ser “tratado con la dignidad y el debido respeto de las personas que se presumen inocentes”. Al respecto, se ha sostenido que este derecho significa, esencialmente, que todo acusado debe ser absuelto, si no se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada, constatada y ratificada en el acto del juicio oral⁽⁵³⁾. El principio de presunción de inocencia implica que la mera posesión de activos injustificados no sería suficiente con la presunción de activos provenientes de fuentes ilícitas. Sino que el Fiscal tendrá que demostrar tanto la existencia de los activos como las fuentes ilícitas. Bajo una rígida presunción de inocencia, debe presu-

(50) STC. N° 8811 – 2005 – PHC/TC, fundamento jurídico n° 3.

(51) “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratado como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debida garantías procesales”. Art. II. Del Título Preliminar de CPP 2004.

(52) GARCÍA CAVERO, Percy, *Las Pruebas Indiciarias en el Proceso Penal*, cit., p. 26.

(53) GIMENO SENDRA, Vicente, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, I, Edición Colex, Madrid, 2007, p. 480. En SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Código Procesal Penal Comentado*, Idemsa, Lima, 2013, p. 28.

mirse que el imputado posee los activos legalmente hasta que el Estado supere esta presunción y demuestre lo contrario.

V. La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos

No obstante, hay que resaltar que un solo indicio o una sola circunstancia en los delitos de lavado de activos, no puede servir de base para absolver o condenar a un ciudadano. Empero, la concordancia, precisión, claridad, gravedad, entre otros factores valorados de forma integral, conjunta y armónica, puede ser capaz de establecer hechos fundamentales que sirvan de base a una condena o absolución. Toda vez que el delito de lavado de activos implica una actividad compleja vinculadas usualmente con organizaciones criminales y sujetos con todas las posibilidades de logística y de profesionalidad desarrolladas altamente⁽⁵⁴⁾. La evidencia práctica ha demostrado que la prueba resulta usualmente dificultosa por tales razones. Toda vez que en estos delitos complejos, la producción de la prueba indiciaria será más posible que en la prueba directa por la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las organizaciones criminales de contrabando, fabricación y distribución de drogas, la compleja organización de los delitos contra la administración pública, secuestros, minería ilegal, así como el lavado de dinero procedente de aquellos delitos fuentes mencionado. Se recomienda, además, de la investigación especializada⁽⁵⁵⁾, Para descubrir hechos sumamente difíciles que inciden en la posible comisión de delitos económicos⁽⁵⁶⁾. La prueba indiciaria será la más usual, y constituirá el medio más idóneo que en la mayor parte de las ocasiones, será el único posible para tener por acreditada su comisión delictiva.

(54) No hay organización criminal que no tenga su propio entramado económico dirigido a legalizar o legitimar sus ganancias. Sin ganancias no hay rentabilidad. Sin ganancia no hay crecimiento. No hay consolidación, no hay capacidad de influencia, no hay capacidad de corrupción.

(55) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Derecho penal económico*, cit., p. 174.

(56) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *"Derecho penal económico*, cit., p. 173.

Compleja

Ha de necesitarse de las pericias contables, informes contables y los asientos contables; y pericias financieras, sus informes, pericias tributarias, registrales, bursátiles de las personas jurídicas y naturales detalladamente. De la misma forma, es necesario el informe de la unidad de inteligencia financiera (UIF). Su elaboración obedece a un orden factico y cronológico seguido de la concatenación de un sinnúmero de indicios que conserven la misma secuencia, luego de realizar, en casi todos los casos, el denominado cruce de información⁽⁵⁷⁾. En este sentido, será fundamental para la instituciones como la SUNAT, UIF, determinar en sus informes para que no sufran riesgo frente al delito de lavado de activos, quienes tendrán que realizar a través del análisis de informaciones respecto al tipo de clientes que se posee, ya sea persona jurídica o natural, la modalidad, rotación y frecuencia de las transacciones realizadas en un periodo específico, la dinámica de los servicios y productos puestos en el mercado financiero, entre otras informaciones relevantes que puedan aportar a la evaluación que realice la entidad. Estas permitirán definir los niveles de exposición de la institución financiera a operaciones de lavado de activos de manera mucho más real, posibilitando el diseño, implementación y ejecución de un sistema de prevención del lavado de activos a *la medida* negocio⁽⁵⁸⁾. Y también

(57) PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, cit., p. 154.

(58) SALCEDO MACHADO, Pilar, La responsabilidad penal del directorio y gerencia general por el incumplimiento de los deberes de debida diligencia institucional, Lima, 2013, compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, CEDPE.

En el caso de la regulación peruana, la Resolución SBS N° 838-2008 ha establecido en el cuarto párrafo del artículo 12° que "las empresas deberán realizar un análisis del riesgo asociado a su perfil de operaciones o segmentos del mercado, a fin de determinar si es necesario que establezcan un umbral menor al señalado para el registro de operaciones en el Registro de Operaciones. Como consecuencia de dicho estudio, las empresas podrán establecer internamente umbrales menores para el registro de operaciones antes indicadas. Dichos umbrales menores podrán ser

servirán como indicios, para la prueba indiciaria en los delitos de lavado de activos.

Conectiva

La construcción de la prueba indicaria *conectiva* implica no necesariamente que los indicios estén relacionados con los hechos investigados. Solo bastará que haya vinculaciones con una organización criminal. La vinculación tiene que entenderse con las conexiones de las actividades ilícitas. Por ejemplo, La vinculación con organizaciones criminales o miembros de estas, incluso por el uso de la denominada prueba trasladada⁽⁵⁹⁾.

establecidos por sectores económicos, tipos de operaciones más sensibles o algún otro criterio que determinen las empresas, según sea el caso”.

En el derecho comparado, podemos mencionar la regulación española, concretamente, a la Ley N° 10/2010 de 28 de abril de 2010, la cual establece en el segundo párrafo del artículo 7° que los “sujetos de obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo mediante un previo análisis de riesgo que en todo caso deberá constar por escrito”.

- (59) Podemos encontrar en las investigaciones que un agente pudo haber actuado en calidad de integrante de una organización criminal. No importara que el agente haya actuado en forma individual, bastara que haya ejecutado su acción siguiendo el plan establecido por la organización. Bajo esos alcances, la verificación de la existencia de una organización criminal, podría alcanzar singular importancia para el uso de la denominada “prueba trasladada” que se encuentra en el artículo 261° del C de PP, modificada por el D.L. N° 983, del 22 de julio del 2007, cuyo texto es el siguiente: en los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes: (...) las pruebas admitidas y practicadas ante un juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil producción por riesgo de pérdida de fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurran tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitidas o incorporadas en otro proceso judicial. La posición de la prueba trasladada se resuelve en la sentencia. (...) La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva

Normativizada

Los delitos de crimen organizado resultan sumamente perniciosos para el sistema socioeconómico⁽⁶⁰⁾ y para la democracia en sí misma. Surgieron nuevas legislaciones y esfuerzos en el ámbito internacional para combatir el lavado de dinero, así tenemos la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, conocida como la Convención de Viena de 1988⁽⁶¹⁾; el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, de la CICAD de 1992⁽⁶²⁾ y la última convención sobre la temática, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁽⁶³⁾. La prueba indiciaria está citada en los convenios internacionales. Son muchos los convenios que hacen referencia a la prueba indiciaria sin llamarla así, pero todos de una forma más o menos parecida dicen que los datos, el conocimiento, la intención o la finalidad de los delitos relacionados con el narcotráfico, el crimen organizado o los delitos relacionados con la corrupción, podrán inferirse de las circunstancias obje-

o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada con forme al artículo 283°". En PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, *La investigación del delito de lavado de activos, Tipología y Jurisprudencia*, Ara Editores, Lima, 2013, p. 186.

⁽⁶⁰⁾ El lavado de activos, de acuerdo a una interpretación teleológica del mismo, daña el orden socioeconómico.

⁽⁶¹⁾ UN, "United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic drugs and Psychotropic substances, 1988".

⁽⁶²⁾ Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas, de aquí en más se cita la normativa como Reglamento Modelo CICAD.

⁽⁶³⁾ UN, "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", ver artículo 5° que penaliza la participación en un grupo delictivo organizado, artículo 6° que penaliza el blanqueo del producto del delito entre otros.

tivas del caso, es decir, de los indicios que se presentan en el caso⁽⁶⁴⁾. En nuestro país, tenemos el Decreto Legislativo N° 1106, denominado Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Informal y Crimen Organizado.

Estandarizada

También es una prueba indiciaria estandarizada, porque sus lineamientos contruidos con base en "tipologías", han sido elaborados por las principales agencias mundiales de lucha contra el lavado de activos, tales como el GAFI (FATF por sus siglas en ingles), por lo que no se trata de un simple tipo de prueba por indicios, sino que el perfil de su diseño obedece a los presupuestos más exigentes y a estudios forjados por expertos y consultores internacionales. Y, aun cuando exista una necesidad de investigación sistemática y de análisis de información que se encuentra dispersa por diferentes países PASSAS, NIKOS y GROS-KIN, RICHARD, los patrones secuenciales analizados por dichas agencias internacionales, reflejados en las diferentes tipologías, van a inyectar un criterio más elaborado para determinados indicios⁽⁶⁵⁾.

VI. La prueba indiciaria en los procesos por lavado de activos

La *función* de la prueba indiciaria en la elaboración de lo que se quiere acreditar con la investigación del delito de lavado de activos, tendría dos pistas primordiales: la primera pista es la prueba de la transacción financiera; y la pista dos es la prueba de la infracción subyacente⁽⁶⁶⁾. Utilizando como herramienta el método probatorio de la prueba indiciaria se logrará relacionar las actividades ilícitas con los activos o fondos.

(64) ZARAGOZA AGUADO, Javier A., cit., p. 68.

(65) PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, cit., p. 155.

(66) PAUCAR CHAPA, Marcial Eloy, cit., p. 161.

La *función* de la prueba indiciaria será útil e idónea para acreditar que los activos provenientes del origen ilegal, sean especificados así como el conocimiento o probabilidad de conocer tal origen ilícito, ya que en este delito con características propias de la criminalidad organizada, usualmente suelen ser complejas. Por ello, la existencia del elemento del tipo legal analizado deberá ser inferida –a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permitan llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas– de datos externos y objetivos acreditados⁽⁶⁷⁾.

Cundo se quiera acreditar el delito de lavado de activos, se tiene que acreditar cada uno de los elementos del tipo penal: a) la acción típica, b) el objeto del delito, c) el origen delictivo del objeto, d) el conocimiento o probabilidad de conocimiento de origen delictivo de los activos, y e) la intencionalidad de ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos.

Sin embargo, la existencia de todos estos elementos no se va a acreditar únicamente con indicios, pues la *presencia de los activos (objeto del delito)* tiene que quedar acreditada fundamentalmente con prueba material o prueba directa, esto es, se debe haber identificado y ubicado el dinero, los bienes, los efectos o las ganancias que se presume de origen delictivo. En este caso, las demás pruebas (entre ellas, los indicios) solo servirán para corroborar tal presencia; pero si no existiera prueba material al respecto, no podremos concluir que los activos existieron o que se realizaron las conductas delictivas sobre los mismos⁽⁶⁸⁾. En algunos casos, no será necesario que se identifiquen o incauten los activos, será suficiente que a través de los elementos probatorios se identifique, por ejemplo, que los activos se transfirieron a terceros, giros, depósitos a favor de terceros o que estos activos estuvieron depositados en un

⁽⁶⁷⁾ A partir de la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 1912-2005/Piura del 6 de setiembre de 2005 (Acuerdo Plenario N° 1 -2006/ESV-222 del 13 de octubre de 2006).

⁽⁶⁸⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos Criterios Sustantivos y Procesales análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, Actualidad Penal, Lima, 2014, p. 683.

banco. En cuanto a la *acción delictiva* (convertir, transferir, poseer, etc.). Será preferible acreditar con prueba directa⁽⁶⁹⁾. No será satisfactorio que existan indicios solamente. Se debe evidenciar la realización de la conducta típica sobre aquellos activos de origen ilícito.

Conclusiones

La prueba indiciaria es aquella que indirectamente lleva al convencimiento al órgano judicial sobre la verdad de hechos periféricos o de aspectos del hecho penalmente relevantes que no estén directamente referidos al procesado, pero que en atención a las reglas de lógica o máximas de experiencia permiten tener por cierta la conducta imputada. La prueba indiciaria es un método probatorio, pues es indicativo de que la prueba indiciaria responde a una determinada sistemática y estructura, de cuyo cumplimiento estricto depende su validez y eficacia probatoria.

De lo indicado líneas más arriba se tiene que diferenciar la prueba indiciaria con la inversión de la carga de la prueba. Esta última se aplica en un proceso civil donde se sustenta en el principio dispositivo, donde las partes afirman y cargan las pruebas. En cambio, el proceso penal se sustenta en el principio acusatorio. El órgano persecutor es quien acusa y carga las pruebas y no las partes.

La prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. Se trabajará casi siempre con la prueba indiciaria. Los delitos de lavado de activos. En cuanto a la *acción delictiva*, será preferible acreditar con prueba directa. No será satisfactorio que existan solo indicios. Respecto a ello, se debe evidenciar la realización de la conducta típica sobre aquellos activos de origen ilícito. No se va a acreditar únicamente con indicios, pues la *presencia de los activos objeto del delito*.

⁽⁶⁹⁾ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos Criterios Sustantivos y Procesales análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, cit., p. 684.

Competencia por la organización y participación en el delito

DAVID ROSALES ARTICA (*).

1. Planteamiento

Desde una interpretación del sistema penal en clave teleológico-funcional como propone JAKOBS, se puede sostener que la misión del Derecho penal (a partir de la cual obtiene su legitimación) es mantener la vigencia de las normas penales, procurando, de esta manera, resguardar la identidad social⁽¹⁾.

Ello es así, en tanto el universo de los conceptos penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos ajenos a lo social. De esta manera, alejado de una interpretación naturalista, el hecho punible se concibe “simbólicamente” como la aportación comunicativa⁽²⁾, esto es, la *expresión de sentido* de un sujeto: el autor, por me-

(*) Abogado (UNMSM). Profesor de Derecho Penal (UPSJB y UTP).

(1) La interrelación en sociedad supone la existencia de *expectativas* respecto al comportamiento de los otros (v. gr., todo conductor de un vehículo tiene la esperanza de que en un cruce de vías se respetará la luz verde y su derecho de paso), éstas deben ser aseguradas normativamente por el Derecho, pues de lo contrario nos encontraríamos ante la disyuntiva: “o interrelación y expectativas, o «estado natural» y caos”. Cfr. MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 15.

(2) Cfr. PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho*

dio de su conducta, se aferra a la afirmación según la cual ella, en tanto conlleva la defraudación de una expectativa normativa⁽³⁾, se encuadraría dentro de los comportamientos válidos, y así pues, la expectativa normativa en cuestión sería un accesorio no-relevante para la sociedad⁽⁴⁾. En este marco, la declaración de responsabilidad penal descansa sobre el principio de *autorresponsabilidad por el propio injusto*.

La pena, en este proceso, serviría para reestablecer la vigencia de la norma vulnerada. Con ella se le comunica al autor del injusto que su

penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 21; en donde se afirma que: "el dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado sentido: al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma mediante una conducta evitable se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social".

- (3) En la propuesta de JAKOBS, se reconoce la existencia de dos tipos de expectativas: *cognitivas* y *normativas*. Las primeras hacen referencia a las relaciones del hombre con los sucesos de la naturaleza, cuyo quebrantamiento conlleva la imposibilidad de mantener la expectativa y optar por cambiar de conducta (v. gr., un sujeto decide construir su casa en las cercanías de un río, confiado que en la temporada en que éste aumente su caudal, un posible desborde no afectará su vivienda. Sin embargo, una vez que se produce aquella situación, la casa del sujeto se inunda y queda inutilizable. Aquí se ha quebrantado una expectativa *cognitiva*, ¿de qué manera actuará entonces el sujeto? En definitiva, al decaer la esperanza que tenía, deberá decidir construir su casa en un lugar alejado del cauce del río). Distinto es lo que sucede en los casos de expectativas *normativas*, las cuales tienen lugar en el marco de las relaciones sociales. Cuando una de ellas se quebranta (v. gr., alguien roba en una vivienda), la víctima puede seguir confiando en que los otros miembros de la sociedad se comportarán conforme a lo esperado, pues el sistema social tiene en la pena el mecanismo para que se siga manteniendo a la norma como modelo de orientación social. Esto significa que el Estado comunica a los ciudadanos que la configuración del mundo que el sujeto infractor proponía con su conducta (*voluntad particular*), negando la concepción general del mundo (*voluntad general*), no tiene validez y que mediante la pena se "niega esta negación", por lo tanto, las personas pueden seguir orientando su conducta conforme a las expectativas generales.
- (4) Cfr. JAKOBS, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 75.

comportamiento no pertenece a la configuración social válida y vigente. De esta forma, cuando la sociedad, a través de los responsables de aplicar las sanciones penales, castiga a un sujeto, se niega a concebir un cambio en su configuración y se mantiene firme en el *statu quo*⁽⁵⁾. Debe dejarse en claro que esta reacción no es un suceso natural entre seres humanos, sino que responde a un proceso de comunicación (lo que se denomina *expresión de sentido*) entre personas⁽⁶⁾.

Lo dicho previamente se enmarca en la configuración de la sociedad actual, la misma que deja al descubierto un sinnúmero de complejos procesos de interacción, dinámicos y extremadamente anónimos, los mismos que obligan al Derecho a generar mecanismos para hacer posible que los miembros de la sociedad interactúen y desarrollen una vida acorde con sus necesidades⁽⁷⁾. De esta manera, el Derecho penal garantizaría, junto con las expectativas normativas, que la participación de los individuos en la convivencia diaria ocurra de tal forma que ninguno de ellos se vea impedido en el desarrollo y desenvolvimiento de sus actividades. En pocas palabras, se facilitaría la orientación en sociedad⁽⁸⁾.

Ahora bien, una norma puede ser quebrantada y una expectativa defraudada, ya sea por una organización individual defectuosa o por una

(5) Ibídem, pp. 75-76.

(6) Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 11. Para este autor, la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social, en tanto, la constitución de la sociedad y de las personas tiene lugar a través de normas.

(7) Lo señala muy bien SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho penal*, reimpresión de la 2ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 17-18; cuando afirma lo siguiente: "La creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar (...) a que cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos —recíprocos— de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas".

(8) Cfr. MONTEALEGRE/PERDOMO, *Funcionalismo*, p. 14.

generada en el ámbito del trabajo conjunto con otros. Este último supuesto puede tener lugar cuando cada interviniente lleva a cabo su propia obra, como sucede por ejemplo en un almuerzo común, o también cuando todos los participantes se juntan en *una sola*⁽⁹⁾, tal es el caso de una obra musical interpretada por una orquesta sinfónica⁽¹⁰⁾ o también la actividad de bandas del crimen organizado⁽¹¹⁾. Por tanto, varias personas pueden armonizar entre sí la organización de sus comportamientos de forma que, conduciéndose como una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común y respondan también conjuntamente como colectivo⁽¹²⁾. En este contexto, la imputación del suceso a una persona radica, fundamentalmente, en la *competencia*, es decir, en los deberes que le corresponden a aquél en virtud de su *posición de garante*.

Ello, en tanto, cuando se aborda el tema de la intervención de varios sujetos en la realización de un hecho delictivo, una interpretación de corte pre-jurídico, como sería el caso de la doctrina del dominio del hecho, resulta insuficiente por las soluciones a las que arriba. Es por eso que en la actualidad se sigue discutiendo sobre la utilidad de las posturas agrupadas

(9) Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, p. 149.

(10) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 74, ha expresado que "para que de una actividad se pueda decir que consiste en tomar parte en algo, es preciso que exista un todo y que la actividad no sea la de realizar el todo". Por ejemplo, del pianista que ejecuta una pieza musical de Bach, no se puede decir que toma parte en la ejecución de la pieza, toda vez que es el único que actúa (el que hace todo). Podrá recién decirse que su actividad ha sido la de tomar parte en la ejecución de un todo, cuando aparte de él haya algún otro instrumentalista que lo acompañe. En ese caso, el todo ha sido la interpretación de la pieza, de la que el pianista ha tenido sólo una parte, mientras que la otra parte ha sido ejecutada por el otro músico.

(11) Según JAKOBS, *La imputación*, (p. 149), la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr una obra única se distribuye entre varias personas, cada una de las cuales aporta su parte.

(12) Vid. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 68.

bajo la *teoría del dominio del hecho*, la cual goza de mayoritaria acogida en doctrina y jurisprudencia, teniendo en ROXIN a su principal defensor.

Las críticas contra esta propuesta teórica se dirigen a sus bases fácticas⁽¹³⁾. Para contrarrestar esta falencia, sus defensores han emprendido la tarea de armonizar esta doctrina con criterios de carácter normativo. En este sentido, por ejemplo, los delitos que ROXIN agrupa bajo su teoría del dominio del hecho son concebidos, según una interpretación normativa, como *delitos de organización*, injustos en los cuales la imputación no radica en un dominio fáctico del suceso, sino en el sinalagma *libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias del actuar*.

Ello es así, toda vez que estos delitos surgen a partir del quebrantamiento del *deber negativo*, según el cual las personas *no deben irrogarse ámbitos de organización ajena*, pues ello sería catalogado como administración defectuosa de su campo autónomo de administración. Aquí el dato de si se trata de una acción o de una omisión no constituye un elemento relevante de la imputación penal⁽¹⁴⁾, pues valorativamente es

(13) Aún más, se ha puesto en duda si es que los planteamientos elaborados para explicar los sucesos en los que existe un autor único, pueden ser aplicados para los casos en los que estamos ante la presencia de una multitud de sujetos intervinientes. Esta pregunta creemos que puede ser respondida ubicando el actuar de los sujetos dentro de una sociedad, en la que aquéllos, en tanto aceptan las reglas de participación social, esto es, se deciden a configurar su actuar según normas legítimamente establecidas, deben responder por la competencia que tienen respecto de la configuración de sus esferas de organización, las mismas que deben ser reconocidas y protegidas por el Estado y el ordenamiento jurídico, en particular, el penal. Esto quiere decir que una vez más el sinalagma *capacidad de autodeterminación/responsabilidad por las consecuencias del actuar*, nos será útil para determinar los límites de la participación punible y los límites de la prohibición de regreso, como factores de determinación de la participación criminal.

(14) Al respecto, JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", traducción de Manuel Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 116; ha señalado que "la gracia tanto de la acción como de la omisión no está en el hecho que en un caso hay actividad corporal y en el otro no la hay, sino en algo que no pertenece al ámbito de lo fáctico-naturalista, esto es, en la atribución de determinados resultados a una persona. (...) en ambos casos la cuestión es la adscripción a determinados garantes, y no algo perteneciente al ámbito de la naturaleza".

indiferente si, por ejemplo, el conductor atropelló a un individuo, porque aceleró más de lo debido o porque no frenó para evitar el atropello.

Para fundamentar la propuesta por la cual nos decantamos, iniciaremos colocando un ejemplo: cuando una orquesta sinfónica interpreta de modo magistral el tema de un conocido compositor, es claro que los músicos de la orquesta son responsables de este resultado. No parecería del todo incoherente sostener que también merecen ser felicitados el director de la orquesta, el compositor del tema, el ingeniero de sonido, entre otros⁽¹⁵⁾. Pero, ¿merecerían también las felicitaciones el chofer del bus que trasladó a los músicos o quien llevó los instrumentos musicales al lugar donde se realizó el concierto o los fabricantes de los instrumentos o el arquitecto que diseñó el local donde se ofreció el concierto y así retrocediendo sin límite alguno hasta llegar incluso a felicitar a Adán y Eva? ¿sería válido este regreso *ad infinitum* –tan absurdo como desacertado– propio de la teoría de la equivalencia de condiciones⁽¹⁶⁾ e hija del pensamiento causalista que tuvo como finalidad explicar el Derecho penal a partir del recurso a criterios netamente naturalistas o empíricos?

Consideramos que con el proceso de reformulación del tipo penal y su normativización, y con el empleo de la *teoría de la imputación objetiva*⁽¹⁷⁾,

(15) Si tal repartición de responsabilidades por la obra final es válida para aquellos actos que son elogiados, también lo sería para los casos en los que la finalidad de la pluralidad de intervinientes está marcada por la realización de un hecho criminal.

(16) Conforme a esta teoría, es causa de un resultado toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Esta concepción fue asumida en el ámbito del Derecho penal en el contexto de la irrupción del pensamiento naturalista-positivista que se desplegó a finales del siglo XIX. Este positivismo propugnaba el traslado de conceptos científico-naturales al Derecho.

(17) A decir de JAKOBS, "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma", traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 85; la imputación objetiva implica la interpretación del contexto social del comportamiento junto con sus consecuencias, y tiene el sentido de determinar la responsabilidad de cada uno de los ámbitos de organización. No obstante, debe quedar claro que por sí sola no fundamenta la responsabilidad penal,

dicha fundamentación de corte naturalista no es de recibo y hoy sólo tiene valor como mero dato histórico.

En la actualidad tiene plena validez la imputación objetiva como criterio general para delimitar los ámbitos de responsabilidad o de competencia de las personas involucradas en un suceso delictivo⁽¹⁸⁾. Como consecuencia de ello se tiene que en el marco de la *teoría de la conducta típica*⁽¹⁹⁾ no sólo ha variado la forma de determinar el hecho típico, sino también ha tenido repercusión en el ámbito de la autoría y la participación criminal. En este último sector, ya no cabe referirse a la autonomía e independencia de ambas, sino hay que afirmar que ambas se desenvuelven en un marco de estricta interdependencia, en tanto el tratamiento de la participación criminal se encuentra inmerso en el campo de lo propuesto por la teoría de la imputación objetiva⁽²⁰⁾.

sino que determina a quién de entre varias personas le incumbe un suceso. Además, JAKOBS justifica la existencia de la imputación objetiva, señalando que cuando se produce un determinado daño, éste puede ser imputado al comportamiento incorrecto de una persona, de la propia víctima o puede que el suceso obedezca a un infortunio. En esta multitud de posibles causas del resultado, se deben separar aquellos que tengan el significado de ser gestores de daños.

Como antecedente contextual de la teoría de la imputación objetiva, podemos señalar que ésta se desarrolla dentro de un contexto de normativización de los distintos elementos de la teoría del tipo penal, "en un contexto en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir". Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 25.

(18) El criterio clave es la competencia (el "ser-competente"), ya a consecuencia de un status negativo (el deber de no dañar a los demás) o de un status positivo (el deber de configurar plena- o parcialmente un mundo en común).

(19) El objetivo de esta teoría es desarrollar una separación entre los espacios de libertad de actuación garantizados penalmente frente a aquellos otros afectados por prohibiciones de conductas.

(20) En este mismo sentido, vid. MARAVER GÓMEZ, "Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad", en *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007, pp. 481-482; quien resalta la importancia y necesidad de la teoría de la imputación objetiva para valorar la conducta de autor y partícipe.

En este mismo marco de reflexión, si entendemos la imputación objetiva como un juicio de atribución no solamente del resultado, sino esencialmente de adscripción de relevancia penal a la conducta, tendríamos que sostener que es necesario que el comportamiento de los intervinientes sobrepase el riesgo social admitido, ya que si la creación de un peligro no permitido —ya sea de forma inmediata, mediata o conjunta— fundamenta la existencia de autoría, los demás intervinientes en el delito sólo responderán de forma accesoria por su favorecimiento, motivación o ayuda a la aparición del riesgo, en la medida que con ello las posibilidades de éxito del hecho se acrecienten⁽²¹⁾.

2. Competencia por la organización en supuestos de pluralidad de intervinientes

Del amplio grupo de personas que tienen algún tipo de relación causal con la producción de un hecho criminal, es necesario distinguir y delimitar tanto normativa, como valorativamente a quién o a quiénes incumbe el suceso, en tanto, *no todos son competentes por todos los resultados acontecidos*.

Para ello, es preciso establecer ámbitos de responsabilidad⁽²²⁾, valiéndonos de la ayuda de la imputación objetiva. Como ha puesto de relieve FRISCH, “la posibilidad de que un tercero pueda cometer un de-

(21) Cfr. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 141; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, Comares, Granada, 1999, p. 2; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, Comares, Granada, 2001, p. 148; señala este último autor: “Frente a las posturas que ponen el acento de forma casi exclusiva el resultado (sic.), es preciso, tal y como se recalca desde las modernas tendencias en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, reforzar el desvalor de la acción. La cuestión a resolver en el tipo objetivo es, por tanto, si el comportamiento del contribuyente ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y este peligro realmente se ha realizado en el resultado”.

(22) El problema que esta teoría debe afrontar, proviene de aquellas conductas que se presentan con anterioridad al inicio de la fase ejecutiva (tentativa) y en el que el obstáculo a superar surge de la intervención de un segundo sujeto que lleva a cabo la ejecución del delito.

lito con cualesquiera objetos que se dejen a su alcance, no se guarden debidamente o se le entreguen, o bien basándose en informaciones o en prestaciones que se le den, casi siempre existe en el terreno puramente teórico. Si, para prevenir estos riesgos, se pretendiera prohibir todas esas acciones, ello comportaría una *restricción insoportable de la libertad de acción*. En particular, las conductas que forman parte de un proceder más amplio en división del trabajo se convertirían así en prácticamente imposibles; dado que siempre es previsible contar con que otros completen la obra conjunta mediante conducta dolosa o imprudente. En definitiva, con una prohibición así (penalmente reforzada), al servicio de los bienes jurídicos, se vería afectado incluso aquel cuya protección en realidad se pretende, pues multitud de actividades (si han de desarrollarse de modo óptimo para los bienes jurídicos) requieren conceptualmente que determinadas cosas se entreguen a otros para resolver asuntos”⁽²³⁾.

En esta misma línea, y siguiendo a JAKOBS⁽²⁴⁾, del entramado de relaciones intersubjetivas en la realización de un hecho punible pueden presentarse los siguientes supuestos:

- a) Puede que unos sujetos se hayan comportado aisladamente al hecho delictivo, pero su dependencia causal respecto de éste deriva de una decisión arbitraria de otro. En este caso, dichas personas no podrán ser declaradas responsables penalmente.
- b) En tanto nos encontramos ante un hecho que se presenta en la forma de división del trabajo, debe averiguarse —a efectos de fijar el nivel de competencia por la organización de cada individuo respecto del ilícito— si aquella división es restringida o vinculante.

En la división del trabajo de tipo *restringida*, los que han aportado algo sólo prestarán un apoyo determinado, sin preocuparse de lo que

(23) FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 260.

(24) Cfr. JAKOBS, “La intervención delictiva”, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Cuadernos de Política Criminal*, Segunda Época, N° 85, Cesej, Madrid, 2005, p. 71.

del mismo resulte para la obra⁽²⁵⁾. Ello deriva del no tener que prestar atención a lo que el receptor del aporte, en tanto sujeto autorresponsable, realice. De no ser así, habría que pregonar un deber de control que eliminaría la libertad de las personas. Por ejemplo, en el entorno de una economía con una intensa división del trabajo, se presupone que no forma parte del papel de vendedor de un producto estándar, el cuidar que el comprador no lo utilice de forma delictiva o de cualquier otra manera lesiva⁽²⁶⁾. Este es el campo de acción del criterio de imputación objetiva propuesto por JAKOBS y que se denomina *prohibición de regreso*.

En la división del trabajo *vinculante*, los participantes están fuertemente unidos para la consecución de su objetivo, esto es, la realización del delito. La obra que vincula a los sujetos intervinientes consiste en la lesión de la norma como expectativa penalmente garantizada.

En los supuestos de individuos que actúan aisladamente al hecho y de aquellos que actúan sobre la base de la división vinculante del trabajo, puede que sepan o sospechen lo que va a suceder con posterioridad a su aporte (por ejemplo, es posible que el constructor del auditorio donde se va a ofrecer el concierto conozca qué tipo de música se va interpretar), pero este conocimiento por sí solo no es suficiente para asociarlos con el resultado. En este contexto, en nada influye que ese conocimiento pertenezca o no al rol de los sujetos, en tanto, por sí solo este criterio no es idóneo para establecer el valor de los conocimientos especiales⁽²⁷⁾.

(25) *Ibíd.*, p. 72.

(26) Cfr. JAKOBS, *Sociedad*, p. 54.

(27) Cfr. KANT, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts – Jesús Conill Sancho, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 38-39; quien ha señalado: “en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio; sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal”.

Ahora bien, para determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto de reparto o división del trabajo vinculante o no vinculante⁽²⁸⁾, hay que atender al *sentido* que tiene la acción de cada interviniente y el *contexto* en el cual tiene lugar.

Respecto al primer criterio, si el primer actuante ha colocado su prestación, tomando como punto de orientación la conducta del segundo actuante, es decir, su contribución se ha configurado atendiendo al posterior desarrollo delictivo a manos de otro, será competente del resultado que se produzca (*v. gr.*, no es lo mismo que alguien consiga el plano de una universidad para otro o que consciente de que no es posible robar en una universidad sin un plano de la misma, lo consiga y entregue a los autores del delito)⁽²⁹⁾.

En lo que concierne al papel que cumple el contexto en el cual se desarrollan los diferentes comportamientos, cabe señalar que según JAKOBS un entorno en el que todos desempeñan su papel y dejan a los demás el suyo, constituye presupuesto indispensable para que la conducta de una persona —en el entramado de contactos sociales actuales— se pueda distanciar frente a un contexto delictivo, pues *si el entorno*

(28) Cabe precisar que al tomar como presupuesto de la imputación penal la división del trabajo, únicamente nos limitamos a un análisis de la parte objetiva, en tanto, sostenemos que el problema de la intervención delictiva y la delimitación de los ámbitos de participación punible es un tema que atañe en mayor medida al lado objetivo del suceso. Esto lo podemos graficar mediante un ejemplo: cuando un sujeto entra a un local en el que también se encuentran otras personas y deja su arma sobre una mesa, su actuación lo convierte en un interviniente responsable del asesinato cometido por otro sujeto, aunque el sujeto que dejó el arma no haya reflexionado en que tal hecho podía ocurrir.

(29) Al respecto, ha dicho JAKOBS, "El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", traducción de Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS/CANCIO, *El sistema funcionalista del derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 174; que no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia.

es caótico, desaparecen tales expectativas⁽³⁰⁾. Por ejemplo, quien vende cuchillos no puede alegar una separación de roles, cuando delante de su puesto se desarrolla una pelea entre dos bandos antagonistas y unos sujetos ingresan a su tienda a comprar cuchillos. Si el vendedor accede al pedido, su actitud implicará participación en la pelea, en tanto han desaparecido las condiciones de la separación de roles. Éstos estarían así confundidos o anormalmente vinculados. De esta manera, "cuanto más se intensifique el quebrantamiento del rol por parte del ejecutor, menos alguien que preste una contribución podrá mantenerse en sus trece de que no se trata de nada distinto de un suceso normal"⁽³¹⁾.

Por otra parte, resulta necesario fundamentar el porqué es competente de la ejecución completa del hecho (a manos del segundo actuante), el sujeto que intervino previamente (el primer actuante), y porqué no lo es sólo de la parte que ha configurado. También es imprescindible aclarar si la conformación completa del injusto es un hecho libre y de plena responsabilidad de quien lo ejecuta (similar conclusión a la que arribó la antigua doctrina de la prohibición de regreso), pues si bien es cierto no ha escogido la configuración que se le ha ofrecido, pero que, de igual modo, podría haberla rechazado.

En primer lugar, hay que manifestar que en un sistema como el que se sigue aquí, la decisión del ejecutante por realizar el ilícito penal (la decisión por el "sí") depende de la configuración del "cómo" que ha sido planteado por los actores previos. Es por ello que la competencia

(30) *Ibíd.*, p. 174. (Las cursivas son nuestras). También, GARCÍA CAVERO, "La prohibición de regreso en el Derecho penal", en *Estudios de Derecho penal*, Ara editores, Lima, 2005, pp. 70-71, quien señala que: "una conducta neutral (...) deja de serlo si se entra en un contexto marcadamente delictivo", y pone el siguiente ejemplo: "Subirse a un taxi con un revolver escondido en la ropa para asaltar un banco no expresa socialmente aún un sentido delictivo, lo cual cambia cuando se suben varias personas con fusiles y pasamontañas".

En contra PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 360; también ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 84-92.

(31) JAKOBS, "El ocaso", p. 176.

de quienes toman parte con anterioridad a la ejecución del delito deriva de la decisión del ejecutor de llevar a cabo el hecho criminal. En segundo lugar, respecto a esta última cuestión hay que establecer si existe alguna razón por la que la actuación del ejecutor⁽³²⁾ podría bastar por sí sola para excluir la responsabilidad de los demás intervinientes.

Una respuesta afirmativa a este interrogante conduciría, inevitablemente, a restarle importancia a la división del trabajo. Luego, sin el reconocimiento que existe una competencia de todos los participantes en un hecho, nadie se embarcaría en una obra conjunta que sea buena, porque no habría esperanza de recibir una “recompensa”, y en la misma línea de razonamiento, quienes colaboran mediante actos previos en obras colectivas ilícitas, lo harían sin ningún tipo de preocupación, pues no habría que temer una sanción⁽³³⁾.

La concepción según la cual hacer responder penalmente al ejecutor del hecho, convierte en innecesaria la sanción a los demás participantes, difícilmente puede ser asumible en una postura en la que el sinalagma *libertad de actuar/responsabilidad por las consecuencias* despliega sus efectos. Este principio no sólo tiene validez para los supuestos de intervención de un autor único, pues también puede aplicarse en el caso de obras conjuntas, en tanto la responsabilidad de los individuos por las obras colectivas deriva de su libertad para, por un lado, constituirse en una asociación de personas; y, por otro lado, para embarcarse en una obra común.

Luego, la responsabilidad por el hecho de quien lo ejecuta, no exime la de quienes tomaron parte en los actos previos. Esta idea obede-

(32) Hay que precisar qué se debe entender por “ejecutar” un hecho. Siguiendo a JAKOBS, “La intervención delictiva”, p. 84; se puede decir que se trata de un concepto que se debe definir de manera normativa, mediante la competencia por las consecuencias y es perfectamente equiparable a la actuación en el momento de los actos previos, que —como intervención delictiva que es— igualmente fundamenta la competencia por los resultados. El interviniente haya actuado en la fase ejecutiva o no, es competente respecto de la configuración del hecho.

(33) *Ibídem*, p. 78.

ce a que, como ha señalado ROBLES PLANAS, la dogmática de la autoría y la participación se debe formular a partir de la noción de “hecho típico”⁽³⁴⁾. Además, tal concepción (tomada de lo propuesto en su momento por HEGEL⁽³⁵⁾) implica que “sólo cuando la lesión de una norma se objetiviza como hecho (como suceso social con unidad de sentido), es posible hablar de intervención”⁽³⁶⁾.

De esta manera, en el sistema de participación delictiva “el tipo es el injusto objetivizado, y, por consiguiente, el marco en el que se asocian las infracciones de la norma en una unidad de sentido. Sólo cuando el injusto logra objetivizarse (como hecho) y, por consiguiente, desprenderse de las infracciones personales de deberes es posible la intervención en él”⁽³⁷⁾, es decir, únicamente cuando el hecho está distanciado de las aportaciones individuales de cada actor es que se puede hablar de intervención delictiva⁽³⁸⁾.

(34) Cfr. ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 145.

(35) Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, traducido por Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 105-106 §25 y §26. En su opinión, las voluntades individuales autoconscientes (a las que denomina lo subjetivo) no son más que aspectos parciales de la voluntad general que constituye en sí la objetividad de la voluntad.

(36) ROBLES PLANAS, *La Participación*, p. 145.

(37) Ídem.

(38) Una formulación distinta a este planteamiento podemos encontrarla en SANCINETTI, “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno”, en *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 88; pues sostiene que: “También para el partícipe que sí responde, su responsabilidad proviene de su propio hecho; de otro modo, si su hecho no constituyera de por sí un ilícito, «no podría ser teñido de ilícito retroactivamente por la realización del tipo». No hay, pues, una «obra en común» que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el producto de la reunión de los aportes individuales. La medida en que cada uno es responsable de esta «reunión» es justamente la medida de su contribución; pero para juzgar la medida de su contribución sólo hace falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes —entre los cuales puede haber, justamente por el principio de la prohibición de regreso, un sujeto no responsable—; y esa evaluación debe quedar firme cualquiera que haya sido el éxito final de la empresa en común”.

La intervención conjunta puede ser comprendida a plenitud si hacemos referencia al sistema de injusto más pequeño que se suele presentar, esto es, la presencia de un solo actor, quien por sí mismo ha configurado –ha preparado– el comportamiento criminal y, posteriormente, lo ha ejecutado. No resulta dudoso sostener que el sujeto queda vinculado penalmente con el resultado por la ejecución del hecho, empero, esto no significa que no cobren relevancia los actos previamente desarrollados por el propio ejecutante. El análisis de la conducta de este individuo se dirige no sólo al acto ejecutivo, sino también a la “plantilla”, esto es, los actos de preparación del acto punible. Sin embargo, es evidente que al tratarse de la actuación de un solo sujeto carece de sentido la separación.

En este punto destaca la propuesta de JAKOBS sobre la existencia de una “dogmática de los sistemas de injusto”⁽³⁹⁾. Según ésta, en los casos de una pluralidad de intervinientes –aspecto que concierne a la denominada *teoría de la intervención delictiva*– respecto de un mismo injusto penal (por ejemplo, coautoría), la competencia penal residirá en el sistema, es decir, se tratará de una “responsabilidad del sistema”⁽⁴⁰⁾. A partir de ello, la responsabilidad por el todo se repartirá entre los sujetos que han tomado parte en el hecho (aspecto cualitativo), pero para establecer el título de imputación de cada uno de ellos se atenderá a la magnitud de su aporte (aspecto cuantitativo)⁽⁴¹⁾.

En lo que concierne a esta última idea, debe tomarse en consideración el “peso” de la intervención de cada individuo como criterio a emplear para calificarlos como autores o partícipes. En definitiva, se trata de realizar una cuantificación entre ellos y no una clasificación en

(39) Cfr. JAKOBS, “La intervención delictiva”, p. 69.

(40) Ídem.

(41) Cfr. ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 145; quien manifiesta que “en un sistema de responsabilidad por la intervención, al otorgar al hecho relevancia como suceso con unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien de distinta manera”.

base a quiénes tienen y quiénes no tienen dominio del hecho, pues es constatable que hasta quien toma parte con un pequeño aporte posee de alguna manera tal dominio. Esto no debe significar que se persigue una diferenciación en el nivel cualitativo, pues todos responden por un mismo suceso, sino que se busca realizar una ordenación en función a la cantidad ("al peso") de la aportación de cada uno de los sujetos. Como señala JAKOBS, no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena⁽⁴²⁾.

Ahora bien, en los supuestos de intervención de pluralidad de agentes resulta necesario distinguir entre los comportamientos que preparan el hecho delictivo, lo que se ha denominado "plantilla", y las conductas que se ejecutan sobre la base de aquella. El ejecutor utiliza la "plantilla" o patrón, en términos gráficos: "colorea" sobre ella el delito, pero los contornos ya los han fijado, en mayor o menor medida, los otros actores⁽⁴³⁾.

Por consiguiente, el ejecutor con su conducta realiza su obra y también la de todos los demás participantes. De tal manera que la ejecución, cuando intervienen otras personas en los actos previos, no supone más que una *co-configuración* del hecho –por regla general de gran peso–, pero ni más, ni menos. La realización del último acto y, con ello, la decisión sobre el "sí" del hecho, no es cualitativamente nada nuevo frente al "cómo" de aquél, un "cómo" que habrá sido configurado por los otros actores, en ocasiones, hasta el último detalle⁽⁴⁴⁾. Todos los sujetos ejecutan, independientemente de quién es la mano que se mueve para ello⁽⁴⁵⁾. Por tanto, al hacer referencia al injusto típico no se está aludiendo exclusivamente al injusto del autor, sino también al del partícipe. De esta forma, la única diferencia entre ellos es que el autor será el responsable más inmediato, mientras que el partícipe tendrá una responsabilidad mucho menos enérgica.

(42) Cfr. JAKOBS, "El ocaso", p. 179.

(43) Cfr. JAKOBS, "La intervención delictiva", p. 79.

(44) Ídem.

(45) Cfr. JAKOBS, "El ocaso", p. 175.

Luego, es necesario precisar de qué manera se pueden compatibilizar estos postulados con la *teoría del delito*. En ésta, lo punible se configura a partir del comienzo de la tentativa. De esto se colige que quien no participa en la ejecución no comete—desde una interpretación fáctica del suceso— de propia mano el delito, sino que su conducta se limita a aportar los medios para la realización del hecho delictivo posterior⁽⁴⁶⁾.

Empero, si quien interviene antes del inicio de la tentativa no comete de “propia mano” el delito, y es reconocida la validez del principio de responsabilidad por el propio injusto y no del injusto ajeno; es posible plantearse la siguiente pregunta: ¿cómo puede imputarse el hecho ilícito a quien no ha tomado parte de los actos ejecutivos? Desde el punto de vista propio de las ciencias naturales y del positivismo no existiría una respuesta satisfactoria.

Generalmente se ha respondido que quien actúa sin realizar actos de ejecución, participa en el hecho de quien sí los lleva a cabo⁽⁴⁷⁾. En este sentido, se manifiesta que eso es lo que constituye su propio injusto. Formulado de otro modo: se afirma que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por medio del comportamiento del partícipe⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, si se entiende que el injusto conlleva la irrogación de un ámbito de organización ajeno, tal solución no sería correcta, pues no queda

(46) Acerca del inicio del ilícito de la participación, vid. SANCINETTI, “El ilícito propio”, p. 75; según lo planteado por este autor: “El ilícito propio de participar en el hecho conducido por otro aparece cuando el instigador o cómplice da el paso que, según su representación, podría determinar un aumento de esfuerzos ulteriores para poder retroceder; es decir, cuando da el paso tras el cual disminuirá su capacidad de señorío sobre la influencia de su inducción o de su aporte”.

(47) En doctrina y jurisprudencia frecuentemente se ha ubicado el límite entre autoría y participación en torno a un criterio formal como *la realización de los actos ejecutivos*. De acuerdo con este criterio, el autor interviene durante la ejecución del tipo, mientras que el cómplice actúa en un momento anterior, esto es, en los actos preparatorios. Esta manera de delimitar las formas de intervención en el delito, tiene una relación muy cercana con la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo-formal.

(48) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 150.

claro qué es lo que se irroga el partícipe que actúa antes de la ejecución. Incluso, por qué razón se tendría que sancionar a éste, si en caso de un hecho delictivo cometido por un autor individual, no sería sancionado por dichas conductas previas al inicio de la tentativa. Empero, a partir de una interpretación normativa de la intervención delictiva, como es la que se defiende en este trabajo, la respuesta puede ser mucho más que satisfactoria, pues como hemos señalado, puede afirmarse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes⁽⁴⁹⁾.

De esta manera, siguiendo a JAKOBS, se comprueba que el aporte del partícipe no es más que la “razón por la cual también a él, en la fase previa, se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio hecho típico, pero no es cierto que aquél sólo pueda ser el realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa”⁽⁵⁰⁾.

Un hecho, con independencia de si es preparado y efectuado por uno o por varios sujetos, sólo pasa una vez –y no por separado para cada uno de los participantes– del estadio de la preparación al del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al de la tentativa acabada, y es que se trata de *un solo* injusto, aunque sea propio de va-

⁽⁴⁹⁾ Ibídem, p. 150 y ss. Desde la concepción de JAKOBS, aquello que convierte el injusto en propio es el sentido delictivo del comportamiento y no la comisión de propia mano. El presupuesto de esta expresión de sentido es la conformación de una persona competente, no comprendida desde planos naturalistas como ser de carne y hueso, sino desde una visión valorativa como destinatario de la imputación. A partir de tal comprensión, el destinatario no sólo puede ser individual, sino también colectivo (unión de varias personas), es decir, todas aquellas personas que se han organizado de tal modo que lo organizado tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas.

⁽⁵⁰⁾ Ibídem, p. 151.

rias personas⁽⁵¹⁾. El *quid* de la responsabilidad penal del partícipe radica en que el aporte que hace llegar al ejecutor está teñido delictivamente, siendo tal la razón por la cual se le hace competente y deberá responder penalmente. Ahora bien, esta vinculación del partícipe con el hecho típico tiene un carácter *normativo*, de manera que quien toma parte en éste (ya sea antes o durante la ejecución), no puede renunciar a las consecuencias de su actuar⁽⁵²⁾.

3. Valoración

En las líneas precedentes, hemos pretendido demostrar lo poco afortunada que es una explicación del suceso delictivo y la intervención criminal orientada fácticamente, tal como propone la teoría del dominio del hecho⁽⁵³⁾.

En su lugar, se defiende una interpretación normativa en la que el injusto propio no debe ser entendido como el injusto personal, sino como el que es imputado a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente ilícitas⁽⁵⁴⁾ y, en este marco, la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre⁽⁵⁵⁾.

(51) Ibídem, p. 154.

(52) Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 16-17.

(53) Si bien ROXIN, "La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán", en: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 364; considera la existencia de ciertas limitaciones o excepciones a la teoría del dominio del hecho (en los delitos culposos, los hechos omisivos, los delitos de deber y los hechos punibles de propia mano), este autor mantiene la idea que la delimitación entre autoría y participación debe ser emprendida siguiendo el parámetro del dominio del hecho.

(54) Cfr. GARCÍA CAVERO, "La prohibición de regreso", p. 65, quien sostiene que "la responsabilidad penal no puede sustentarse actualmente en la capacidad individual de evitar un resultado, sino en la competencia para evitar efectivamente ese resultado".

(55) Cfr. JAKOBS, *La imputación*, p. 154.

Formulado como regla: el interviniente es competente respecto del suceso completo, cuando ha prestado al ejecutor un aporte que le vincula con la ejecución (es decir, que tiene el sentido de dar a la ejecución una específica configuración), y el ejecutor es competente respecto del hecho completo, cuando al llevar a cabo la ejecución de ese aporte (con la consiguiente configuración del hecho), lo transforma en realización típica. En otras palabras, el desarrollo de las posibilidades de una división vinculante del trabajo no es otra cosa que la aplicación de las reglas de imputación en los supuestos de comportamientos conjuntos, y, por tanto, precisamente, no es otra cosa que la reafirmación de la estructura normativa de la sociedad⁽⁵⁶⁾.

Desde nuestro punto de vista, quien se autodetermina inserta como contenido de su organización, la realización de una contribución cuyo significado es el de posibilitar la ejecución del delito. Para ser más precisos, su aporte debe: a) adquirir desde el inicio el sentido de favorecer un crimen o, b) contener el sentido estereotipado de facilitar el delito⁽⁵⁷⁾.

Por lo que se refiere a la primera cooperación, nos encontramos ante los típicos casos de inducción o complicidad, en tanto, el sujeto introduce el sentido delictivo en la organización de quien ejecuta (lo induce) o acopla su accionar a los planes ilegales ya existentes (complicidad) aportando algún elemento adecuado para su favorecimiento (por ejemplo, consigue los planos del lugar del delito).

Sin embargo, es posible que también un plan criminal se pueda ver favorecido a través de conductas cotidianas, aquí han de jugar papel importante las circunstancias concretas del aporte, toda vez que la interpretación de una acción depende también del *contexto* en el que se enmarca. Como opina JAKOBS, el mundo social "no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de

(56) Cfr. JAKOBS, "La intervención delictiva", p. 79.

(57) *Ibídem*, p. 75.

cada comportamiento se rige por su contexto”⁽⁵⁸⁾. Por tanto, el que una persona ocasione de modo cognoscible un resultado pernicioso, *per se* nada significa, pues puede que según el marco en el que se desarrolla la conducta, el suceso sea de competencia de otro⁽⁵⁹⁾.

En efecto, incluso de manera especial un contexto marcadamente delictivo es posible que repercuta en una acción que de por sí está este-reotipado como adecuado en la sociedad⁽⁶⁰⁾ (*v. gr.*, el que dos individuos se pelean frente a una tienda de venta de cuchillos, y uno de ellos ingresa al establecimiento y pide que le vendan un cuchillo; petición que el vendedor satisface; en este supuesto la entrega del cuchillo ya adquiere sentido criminal). Como se señaló previamente: *si el entorno es caótico, desaparecen las expectativas*⁽⁶¹⁾.

A partir de lo planteado, se puede sostener que entre el ejecutor o los ejecutores y los demás participantes en el hecho ilícito, no se puede intentar desarrollar diferencias cualitativas, sino a lo sumo en función del peso que ha tenido la intervención de cada uno de ellos, y que tendrá relevancia al momento de fijar la pena que debe corresponderle a cada uno.

El *quantum* de la competencia se rige según el de la configuración del hecho, pero no directamente según la cantidad del sudor derramado o del dinero que haya sido invertido, antes bien, dicho *quantum* se toma en consideración de acuerdo con el peso social que la parte configurada tiene en comparación con las otras partes⁽⁶²⁾. Luego, la única separación

(58) JAKOBS, *La imputación*, p. 11.

(59) *Ibíd.*, pp. 11-12.

(60) *Ibíd.*, p. 164.

(61) JAKOBS, “El ocaso”, p. 174 (las cursivas son nuestras).

(62) Cfr. JAKOBS, “La intervención delictiva”, pp. 84-85. Como afirman MONTEALEGRE/PERDOMO, *Funcionalismo*, p. 71 y ss.; cuando se dice que es el *quantum* del aporte el criterio básico para delimitar autoría y participación, se establece simplemente un principio rector para la solución de casos concretos. No se trata de una fórmula cerrada bajo la cual podemos subsumir la fenomenología que presenta la vida social. Estos autores proponen recurrir a otros elementos para llenar de contenido aquel principio general, para ello acuden, por un lado, al criterio de la realización de ele-

cualitativa posible se ubica entre el actuar aislado junto con la división restringida del trabajo frente a una decisión vinculante del trabajo, esto es, entre la prohibición de regreso y el actuar conjunto.

Antes de finalizar es necesario señalar que para poder determinar la responsabilidad penal del interviniente —que como dijimos es el concepto general que engloba tanto las formas de autoría como los casos de inducción y complicidad— se debe desarrollar una distinción entre el *fundamento de la responsabilidad* y la *valoración del grado de intervención en el delito*⁽⁶³⁾. De esta manera, la diferenciación entre autoría y participación criminal supone un doble nivel de valoración al momento de fijar la imputación penal⁽⁶⁴⁾: en primer lugar, tras la concurrencia de

mentos típicos según el cual, “si el tipo penal considera que algunas conductas sólo son relevantes cuando se realizan a través de circunstancias modales, significa que las circunstancias revisten especial importancia en la configuración del suceso. En consecuencia, puede considerarse coautor a toda persona que realiza un elemento del tipo. En los llamados tipos cerrados, será siempre coautor la persona que ejecute una circunstancia modal. Por ejemplo, si una mujer sujeta por la fuerza a otra, para que un tercero la acceda carnalmente, es coautora de abuso sexual violento. En los tipos abiertos, la realización de actos consumativos siempre es autoría, si quien ejecuta la acción es competente para la evitación del resultado, por ejemplo, disparar sobre la víctima o asestar la herida mortal”.

Por otro lado, se hace referencia a la *teoría de los bienes escasos* propuesta por GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, pp. 127-130; quien parte de una distinción entre dicha teoría y la de los bienes abundantes en relación con el aporte de los partícipes. Si un sujeto colabora con un bien escaso para la realización del hecho delictivo será cooperador necesario (en nuestro país, cómplice primario), mientras que si la contribución radica en un bien abundante debe ser reputado como mero cómplice.

También ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 31; se ha referido, aunque de modo muy general, a cómo es que se debe orientar el criterio de determinación de lo que constituye autoría y lo que es participación, en tal sentido sostiene que: “Los grados de contribución al hecho no pueden describirse a través de fórmulas precisas, sino que dependerán de la influencia de cada interviniente en aspectos normativamente relevantes como la realización directa del tipo, la definición de las características del hecho o la decisión sobre la producción del delito”.

(63) Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 20.

(64) También encontramos esta metodología en LESCH, *Intervención delictiva*, p. 66. BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 16-26, sostiene que la verificación del nexo de causalidad (conexión fáctica) es el primer paso para la imputación de un hecho a título

un hecho criminal se debe establecer si la conducta sobrepasó el riesgo general permitido (o marco de libertad jurídicamente garantizado) y, por ende, se convirtió en relevante a efectos penales⁽⁶⁵⁾. En este nivel de evaluación, se toma en consideración, en los casos de pluralidad de agentes, a todos los que han tomado parte en el suceso delictivo y no sólo a quienes puede calificarse como autores del mismo. Como ha sostenido LESCH, "la imputación es por consiguiente idéntica para autor y partícipe: tanto el autor como los colaboradores tienen que responder conjuntamente como colectivo por la ejecución (realización típica)"⁽⁶⁶⁾.

En el segundo nivel de imputación, es donde se fija el título de imputación. Para ello, se deben analizar las cuotas de responsabilidad de cada uno de los participantes, esto es, la magnitud de su intervención⁽⁶⁷⁾

de participación, tal y como ocurre en los supuestos de determinación de la autoría, empero este paso sólo constituye una fase previa, en tanto, se requiere la existencia de una conexión teleológica y normativa (imputación objetiva) de acuerdo con la cual, en el ámbito de la participación, se ha de indagar si la contribución del favorecedor ha ayudado a incrementar el riesgo penalmente relevante. Ahora bien, si entendemos que la imputación objetiva, como suele aceptarlo la doctrina mayoritaria, trata de la atribución jurídica de la realización de la parte objetiva (confirmación del nexo que debe concurrir entre una conducta y el resultado) del tipo, entonces, no puede aceptarse propuestas como la de GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación*, p. 143; en las que se establece como paso previo a la imputación objetiva de un suceso a su autor, "la prueba de relación de autoría y participación". Así, afirma este autor que "para que un resultado sea imputable a una acción típica es necesario la concurrencia de los elementos de la autoría, introduciendo un nivel de imputación, en el sentido de la imputación del injusto típico como presupuesto de imputación".

(65) Vid. AMBOS, "La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales", revisión de Teresa Manso Porto, en *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 8, 2001, UNED, Madrid, 2001, pp. 197-198. Este autor sostiene que "la complicidad es un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo, lo que presupone en primer lugar –además de la *Modifikationskausalität*– un incremento del riesgo para el bien jurídico que se haya creado a través del aporte del cómplice y, con ello, una mejora de perspectivas desde el punto de vista del autor. En segundo lugar, el riesgo que entraña la conducta de complicidad debe estar desaprobado jurídicamente".

(66) LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang. Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1992, p. 278.

(67) Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 74. Al respecto, es interesante la propuesta de este autor, en la medida en que sostiene que el peso de la intervención no debe ser

y, de esta manera, establecer si cumplen los presupuestos necesarios para ser calificadas como autoría o participación. En este escalón, la *teoría de intervención en el delito* aparece solamente como una doctrina de la cuantificación de las aportaciones, es decir, aquella en la que la calificación de los sujetos se lleva a cabo a través de la valoración de las conductas de los participantes⁽⁶⁸⁾.

determinado en atención a datos fácticos sino en su "*significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma*".

- (68) Como ha señalado ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 22-23, en relación con la co-creación de un riesgo y su relación con los tipos penales de la Parte Especial, se tiene que tomar en consideración que aquellos: "definen solamente un complejo de circunstancias bajo las que puede afirmarse la presencia de un riesgo penalmente desaprobado. Es erróneo atribuirles la función de definir, además, el título en virtud del cual se debe imputar la creación del riesgo típico. Esa función corresponde exclusivamente a los preceptos de la Parte General que regulan las formas de autoría y participación. En ellos se contemplan y tipifican las formas posibles de sanción de la existencia de un riesgo típicamente desaprobado".

El delito de feminicidio, un análisis político criminal (*)

“Como violencia y odio contra la mujer por razones de género y algo más”

BENITO HÉCTOR ATENCIO VALVERDE (**)

I. Introducción

Podría afirmar que el Código Penal peruano es el catálogo en el que se juntan o reúnen los fracasos de una sociedad y las desesperaciones por resolver un problema como el homicidio a golpes en el interior familiar en perjuicio de una mujer, que genera un pánico moral, de angustia colectiva. En fin aquello que ésta no ha podido resolver de otra

(*) El autor agradece a Aldo Calcina Hanco, Luis Rubén Yanqui Machaca, Kevin Atamari Flores por la colaboración bibliográfica brindada.

(**) Magíster en Derecho Penal por la UANCV. Doctorando en Derecho Penal por la UANCV. Ex juez de la Corte Superior de Justicia de Puno. Ex fiscal en el Distrito Fiscal de Cajamarca. Docente ordinario de la UANCV, ponente nacional e internacional en temas de Derecho Penal y Procesal Penal, ha publicado en diversas revistas en América Latina.

El sistema penal no puede ser un “baúl de sueños” que albergue todo tipo de ilusiones apresuradas, herramientas –muchas de ellas inútiles– respecto a la función de mayor importancia proteger bienes jurídicos que el Derecho Penal debe cumplir en la sociedad. Eso no implica que se puede conseguirse a cualquier costo esa “utilidad”, sino de la forma menos agresiva para los intereses de las personas y ciudadanos.

forma. El Código Penal no puede ser la Enciclopedia del fracaso social o político⁽¹⁾; albergando todo tipo de comportamiento que la propia sociedad no ha podido resolver por otros medios. Ante tal situación de pánico y zozobra, se abre un fecundo espacio, para una respuesta enérgica del Derecho penal; así, el aparato punitivo del Estado es alimentado fuertemente por el dato criminológico, lo que justificaría —en principio—, que se apele a una mayor dosis de energía sancionadora, en el marco de asesinatos, que tienen como víctimas a mujeres de todo estrato social y económico. Aparece así, una «criminología mediática», que como bien explica (ZAFFARONI), poco tiene que ver con la académica. Podría decirse que en paralelo a las palabras de la academia hay otra, que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con perjuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica⁽²⁾. cuando la prensa televisiva o escrita reproduce en sus titulares, con hechos de sangre, que tienen como víctima a una mujer, es ahí cuando se abre la polémica de los ciudadanos con el Estado, y en su desesperación, el legislador sustenta proyectos de ley intolerables convirtiendo a nuestro código penal en una herramienta mediática —demagógica—. No es posible desconocer en la actualidad las situaciones de discusión polémica en el campo político criminal y en el campo penal. La primera trata de solucionar las agresiones planteando que el derecho penal sea una herramienta de atemorización, para los su-

(1) El sistema penal no puede ser un “baúl de sueños” que albergue todo tipo de ilusiones apresuradas, herramientas —muchas de ellas inútiles— respecto a la función de mayor importancia proteger bienes jurídicos que el Derecho Penal debe cumplir en la sociedad. Eso no implica que puede conseguirse a cualquier costo esa “utilidad”, sino de la forma menos agresiva para los intereses de las personas y ciudadanos.

(2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La palabra de los muertos. Conferencia de criminología cautelar, Ediar, Buenos Aires, Argentina, cit., p. 365. En PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *El delito de feminicidio, basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme su nueva regulación normativa*, Libro homenaje a Raúl Santos Peña Cabrera, libro de ponencias, X Congreso Nacional de Derecho Penal y Procesal Penal, p. 14.

jetos activos, dejando un mensaje inconcluso a todas costas. En cambio en el campo penal, se abre la discusión de que un tipo penal debe de estar cimentado bajo los criterios de estandarización y objetividad. Claro está la discusión respecto al valor de bienes jurídicos protegidos, empero nos centraremos en desarrollar bajo los criterios de los principios constitucionales y penales. No puede ser que el delito de *feminicidio*, en nuestro código penal se encuentra equivocado porque vulnera de manera evidente el principio de igualdad ¿Por qué el principio de igualdad? No puede ser que la propia condición de ser mujer de la víctima, no sea esta la razón para agravar la penalidad para el sujeto activo, sería una excesiva victimización de las mujeres que se encuentran en una relación de pareja, y si esto es así, la pregunta sería si esto podría vulnerar alguno de los principios recogidos por nuestra constitución política.

II. Definición de feminicidio

En los inicios de la década de los 90, del anterior siglo, el uso del término *femicidio* en el contexto de la violencia contra las mujeres es casi reciente, aunque se sustenta en la ya larga tradición feminista por nombrar la experiencia de las mujeres. Dos de sus mentoras, (DIANA E. RUSSELL y JILL RADFORD) lo definen como "*el asesinato de mujeres a manos de hombres debido a que son mujeres*"⁽³⁾. El término ha tenido una importante difusión desde los ámbitos académicos y políticos. También ha tenido impacto en procesos judiciales internacionales y de interpretación de la legislación internacional. En América Latina, la apropiación y discusión del término se ha dado en la investigación, la denuncia social y política, y también, de manera paralela, en propuestas legislativas. Por su parte, en el año 2001, RESSELL, editó un nuevo

(3) En la introducción de la obra de RADFORD, definía el feminicidio como el asesinato de una mujer cometido por hombres, como una forma de violencia sexual, aclarando que el concepto abarcaba, más allá de su definición legal de asesinato, a situaciones en las cuales las mujeres mueren como resultados de actitudes misóginas o de prácticas sociales.

libro, *feminicide in global perspective*, en el cual completaba la caracterización anterior refiriendo que el feminicidio es el asesinato de la mujer llevado a cabo por hombres, porque son mujeres⁽⁴⁾.

El *feminicidio* es parte del bagaje teórico del movimiento feminista, que se desarrolló en Estados Unidos desde principios de los años sesenta hasta finales de esa década del siglo pasado, con el objetivo de lograr la igualdad de derechos entre los varones y las mujeres. Precursoras en el empleo de la expresión de los autores que ya señalamos líneas más arriba, en la ontología editado por ellas bajo el título *Femicide. The politics of woman Killing*⁽⁵⁾.

III. El feminicidio en el Perú, como odio contra la mujer por razones de género y algo más

Sin ser garantista tomo la postura de la igualdad y libertad, respetando los principios constitucionales y penales, considero que es la única condición bajo la cual la inteligencia, la dignidad y la felicidad humana pueden desarrollarse y crecer; no la libertad puramente formal concedida, delimitada y regulada por el Estado como respuesta a la sociedad en cuanto a los fenómenos que nacen. Siempre planteamos como postura jurídica filosóficamente que todo tipo penal, hoy por hoy se debe entender e interpretar infraconstitucionalmente. Esto implica apegarse a un Derecho penal democrático. El análisis y la reflexión sobre la democracia es uno de los temas más apasionantes tanto para los

(4) SALADO OSUNA, Ana, "Feminicidio: una perspectiva europea", en MARIÑO FERNANDO, M. (dir.)/ALCOCEBA GALLEGOS, Amparo/QUISPE REMON, Florabel (coord.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, coedición Tirant lo Blanch y Universidad Carlos III de Madrid, Valencia, 2003, pp. 141 y 142, en ARONCENA, Gustavo A./CESANO, José D., "El delito de feminicidio", aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico, Buenos Aires, 2003, p. 15.

(5) ARONCENA, Gustavo A., "La incorporación de los discursos de género en la tipificación legal del homicidios en el derecho argentino", *Doctrina práctica*, Actualidad Penal, Instituto Pacífico N° 1, Lima, julio de 2014, p. 2013.

políticos, como para los sociólogos, juristas, filósofos, y por qué no, para el ciudadano común que ve con preocupación los cambios que en forma acelerada se están produciendo en la sociedad del conocimiento o de la información⁽⁶⁾. Ello significa despojarnos de conceptos, de ideas, ajenos a su construcción legitimadora. Si en la realidad el derecho penal (...), resulta incompatible con el Estado de derecho. Lo que en verdad correspondía es una renovación de la doctrina penal, correctores de los componentes autoritarios que lo acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido. En otras palabras, un ajuste del derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al Estado Constitucional de Derecho, y lo depure de los componentes propios del Estado Policía incompatibles con sus principios⁽⁷⁾.

Con lo dicho, no queremos decir que la figura delictiva, recogida en el artículo 108.- B del CP, penalice puros pensamientos o actitudes frente a la vida social, sino que la redacción de su primer párrafo, nos hace alusión a que el asesinato del sujeto pasivo, que la muerte de la víctima, sea por su mera condición de «mujer». Esto supone que el autor del injusto penal, que también puede ser otra mujer, da riendas sueltas a su impulso criminal, basado en un odio, en un desprecio hacia el género femenino. Bajo esta nueva composición típica, el delito de *feminicidio* se desarraiga del tipo penal de parricidio, pues este último requiere necesariamente de una relación de parentesco del autor con la víctima, lo cual ya no es indispensable en el artículo 108-B, pues basta que sea una dama el sujeto pasivo, para que se pueda configurar este injusto penal. Y, así, es de verse con lo redactado en el inciso 4 del dispositivo legal, cuando a la letra dispone que: "Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente

⁽⁶⁾ CORREA FREITAS, Rubén, "Derecho constitucional contemporáneo", F.C.U., Mdeo., 2007, Tomo I, p. 93, en *Libro homenaje a Diego Valadés, El control del poder*, Grijley, p. 846.

⁽⁷⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 26.

de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente”⁽⁸⁾.

Sin perjuicio a lo aseverado implica resaltar que tradicionalmente, el concepto de “odio al género” se ha identificado preponderantemente con la violencia contra la mujer; cuando los medios de comunicación social⁽⁹⁾ como la prensa televisiva, radial y rotativa, las noticias que nos proporcionan en forma periódica que hacen mención una situación de pareja, es decir, es esposo, el novio, el ex esposo, ex novio, quien comete homicidio contra la mujer⁽¹⁰⁾; por consecuencias familiares y sociales, le ha sido infiel o ha decidido terminar con la relación sentimental con el anterior ser amado; por cuestiones psicológicas o patológicas se deprime el varón, no obstante el varón no aguanta esa idea de que la mujer pueda empezar, estar con otro hombre o que simplemente ya no lo ame, como (PEÑA CABRERA) señala como si la relación sentimental les diera una suerte de pertenencia, algo impensable en un estado de libertades. Entonces, si se asesina a la víctima sólo por su condición de mujer, estamos ante una actitud de rechazo frente al género femenino, de odio a las damas, que no tendría por qué circunscribirse a matar a la

(8) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *El delito de feminicidio, basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino*, conforme su nueva regulación normativa, cit., p. 19.

(9) **¿El rol de la prensa?** La prensa va a seguir haciendo lo que tiene que hacer. Son crímenes que venden por su espectacularidad y, por lo tanto, son objeto de tratamiento sensacionalista. No es casualidad la existencia de páginas policiales desde hace muchos años y en casi todos los diarios del mundo. El problema es que el tratamiento mediático que recibe actualmente ha desviado la atención sobre otros fenómenos mucho más extendidos y regulares, y en los cuales las mujeres también son las principales víctimas, como son las violaciones sexuales.

(10) Los celos de los varones y la resistencia de las mujeres para continuar la relación son la figura recurrente en el feminicidio. Esta parte de tu pregunta es muy interesante, porque si te das cuenta, este patrón regular de celos y resistencias, al igual que la estructura de dominación masculina que los sostiene, se repite en otros casos de violencia contra la mujer, en otros casos de violencia doméstica e, incluso, en casi todas las relaciones de pareja. Entonces ahí aparece una pregunta: ¿porqué en algunos casos las matan y en otros no? Eso nos debe llevar a pensar en una masa crítica de factores criminológicos que explican no tanto el feminicidio, sino su contexto de producción.

pareja, sino a cualquier mujer, a la compañera de trabajo, a la empleadora, a la mujer policía. En otras palabras, se configura un asesinato, basado en la discriminación del hombre frente a la mujer; donde el impulso criminal, no requiere de una relación sentimental con la víctima, sino pura y lisamente, contra cualquier mujer (...) ⁽¹¹⁾. A este respecto, el TC Español estima que "la violencia del varón hacia la mujer que eso fue su pareja" atenta "de modo intolerable" contra "la igualdad sustancial", porque todo ello supone atentar contra el propio "elemento definidor de la noción de ciudadanía" ⁽¹²⁾: "no hay forma más grave —concluye el TC— de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad" ⁽¹³⁾. Los llamados «delitos de odio» son aquellos que se manifiestan a través de un ataque —sistemático y generalizado— de una persona (o varias), teniendo como víctimas a personas pertenecientes a determinado grupo social, étnico, raza o género, que vienen impulsados por determinados prejuicios, estigmas y/o posicionamiento social; así, en el nacionalsocialismo, en el exterminio de millones de judíos, al pensarse que la raza aria era superior y dominante respecto de ella ⁽¹⁴⁾.

IV. Feminicidio y derecho penal del enemigo

Gunter JAKOBS analiza la noción de "Derecho Penal del enemigo", en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alema-

(11) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *El delito de feminicidio, basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme su nueva regulación normativa*, cit., p. 20.

(12) STC 59/2008, FJ 8, p. 36 (cursivas añadidas). En POLAINO ORT, Miguel, *Discriminación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género* colección de dogmática penal, Ara editores, Lima, 2012, p. 28.

(13) STC 59/2008, FJ 8, p. 36. En POLAINO ORT, Miguel, cit., p. 20.

(14) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *El delito de feminicidio, basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme su nueva regulación normativa*, cit., p. 20.

nia hacia “La criminalización en el estadio previo a una lesión” del bien jurídico⁽¹⁵⁾. CANCIO MELIÁ entiende que con esta expresión pretende designarse a determinados sectores legislativos que normalmente tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, o el terrorismo, entre otras materias⁽¹⁶⁾. Algo que caracteriza al Derecho Penal del Enemigo es el tratar a un delincuente no como a un ciudadano, alguien que no va a cambiar su conducta por mas sanciones severas que se le imponga, quizá sea un atrevimiento comparar a este tipo de delincuentes con aquel criminal que César Lombroso, antropólogo y médico italiano, en uno de sus aportes al Derecho Penal y a la Criminología en su teoría del criminal nato⁽¹⁷⁾.

(15) JAKOBS, Gunther, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en ZStW 97 (1985), p. 751.

(16) CANCIO MELIÁ, M., JpD 44 (2002), p. 20 y nota 13; el mismo autor, “¿Derecho Penal del Enemigo?”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, 2003, p. 78 (recientemente ha aparecido una versión homónima, alemana, y actualizada, del segundo de los trabajos de CANCIO, que acaban de ser citados: “Feindstrafrecht”, ZStW 117, 2005, p. 267 y ss.).

(17) LOMBROSO, los criminales natos son un error evolutivo que se saltó la selección natural y pertenece a etapas primarias del desarrollo humano.

Esos delincuentes por naturaleza, presentaban una serie de signos no sólo físicos, sino también de moralidad, comportamiento y socialización. Algunas de las características del llamado criminal nato, son *asimetrías en el rostro y cráneo de apariencia irregular, con una frente chata, sobre desarrollo de la mandíbula inferior, orejas grandes y brazos más largos de lo habitual, mayor fuerza en el lado izquierdo del cuerpo, vista aguda, menor sensibilidad al dolor y al tacto, falta de capacidad de remordimiento, control de impulsos y vergüenza, tendencia a los vicios como la bebida, tabaco y drogas*. La teoría del criminal nato fue evolucionando y LOMBARDI llegó a crear clasificaciones según el tipo de delito que tenían mayores posibilidades de cometer. Para él no existía remedio para el criminal nato adulto y lo mejor era encerrarlos en lo que llamaba defensa social, ya que se protegía a la sociedad de estas personas peligrosas.

Hoy en día no se juzga a alguien considerando la teoría del criminal nato, pero existen estudios que demuestran, por ejemplo, la existencia del gen asesino y los sociólogos y psicólogos son capaces de detectar a los sociópatas y psicópatas.

De acuerdo al pensamiento de JAKOBS, Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo son dos polos de una misma realidad: el Derecho Penal⁽¹⁸⁾. La diferencia entre uno y otro está dada por la función que cumple la pena según cada una de estas realidades. Para el Derecho Penal del Enemigo, la pena significa la eliminación (neutralización) del peligro, mientras que para el Derecho Penal del Ciudadano la pena importa la contradicción simbólica de un hecho⁽¹⁹⁾. Lo que se llama Derecho Penal del Enemigo (*feindstrafrecht*)⁽²⁰⁾, se caracteriza por tratar al delincuente no como un ciudadano sino como un sujeto que ha ido apartándose, paulatinamente, de la senda del Derecho, hasta convertirse en un enemigo de la sociedad. Frente al derecho penal "de la normalidad", que está queriendo decir que el hombre es catalogado solo

(18) JAKOBS, G. y CÁNCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2003, pp. 21 y 22. En PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto, La dialéctica en la teoría de la pena en el derecho penal del ciudadano del prof. G. JAKOBS, ¿Hegel y Jakobs o Hegel en Jakobs?, p. 284.

(19) Como no está aquí en discusión, ni tampoco sometido bajo la lupa de nuestro análisis, la función ni el significado penológico ni penitenciario de la pena, *stricto sensu*, según estas teorías, me abstendré de inmiscuirme en estos asuntos que los dejo en manos de los estudiosos de la enciclopedia de las ciencias penales, para sus respectivos fines. En todo caso, sólo habré de referirme a ellas, y de un modo más jusfilosófico que jurídico (como ya quedó advertido al inicio de este *Quod libetum*), en tanto que uno u otro asunto, requeridos por fuerza mayor, deban ser traídos a colación para demostrar la dinámica del proceso dialéctico aquí existente, nada más. Sobre la pena y su fin, cfr. MONTEALEGRE LYNETT, E. y PERDOMO TORRES, J. E., *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia, mayo de 2006, pp. 55 y 56. En PACHECO MANDUJANO, Luis Alberto, La dialéctica en la teoría de la pena en el derecho penal del ciudadano del G. JAKOBS, ¿Hegel y Jakobs o Hegel en Jakobs?, p. 284.

(20) Considera que en el derecho penal del enemigo es una manifestación más o menos directa del fenómeno más amplio de la expansión del derecho penal, entre otros autores, CÁNCIO MELIÁ, M., *JpD* 44 (2002), p. 19 y ss.; DEMETRIO CRESPO, *RDPC*, Segunda Época, n° 14 (2004), p. 87 y ss.; BRADARIZ GARCÍA, J. A./PUENTE ABA, L. M. (coords.), *Nuevos Retos*, 2004, p. 44 y ss.; RAMOS VÁSQUEZ, J. A. en FARALDO CABANA (dir.)/BRANDARIZ GARCÍA, J. A./PUENTE ABA, L. M. (coords.), *Nuevos Retos* 2004, p. 90 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, V. (coords.), *La política criminal en Europa*, 2004, p. 81 y ss.

como el sujeto activo, como puramente fuente peligro para la sociedad cueste lo que cueste⁽²¹⁾. Como bien señala el profesor (POLAINO ORTS), en los delitos de violencia de género, las normas que sancionan estos comportamientos contienen una diferenciación de trato entre el hombre y la mujer (esto se evidencia en el delito de feminicidio, en donde el sujeto activo solo puede ser hombre) supuestamente para proteger a la mujer, la cual se encuentra en una posición de subordinación frente al hombre en una relación de pareja⁽²²⁾. En el Derecho Penal del Ciudadano, la pena trataría de comunicar contrafacticamente al delincuente, en el delito que ha cometido ha puesto en cuestión la vigencia de la norma⁽²³⁾. En cambio, en el “derecho penal del enemigo”, la pena perdería toda su dimensión conmutativa, y, además pasaría a ser un simple instrumento de corroboración de legítima expectativa cognitiva que los ciudadanos tienen de que tales enemigos no cometerán delitos en el futuro⁽²⁴⁾.

De esta manera, este autor dice acertadamente que si el tratamiento penal no es el mismo, entonces han de existir dos formas de combate o de reacción frente a esos sujetos, esto es: han de existir dos tipos de Derechos penales o, por mejor decir, dos Derechos penales de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido. A esas dos

(21) CANCIO MELIÁ, M., JpD 44(2002), p. 20.

(22) POLAINO ORTS, *La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer*, p. 15.

(23) JAKOBS, G., en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 49 y ss.

(24) JAKOBS, G., en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 49 y ss. El mismo autor, en ESER, A./HASSEMER, W./BURKHARDT, B. (coords. versión alemán). MUÑOZ CONDE, F. (coords. versión española), *La ciencia del derecho penal*, 2004, p. 58 y ss. En idéntico sentido, descriptivamente CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, p. 86; GUNTHER, K., “Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die etische Aufrüstung der Kriminalpolitik”, KJ 1994, p. 140 y ss. (“con los enemigos no se habla; no hay libertad para los enemigos de la libertad”) puede encontrarse una breve reseña al trabajo de GUNTHER, en LAUBENTHAL, K./BAIER, H., “Neue Kriminalpolitik für ein neues Jahrtausend? – Besprechung von Klaus Lüderssen (Hrsg), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse”, GA 2001, p. 2 y ss.

formas de combate penal se le llama doctrinalmente Derecho penal del ciudadano (aplicado a la mujer) y Derecho penal del Enemigo (aplicado al hombre)⁽²⁵⁾. Tomando en cuenta la explicación con respecto al Derecho penal del enemigo realizada en el capítulo anterior, se entiende que en los delitos de violencia de género (en este caso el *feminicidio*) se sanciona de manera más drástica al hombre porque, este no solo comunica con su comportamiento que no reconoce la vigencia de la norma que tipifica el delito de homicidio, sino porque supuestamente también comunica un ataque integral contra otros bienes y derechos fundamentales de la mujer, como la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y la seguridad. De ahí que la violencia de género sea considerada como algo más que violencia en contra de una mujer: es un ataque contra la propia idea de ciudadanía⁽²⁶⁾. El feminicida no respeta a la mujer como persona en Derecho, como ciudadana, como persona titular de derechos y deberes, sino que impide con su comportamiento agresivo que la mujer desarrolle su personalidad con una mínima seguridad⁽²⁷⁾. Con razón, el maestro POLAINO ORTS en que los delitos de violencia de género como el *feminicidio*, en los cuales se asume de manera automática que todo hombre que comete un homicidio contra su pareja lo hace aprovechándose de una posición de superioridad con respecto a la mujer (*ello sin admitir prueba en contrario*), el legislador da un paso más allá del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista y abona la aplicación de un Derecho penal del enemigo sui generis que, por su ausencia de prueba y su aplicación indiscriminada y automática a todo varón que se dirija contra una mujer, resulta más agravado y antigarantista que el propugnado por el funcionalismo penal, ya que en Derecho penal del enemigo funcionalista se exigiría siempre una prueba de la situación de enemistad del enemigo⁽²⁸⁾.

(25) POLAINO ORTS, *La legitimación constitucional de un derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer*, p. 111.

(26) POLAINO ORTS, cit., p. 111.

(27) POLAINO ORTS, *La legitimación de un derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer*, p. 15, en UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 156.

(28) POLAINO ORTS, cit., p. 111.

V. El femicidio en la legislación nacional

Analizaremos muy brevemente, el nuevo delito equivocado de *feminicidio* incorporado al Código Penal peruano, cuando es sabido, actualmente que existen ya trabajos de descripción normativa porque muchos han escrito respecto a él. En esta ocasión, no me gustaría agotarme en el análisis jurisprudencial o estudios sustantivos del tipo penal, tampoco deseo abocarme a su estudio desde la visión del Derecho comparado, internacional ni buscar su verbo rector o naturaleza legal. Nuestro Código Penal ha sido modificado mediante la Ley N° 29819⁽²⁹⁾, para dar cabida, dentro del delito de parricidio, previsto en el artículo 107 del Código Penal peruano, a la modalidad conocida como “feminicidio”. Cuando el CP es objeto de tan manifiesto cambio legislativo, como sucede con la ley bajo comentario, es inexcusable analizar la modificación y, sin subterfugios, establecer la concurrencia o no de la necesidad manifiesta para dar este paso y si se efectuó de modo coherente, atendiendo que las normas del código no operan como compartimientos estancos y menos integran un amasijo inconexo de figuras penales⁽³⁰⁾. Este delito en mención alcanzó la autonomía formal con su modificación a través del Ley N° 30068⁽³¹⁾, que extrajo al feminicidio del ámbito

(29) Ley que modifica el art. 107 del Código Penal, incorporando el feminicidio, en los términos siguientes: Artículo 107. Parricidio / Feminicidio. *El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurren cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108.*

Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio.” Publicada en el diario oficial el 27 de diciembre de 2011.

(30) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, De buenas intenciones el infierno está empedrado. Crítica de la Ley N° 29819 que modifica el artículo 107 del Código Penal (CP), delito de parricidio, e incorpora el “feminicidio”. Alerta Informativa, p. 2.

(31) Ley que incorpora el artículo 108-B al Código Penal y modifica los artículos 107. Publicado el 18 de julio de 2013.

del parricidio, llevándolo a un artículo aparte, el artículo 108 – B, que expresa un desarrollo tanto cuantitativo como cualitativo del feminicidio, como homicidio en agravio de la mujer por razones de género⁽³²⁾.

VI. Feminicidio y el principio de igualdad

Constitucionalmente, el principio de igualdad ha de entenderse, como una aspiración normativa de gran importancia, que representa un estándar básico de la dignidad humana. En esta línea, la igualdad a que nos referimos no implica una falsa identidad entre todos los seres humanos, sino que apunta el reconocimiento de una equivalente dignidad atribuible a toda persona –*minimun* de humanidad respecto del cual no caben distinciones⁽³³⁾– el derecho fundamental de igualdad ante la ley es reconocido por el artículo 2° de la Constitución Política del Perú⁽³⁴⁾.

A juicio del órgano promotor, el primer principio infringido es el derecho a la igualdad, toda vez que el art. 14 CE impide considerar el sexo como criterio de diferenciación (así, STC 28/1992, de 9 de marzo). Además, según el mismo órgano, las medidas de agravación de la agresión del varón contra la mujer no pueden considerarse manifestación de acción o discriminación positiva, admitida por el TC, y ello porque: a) con dicho trato más agravado no se favorece la igualdad de oportunidades de la mujer; b) ni se eliminan con él trabas a la misma; c) ni tampoco supone ese trato agravado compensación o reparación para la mujer agraviada⁽³⁵⁾.

(32) GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *El feminicidio como tipo autónomo*, Tópica Jurídica Penal, Vol. 1, Ideas, p. 147.

(33) PETZOLD-PERNIA, Hermann, "La dignidad como fundamento de los derechos de la persona humana", en *Anuario de filosofía jurídico social* N° 10, 1990, p. 211 y 212. En la constitución comentada, análisis artículo por artículo. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Director: Walter GUTIÉRREZ, Tomo I, Gaceta Jurídica, pp. 48 y 49.

(34) Art. 2 de la Constitución Política del Perú. "Derechos fundamentales, igualdad". A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole, en TABOADA PILCO, Giampol, *Constitución Política del Perú 1993*, Grijley, p. 87.

(35) Véanse los argumentos del órgano promotor en la misma STC 59/2008, pp. 6-9. En POLAINO ORTOS, Miguel, *Descremación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género*, Ara editores, p. 20.

STCN° 2317 – 2010-PA/TC, 13/09/2010, Tertium comparationis en el principio-derecho a la igualdad. El principio-derecho a la igualdad (...) contiene las siguientes dos facetas: *igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley*. Mientras en la primera faceta se configura se configura básicamente como un límite al legislador, la segunda de ellas se manifiesta como un límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativo, y exige que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales⁽³⁶⁾. Al respecto se debe tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la diferencia entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley. En el primer caso, se trata de la igualdad en la aplicación de la ley o de cualquier otro tipo de norma por el órgano judicial o por cualquier otro operador jurídico; mientras que en el segundo, la ley o cualquier otra norma jurídica, tratan de mantener o alcanzar la igualdad⁽³⁷⁾.

De la lectura de la norma considero que en este caso concreto se entiende un supuesto de igualdad de la ley, puesto que el tipo penal equivocado del *feminicidio* no mantiene ni mantendrá la igualdad⁽³⁸⁾, porque no ayuda a entender el valor de los bienes jurídicos, puesto que sólo sanciona de manera muy severa al hombre que da muerte a su pareja o ex pareja mujer, y qué hay de las mujeres que cometen el mismo acto con su pareja o ex pareja hombre, y porqué ahí no se agrava la penalidad para el sujeto activo que, en este caso, sería la mujer. Lo que parece decir la norma es que la vida de un hombre vale menos que la vida de una mujer, si también tiene las facultades para ser sujeto activo la mujer.

(36) STCN° 4-2006-PI/TC. F J 123-124. En TABOADA PILCO, Giammpol, cit., p. 88.

(37) TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, pp. 321-322. En UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, *El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer?*, Ara editores, p. 148.

(38) Esto no es expansión, esto es desbordamiento, de suyo inconstitucional (va más allá de lo que es dable al poder político). En la superficie del análisis no sólo quiebra a la igualdad, sino que abroga el fin limitador del poder punitivo mediante el Derecho.

Esto se deduce del último párrafo del artículo 107° del Código Penal del Perú, el mismo que dice que se debe sancionar a "el" autor cuya víctima es o ha sido "la" cónyuge o "la" conviviente del autor o estuvo ligada ("ella") a "El" por una relación análoga. Como si esto no fuera suficiente para entender que este tipo penal va dirigido a la exclusiva protección de la mujer, se dice en su último párrafo que el delito tendrá el nombre de *feminicidio*⁽³⁹⁾.

Queda así en evidencia que el artículo en mención contiene un trato desigual entre hombre y mujer cuando alguno de ellos mata a su pareja o ex pareja. Si es que es la mujer la que mata al hombre, se le sancionará como autora de un homicidio simple, el cual según lo dispuesto por el artículo 106° del Código Penal del Perú, tiene una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años⁽⁴⁰⁾. Tal como lo hemos convenido, la regulación de un «Derecho Penal del Género», no se corresponde con los dictados de un Derecho penal democrático; la vida humana, sea quien sea su titular, vale igual. Una posición contraria, basada en la diferenciación y valoración de las particularidades del sujeto pasivo, no puede justificar con suficiente solvencia dogmática.

En caso el homicidio sea agravado, se le sancionará con una pena no menor de quince años conforme a lo dispuesto por el artículo 108° del mismo cuerpo legal. Por otro lado, si el sujeto activo es el hombre, se le sancionará como autor del delito de *feminicidio* con una pena privativa de libertad no menor de quince años. Si el *feminicidio* es agravado se le sancionara con una pena privativa de libertad no menor de 25 años⁽⁴¹⁾.

Ahora bien, en cuanto a la constitucionalidad de esta desigualdad, concuerdo con el profesor (POLAINO ORTS) en el sentido de que el tratamiento jurídico-penal de la llamada "violencia de género" (en

(39) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, *El delito de feminicidio en el Perú: ¿excesiva victimización de la mujer?*, Ara editores, p. 149.

(40) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 49.

(41) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 49.

el caso particular, el *feminicidio*) excede los límites y fines de la llamada “discriminación positiva”, la cual busca supuestamente procurar una mayor adecuación, hasta donde sea posible, del principio de igualdad a las diferencias de la realidad⁽⁴²⁾. A fin de entender el fracaso del delito de *feminicidio* por intentar establecer una “discriminación positiva” en favor de las mujeres, es necesario hacer mención a la moderna teoría funcionalista normativa planteada por el profesor (JAKOBS). El funcionalismo normativo se puede definir como una teoría que considera que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad o vigencia de la norma como valor principal de toda sociedad, de lo cual se desprende que es imposible separar al Derecho penal de la sociedad. Este sistema contiene como conceptos esenciales a la norma, persona y sociedad⁽⁴³⁾. Bajo este razonamiento, el bien jurídico protegido por el Derecho penal será la protección de la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, garantizándose así la estabilización de la vigencia de la norma. Bajo este criterio, lo que constituye una lesión del bien jurídico penal no es causar una muerte, sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio⁽⁴⁴⁾.

Pues bien, queda en evidencia así que las valoraciones de corte naturalista deben quedar desterradas del Derecho penal⁽⁴⁵⁾. En este sentido, no es posible ni mucho menos resulta más grave la muerte ocasiona por un hombre hacia una mujer, si es que ésta es actualmente o ha ya sido su pareja; y si es a la inversa cuando una mujer mata a su pareja o a su ex pareja.

(42) POLAINO ORTS, “Sobre el injusto de violación en la pareja”, p. 128 y ss. En UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p.150

(43) POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, p. 33 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, p. 28 y ss. UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p.150.

(44) JAKOBS, *Derecho penal*, p. 45 y ss., en UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 150.

(45) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 150.

Evidentemente el tipo penal del *feminicidio* colisiona y afecta al principio de legalidad ¿Por qué? Sencillamente se sanciona con una pena mayor al sujeto activo que en este caso vendría a ser hacer el varón, que da muerte a su pareja o ex pareja y no puede ser posible que el solo hecho de ser mujer la víctima tenga razones suficientes para agravar la pena para el autor del ilícito. Qué pasaría si cualquier hombre que no necesariamente sea su pareja o su ex pareja sin importar las circunstancias que dieron lugar a ese hecho. En todo caso, si es que el legislador peruano buscaba proteger a las mujeres que eran eliminadas por su pareja hombre (que en un acto machista se aprovechaba de la posición subordinada de su pareja para darle muerte), debió haber incluido en el tipo penal que se cometerá el delito de *feminicidio* (que implica la imposición de una pena privativa de libertad mayor que la de un homicidio simple) cuando el homicidio se realice en ejercicio de una violencia machista en el que el hombre aprovecha la subordinación de la mujer dentro de una relación de pareja. Ello, por supuesto, significará que se tendrán que incorporar elementos probatorios que demuestren la actitud machista del hombre (antecedentes, testigos, etc.) y que no se le sancione como *feminicida* de manera automática por el solo hecho de ser hombre⁽⁴⁶⁾.

VII. Feminicidio y el principio de proporcionalidad

También es conocido como prohibición en exceso. Consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente partir del Estado de derecho⁽⁴⁷⁾. Debido a que toda intervención penal limita derechos, el principio de proporcionalidad en sentido amplio será un límite constitucional que condiciona la intervención del derecho penal. Asimismo

(46) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 152.

(47) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *El derecho penal parte general*, Grijley, p. 115.

se pueden integrar a este principio los principios de lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima, necesidad de pena y subsidiaridad⁽⁴⁸⁾. En lo referente a la ponderación, en sentido estricto, la misma tiene tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación⁽⁴⁹⁾. Este principio se encuentra expresamente reconocido en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución Política del Perú. Hay que señalar que este artículo hace mención a las acciones constitucionales que se pueden interponer cuando se violan derechos fundamentales de las personas, señalando en el último párrafo que ante la imposición de estas acciones del juez, éste deberá examinar la proporcionalidad del acto que supuestamente ha restringido o vulnerado el derecho del accionante⁽⁵⁰⁾.

A continuación, pasaré a analizar si es que la sanción penal que se impone en aplicación del delito de *feminicidio* vulnera el principio de proporcionalidad, para lo cual será necesario explicar si es que afecta alguno de los tres subprincipios que componen este principio⁽⁵¹⁾.

En primer lugar, se tiene que la idoneidad vinculada al principio de proporcionalidad. Aplicado al Derecho penal, significa que la intervención penal tiene que ser idónea, lo cual quiere decir que la pena a imponerse como consecuencia de la intervención penal tiene que ser apta para alcanzar los fines que la justifican⁽⁵²⁾.

Al analizar la relación entre medida adoptada, resultado producido y finalidad pretendida, considera igualmente que la regulación penal cues-

(48) MIR PUIG, "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", p. 1361 y ss.

(49) BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, p. 99. En PARIONA PASTRANA, Josué, El principio de proporcionalidad como límite a la afectación de los derechos fundamentales en materia penal, *Actualidad Penal*, julio de 2014, p. 325.

(50) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 153.

(51) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 154.

(52) COBO DE ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, p. 90.

tionada infringe el principio de proporcionalidad. El delito de *feminicidio*, pues no se prueba fehacientemente la existencia de una justificación de la desigualdad por razón de sexo⁽⁵³⁾, entre hombre y mujer, siendo insuficientes para ello el argumento estadístico (brindado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú que fue impulsor de la imposición del delito de *feminicidio* en el Perú)⁽⁵⁴⁾, siendo insuficientes para ello el "argumento estadístico" conforme al cual "dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a estos"⁽⁵⁵⁾.

En segundo lugar, en definitiva, (...), se considera que la mayor agravación se basa en una presunción legal ajena a la exigencia de prueba, derivada únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos, lo cual no justifica constitucionalmente per se dicha diferencia de trato punitivo⁽⁵⁶⁾. No cabe duda alguna que esa pena a imponer en el ilícito penal del *feminicidio* no es idónea, puesto que la intervención del Derecho penal en este caso no es apta para alcanzar los fines que justifican su finalidad⁽⁵⁷⁾, ya que el Derecho penal intervendrá para sancionar basándose en una presunción que no admite prueba en contrario, según lo cual todo hombre que mata a su pareja o ex pareja lo hace como consecuencia de una actitud machista que busca aprovechar la posición de desventaja de la mujer en una relación de pareja⁽⁵⁸⁾.

El principio de necesidad obliga al intérprete a realizar una valoración de la medida, específicamente de dos factores: a) su lesividad y

(53) Cfr. STC 59/2008, p. 10. En POLAINO ORTS, Miguel, *Descremación positiva y violencia contra la mujer. La legitimación de un enemigo de género*, Ara editores, p. 20.

(54) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p.153.

(55) Cfr. STC 59/2008, p. 11. POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 20.

(56) Cfr. STC 59/2008, p. 11. POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 20.

(57) Supuestamente evitar que los hombres abusen de suposición de dominio en una relación de pareja para matar a una mujer.

(58) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 153.

b) la existencia de medios alternativos. De la combinación de ambos factores, surgirá la siguiente regla: la medida será considerada solo si no existen otras medidas que sean igualmente eficaces para alcanzar el fin y, a su vez, fuesen menos lesivas. El delito de *feminicidio* vulnera el subprincipio de necesidad que se concreta, en el ámbito del Derecho penal, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y en el principio de intervención mínima y sus dos manifestaciones: i) el principio de subsidiaridad y ii) el principio de fragmentariedad⁽⁵⁹⁾. Este tipo penal de *feminicidio* viola el subprincipio de necesidad, puesto que con su imposición no se está protegiendo ningún bien jurídico adicional que no esté ya protegido por el tipo penal de homicidio simple.

En tercer lugar, aplicado al Derecho penal, el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, exige que una vez que se compruebe que la intervención penal sea idónea y necesaria, se exija proporcionalidad entre la privación de derechos que implica la intervención penal y el bien jurídico protegido⁽⁶⁰⁾. Para estos fines, se deberá hacer un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por ésta; visto ello desde la perspectiva del derecho fundamental que se afecta y el bien jurídico que se ha limitado con su ejercicio⁽⁶¹⁾.

VIII. Feminicidio y el principio de culpabilidad

Se contempla en la descripción típica del delito de *feminicidio* tres bloques de penalidad, que se encuentran en relación con el *feminicidio* básico, agravado y agravadísimo⁽⁶²⁾. La imputación que recae en el sujeto activo en el ilícito penal de *feminicidio*, se sustenta en el hecho de que éste pertenezca al género masculino y que la víctima sea su pareja o ex pareja, todo sin admitir prueba en contrario que demuestre que el actor ha actuado por una motivación distinta a la machista. En resumen, se

(59) AGUADO, El principio de proporcionalidad del Derecho penal.

(60) DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, p. 165 y s.

(61) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, p. 93.

(62) GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro, *El feminicidio como tipo autónomo*, cit., p. 178.

sanciona al *feminicida* por el hecho de ser hombre⁽⁶³⁾. A esto, el profesor Polaino Orts considera que la limitación de la conducta tipifica, por un lado, a la violencia que se produce en el ámbito conyugal o asimilado y, por otro, únicamente a la realizada por el varón, es "sospechosa de arbitrariedad"⁽⁶⁴⁾. Esa sospecha no se disipa por los argumentos estadísticos, porque con ellas se produce la sensación de que únicamente puede observarse dicha dominación del varón sobre la mujer en las relaciones conyugales, desconociéndose que ella puede originarse también, incluso con mayor virulencia, en otro tipo de relaciones afectivas, como las paterno-filiales⁽⁶⁵⁾.

En resumen, se sanciona al feminicida por el solo hecho de ser hombre. Al respecto, cabe indicar que nuestro código penal, en su artículo VII del Título Preliminar señala que: "*La pena requiere de la responsabilidad del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*". Este artículo marca y delimita los presupuestos y límites de la responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico peruano: el principio de la responsabilidad penal personal o principio del hecho propio. Pues al fin y a la postre, aplica medidas contundentes a "algunas conductas violentas que no son, precisamente, las más graves"⁽⁶⁶⁾, y para ello no basta esgrimir supuestos argumentos de prevención general. Por ello, la "presunción de un móvil discriminatorio" cuestiona el "principio de culpabilidad y de responsabilidad"⁽⁶⁷⁾. El valor de este principio no sólo radica en fijar una responsabilidad penal personal. Se descarta claramente la posibilidad de responder por hechos ajenos o de otros⁽⁶⁸⁾, sino se funda la noción del injusto penal y, por tanto, del delito. Sobre todo, prohíbe toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, aquella que vaya más allá y no respete los límites del dolo y de la imprudencia

(63) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p. 156.

(64) Cfr. STC 59/2008, p. 14. En POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 22.

(65) Cfr. STC 59/2008, p. 14. En POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 22.

(66) Cfr. STC 59/2008, p. 15. En POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 22.

(67) Cfr. STC 59/2008, p. 16. En POLAINO ORTS, Miguel, cit., p. 22.

(68) MOCCIA, *La aporía de la responsabilidad objetiva*, p. 147.

(*principio de la responsabilidad objetiva*)⁽⁶⁹⁾. Pues al no exigirse prueba, el injusto del opresor se tiene por más grave siempre, lo cual genera problemas interpretativos en casos límite como los “malos tratos recíprocos”⁽⁷⁰⁾.

Desde un punto de vista mínimo, la norma consagra la prohibición de la responsabilidad penal por actos de otro. En esta línea argumentativa, la pena no debe imponerse a un sujeto distinto del autor o partícipe del delito⁽⁷¹⁾. La importancia de este principio radica en que se busca evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin en otras palabras, se pretende impedir la vulneración de la dignidad de la persona⁽⁷²⁾. La responsabilidad penal debe estar construida sobre la base del hecho efectivamente cometido y no a partir de una formula típica imputada⁽⁷³⁾. Se protege al agente de todo exceso en relación represiva del Estado⁽⁷⁴⁾.

IX. Conclusiones

Considero que el delito de *feminicidio* es un tipo penal inconstitucional, un tipo penal equivocado. No puede ser un argumento que por la mera condición de la persona agrave la pena del autor (sujeto activo). Ello evidente mente vulnera el principio de igualdad, deja entender claramente la condición de género (femenino), ya por sí sola es merecedora de mayor protección. La pregunta es porque no podríamos argumentar si la víctima es un varón, porqué razón la pena no podría incrementarse.

(69) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, cit., p.156.

(70) Cfr. STC 59/2008, p. 16.

(71) GIMBERNART ORDEIG, “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa”, p. 115.

(72) BACIGALUPO, 1998, p. 108. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 132. En VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *El derecho penal parte general*, cit., p. 111.

(73) UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego, , cit., p. 156.

(74) JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 25. Cfr. MAURACH/ZIPF, 1994, p. 111. En VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *El derecho penal parte general*, cit., p. 111.

Entonces la norma no puede ser llevada al otro lado, donde el control social no ha podido resolver de otra forma. No podría ser utilizado demagógicamente. Frente a que norma estamos, acaso no es un tipo penal que agrava la pena por razones ideológicas, morales, muy ajenas a los criterios de objetividad y estandarización que se persiguen detrás de las normas.

El derecho penal del enemigo y el *feminicidio* se abren el debate, si el tratamiento penal no es el mismo, entonces han de existir dos formas de combate o de reacción frente a esos sujetos, esto es, han de existir dos tipos de Derecho Penal o, por mejor decir, tipos de Derecho Penal de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido. A esas dos formas de combate penal, se le llama doctrinalmente Derecho penal del ciudadano (aplicado a la mujer) y Derecho penal del Enemigo (aplicado al hombre).

No nos ayuda a entender el valor de los bienes jurídicos, puesto que sólo sanciona de manera muy severa al hombre que da muerte a su pareja o ex pareja mujer. Y qué hay de las mujeres que cometen el mismo acto con su pareja o ex pareja hombre, y porqué ahí no se agrava la penalidad para el sujeto activo que en este caso sería la mujer. En todo caso lo que nos está diciendo la norma es que la vida de un hombre vale menos que la vida de una mujer, si también tiene las facultades para ser sujeto activo la mujer. Por estas razones, argumentemos que el delito de *feminicidio*, en nuestro Código Penal, está eminentemente equivocado, porque vulnera de manera evidentes el principio de igualdad, ¿porqué el principio de igualdad? No puede ser que la propia condición de ser mujer, sea razón para agravar o incrementar la pena del autor. Para eso está la propia norma que castiga el delito de parricidio o asesinato, ya con penas muy altas. No sólo viola el principio de legalidad, también vulnera el principio de proporcionalidad y de culpabilidad.

Determinación del objeto de protección en los delitos de violación sexual a menores de edad

LUIS CHAYÑA AGUILAR (*)

LUIS RUBÉN YANQUI MACHACA (**)

Introducción

El derecho penal resulta ser un medio adecuado y necesario que sirve precisamente para hacer viable una política criminal eficiente; pero a veces, una política criminal sin un marco legislativo coherente hace impropia cualquier estrategia de combate contra la delincuencia⁽¹⁾. La protección penal, respecto a la sexualidad de niños y adolescentes, representa un problema complejo que ha sido tratado en el ámbito legislativo de modo poco técnico en el Perú⁽²⁾. A diario, tenemos noticias en nuestro país de abusos sexuales, lo cual causa conmoción en cada uno

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Andina "Néstor Cáceres Velásquez", Juliaca. Magíster en Derecho. Economista. Contador público colegiado. Profesor ordinario de la UANCV.

(**) Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas-Filial Juliaca.

(1) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Pacífico Editores, Lima, 2014, p. 81.

(2) SALAS ARENAS, Jorge Luis, *Indemnidad Sexual. Tratamiento jurídico de las Relaciones Sexuales con Menores de 14 a 18 años de edad*, Idemsa, Lima, 2013, p. 15.

de nosotros, peor aun cuando las víctimas son niñas o niños menores de edad.

Pero ante todo la persecución punitiva del Estado debe ser racional y eficiente: sancionar de forma proporcional la conducta delictiva. La necesidad del aseguramiento y protección de la niñez radica en su vulnerabilidad. Dicho sector merece especial protección por constituir el futuro inmediato del país. La responsabilidad en la educación de la niñez y adolescencia se extiende más allá de los marcos escolares y los establecidos para las formas de convivencia, así como de lo jurídico. Es claro que se debe transmitir y practicar las buenas enseñanzas con los niños y adolescentes para cambiar paradigmas impropios hacia la construcción de una mejor sociedad.

La Declaración Universal de los Derechos del Niño y Adolescente establece que el niño gozará de una protección especial, y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Asimismo un Estado de Derecho debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad, cuyo fundamento sustancial se consagra en el artículo 2, numeral 24, literal d) de nuestra Constitución Política del Perú que señala: *"Nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"*.

Por lo cual uno de los tantos delitos tipificados y sancionados por la ley penal es la violación sexual de menores de edad, distinguiendo con una frontera cronológica a aquellos menores que ya alcanzaron la madurez física, psíquica y psicológica para ejercer esa facultad de autodeterminación voluntaria en el ámbito específico de la sexualidad. Con aquellos que aún no tienen la capacidad física, psíquica y psicológica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad se-

xual. Diversos países han optado por asumir el problema de la protección de la sexualidad de los niños y adolescentes con distintas fronteras cronológicas respecto a la protección del bien jurídico tutelado del menor. Entre ellos mencionamos a Argentina (13 años), Brasil (14 años), España (13 años), Uruguay (15 años), Venezuela (16 años), Colombia (14 años). Nuestra legislación peruana, después de haber declarado inconstitucional el inciso 3 del artículo 173, mediante control difuso, establece que la libertad sexual se reconoce a los mayores de 14 años.

Sin embargo, considero de que a efectos de realizar un correcto juicio de tipicidad y reconociendo la diversidad pluricultural y pluriétnica de nuestro Estado Peruano es necesario realizar algunas modificaciones legislativas.

I. El principio de lesividad en el delito de violación de menores de edad

El expreso reconocimiento del principio de ofensividad en el artículo IV del Código Penal, avalado por la doctrina⁽³⁾ y la jurisprudencia⁽⁴⁾, exige que la imposición de la pena opere sólo por motivos de

(3) HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Eddili, 2ª ed., Lima, 1987, p. 37 y ss.; BRAMONT-ARIAS, Luis Alberto, "Los principios rectores del nuevo Código Penal", en *Derecho* N° 46, Lima, dic. 1992, p. 21 y ss.; PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General del Derecho Penal*, Tomo 1, Grijley, Lima, 1995, p. 64 y ss.; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Todo sobre el Código Penal. Notas y comentarios*, Tomo 1, Idemsa, Lima, 1996, pp. 30-33; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Código Penal comentado*, Grijley, 2ª ed., Lima, 1997, pp. 35-38; URQUIZO OLAECHEA, José, "El bien jurídico", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 6, 1998, p. 805 y ss. En la jurisprudencia nacional, la SCS de 5 de dic. de 1994 en la causa 3374-93-B y la Resolución de la CS de 28 de dic. de 1994 en la causa 2900-94. Asimismo, las citas jurisprudenciales de ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001, p. 48 y ss.; VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998; CARO CORIA, Dino Carlos, "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en *Thémis*, núm. 35, 1997, pp. 137-168.

(4) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú del 5 de diciembre de 1994, exp. 3374-93-B. Resolución de la Corte Suprema del 28 de diciembre de 1994, exp. 2900-94.

utilidad social, es decir, como respuesta frente a la lesión o puesta en riesgo de un interés social⁽⁵⁾. De una concepción material del bien jurídico-penal, acorde con los principios de merecimiento y necesidad de pena⁽⁶⁾, sería de esperarse el uso no demagógico del Derecho Penal, y su puesta al servicio de los grupos dominantes⁽⁷⁾, como medio de control de la perturbación de sentimientos morales, religiosos o éticos⁽⁸⁾.

Nuestra normatividad es clara al precisar el bien jurídico tutelado en la violación sexual, siendo así que se protege la indemnidad sexual de a los menores de 14 años. Esto se refiere al normal desarrollo de la sexualidad, que se puede ver gravemente comprometida, como consecuencia de relaciones sexuales prematuras. Mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores. De ahí que las penalidades también sean mayores⁽⁹⁾.

En la siguiente ejecutoria, recaída en el RN N° 63-04-La Libertad, se precisa lo siguiente: "El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo 173 del código penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: 'En el caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro'. De allí que para la realización del tipo penal no

(5) DIEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, 1999, p. 129 y ss. CARO CORIA, , cit., nota 41, 137 y ss.

(6) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Derecho penal contemporáneo*, pp. 288-291. CARO CORIA, Dino Carlos, , cit., nota 41, pp. 163-168. URQUIZO OLAECHEA, José, , cit., nota 41, pp. 828-834.

(7) DE LA CUESTA AGUADO, "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, pp. 173-175.

(8) HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1991, p. 139 y ss.

(9) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Los Delitos Sexuales. Análisis Dogmático. Jurisprudencial y Criminológico*, Ideas, Lima, 2014, p. 286.

entre en consideración el consentimiento del menor, pues este carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente”(10).

Así también se protege la libertad sexual de los mayores de 14 años, lo cual debe entenderse como la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones sexuales de otro(11). De ese modo, la libertad sexual en su sentido más genuino comprende no sólo el sí, sino también cuándo o el con quién nos vamos a relacionar sexualmente, el seleccionar, el elegir o aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que nos vamos a involucrar(12). Como ya se ha explicado no solamente implica el decidir con quién se desea tener acceso carnal y con quién no, sino también la libertad sexual para elegir el tipo de comportamiento sexual que se le propone. La libertad sexual como bien jurídico que la ley protege, comprende el tiempo que otorga la persona a la otra para que practique libremente el acto sexual(13). Por ejemplo, María acepta tener relaciones sexuales con Pedro y le dice que solo dispone de tiempo por la mañana ya que a la 1 de la tarde tiene que ir a sus clases en la universidad. Sin embargo, ya en la intimidad y cuando llega la tarde, María decide retirarse, lo cual Pedro no permite y mediante el uso de la violencia física le obliga a seguir realizando el acceso carnal, por lo que en ese caso estamos ante una violación sexual. En ese orden de ideas, también hay violación sexual, cuando se le obliga a una persona a tener acceso carnal en un lugar que no es de su agrado u obligándola en una posición incómoda: “por lo tanto, la persona que dispone de su propio

(10) ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery, *Modernas tendencias de la dogmática en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 243 y ss.

(11) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Delitos contra la Libertad y Seguridad, Libertad Sexual, Honor e Indemnidad Sexual*, Editorial Ceura, Madrid, 1995, p. 179.

(12) CASTILLO ALVA, José Luis, *Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 62.

(13) NOGUERA RAMOS, Ivan, *Delitos contra la Libertad Sexual*, Grijley, Lima, 2011, p. 63.

cuerpo para la realización de la cópula con la pareja elegida, elige también el lugar y las formas en la que se siente más cómoda”(14).

La diferencia entre ambos bienes jurídicos tutelados está clara, sin embargo, creemos que el rendimiento políticocriminal del principio de lesividad no es el esperado en el Derecho penal sexual; ya que el principio de lesividad supone una real afectación al bien jurídico protegido a efectos de determinar la pena por imponerse. Para lo cual nuestra legislación establece los 14 años como una frontera cronológica entre la indemnidad sexual y la libertad sexual. Entonces en un país pluricultural, pluriétnico como lo es el nuestro, en donde el desarrollo físico y psicológico de la persona varía de acuerdo a la cultura, clima, etc. ¿Cómo establecer el bien jurídico tutelado, si la edad de 14 años como frontera cronológica no refleja la realidad social?

II. Hacia un delito penal en blanco

Al hablar de normas penales en blanco nos referimos a ciertos preceptos penales que excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades, para que completen la determinación de aquellos elementos(15).

El Blankettstrafgesetz ley penal en blanco tiene en Binding a su progenitor. Este autor realizó tal denominación, en 1872(16), concebi-

(14) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos, “El delito de violación sexual en el código penal”, en *Normas legales. Revista de Legislación. Jurisprudencia y Doctrina*, Trujillo, 2000, T. 292, p. B-21.

(15) MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, 4ª ed., Barcelona, 1996.

(16) BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Tomo I, 1ª ed., Leipzig, 1872, p. 74. Además, NEUMAN, Oskar, *Das Blankstrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*, Breslau, 1908, p. 13; LOHBERGER, Inram Karl, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Diss), Munchen, 1968. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1987, p. 190. En su origen, esta noción sirvió en Alemania para explicar ciertas situaciones dimanantes del régimen confederal del

da como aquella delegación de la ley del imperio (Derecho Penal del Reich), a favor de los municipios, para completarla⁽¹⁷⁾.

Zaffaroni comenta en una de sus obras⁽¹⁸⁾ que el fenómeno de las leyes penales en blanco ya lo había observado Heinze, quien las había llamado “*conminaciones penales ciegas*” (*blinde Strafdrohungen*), dejando planteada como una incorrección del sistema que la legislativa local repitiese la conminación penal al Derecho Federal.

Lo cierto es que existe bastante consenso en que es en los tribunales alemanes⁽¹⁹⁾ donde se difundió y acuñó primero la expresión *Blankettstrafgesetz* ley penal en blanco, expresión que se ha fortalecido, fundamentalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Han existido varios autores que han hecho referencia a su conceptualización, lo cual resulta necesario ofrecer para establecer el significado de la expresión antes mencionada.

imperio alemán, en las cuales la ley general (Código Penal del Reich) sólo disponía la sanción correspondiente a una norma genérica, o sea, la norma en blanco, cuya determinación concreta corría a cargo de las legislaciones de los Estados o de las ciudades. La norma penal en blanco se concibió, por ello, en un principio, como “autorización” o “delegación” por parte de un órgano legislativo superior respecto a órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la norma penal en blanco. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 33. STAMPA BRAUN, J. M., *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, p. 29. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Civitas, 1978, pp. 87-88.

(17) BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 3ª ed., Leipzig, 1916, p. 161. Cfr. STAMPA BRAUN, José María, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, p. 30.

(18) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1987, p. 192.

(19) DOVAL PAÍS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, Valencia, 1999, p. 96.

Posteriormente a la concepción de Binding, Mezger⁽²⁰⁾ amplió este concepto de ley penal en blanco, añadiendo otros dos supuestos. Junto al caso mencionado –el complemento de la ley en blanco se halla contenido en otra ley, pero emanada de *otra* instancia legislativa–, que siguió considerando el de ley penal en blanco “**en sentido estricto**”, adicionó los siguientes:

- El complemento se halla contenido *en la misma ley*.
- El complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa*.

Llamándolos a estos, ley penal en blanco “**en sentido amplio**”.

Sin embargo, Muñoz Conde⁽²¹⁾ considera que tanto el sentido estricto como el sentido amplio no desentrañan la naturaleza de la norma penal en blanco, razón por la cual afirma que si existe alguna razón por la que el legislador no consigna el supuesto de hecho de una norma penal dentro de la misma norma penal, ésta no es otra que la siguiente: la conducta que constituye el supuesto de hecho de la norma penal en blanco está estrechamente relacionada con otras ramas del ordenamiento jurídico, de finalidades y alcances diferentes a los de la norma penal. Ya que si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, por tal razón, y para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco.

Nuestra sociedad es cambiante y vemos en la realidad que los seres humanos nos estamos desarrollando física y psicológicamente cada vez más rápido. Siendo así que lo que antes era un tabú hoy por hoy ya no

(20) MEZGER, E., *Tratado de derecho penal*, Tomo I, trad. española y notas de J. A. Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Madrid, 1946, p. 381 y ss. MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, SRL, Buenos Aires, 1958, p. 154.

(21) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2001, p. 50.

lo es. Se ha abierto la mentalidad hacia una configuración de la sociedad más regida por la individualidad. Pero este desarrollo debe llevarse con responsabilidad y madurez, a fin de evitar consecuencias no deseadas (embarazos, contagios de graves enfermedades sexuales). El Estado lleva a cabo una política social más sincera, de planificación familiar y de paternidad responsable, impartiendo cursos y seminarios en las escuelas y los centros poblados de las ciudades regiones o distritos. Es ahora lógicamente comprensible, que en los colegios de toda la República se impartan cursos de educación sexual, dejando de lado posturas excesivamente conservadoras, que se niegan injustificadamente a estas innovaciones. Así también se reparten preservativos y, se enseñan los métodos de planificación familiar. Mientras los adolescentes cuenten con un mayor abanico de información, estarán en posibilidades de desarrollar su esfera sexual con responsabilidad. Negarles este derecho, es ir contra un derecho natural⁽²²⁾. En nuestro Estado Peruano, se le otorga esta libertad sexual, la capacidad de autodeterminación sexual, el desarrollo de la sexualidad en una esfera de plena libertad en dicha disposición frente a terceros a partir de los 14 años. Los menores de 14 para la ley penal son incapaces de comprender y entender el significado ético, social y fisiológico del acto sexual. Su voluntad está viciada, su consentimiento no tiene valor legal. Esta incapacidad vuelve jurídicamente inoperante el consentimiento del menor que ha sido víctima del acto carnal, aunque haya permitido voluntariamente el coito. Para la norma penal, esa voluntad no tiene validez jurídica y legal⁽²³⁾. Esto porque los menores necesitan un normal desarrollo psicosexual, ya que con la violación que se produce en su agravio, se les despierta en forma prematura y antes de tiempo al sexo. A esta edad el niño o la niña se encuentran en una etapa de formación y la falta de madurez no le permite distinguir cabalmente lo bueno de lo malo⁽²⁴⁾.

(22) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, cit., p. 280.

(23) ESPINOZA VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos Sexuales*, Marsol Perú Editores, 1983, pp. 83, 84 y 91.

(24) NOGUERA RAMOS, Ivan, cit., p. 143.

Pero no podemos generalizar este desarrollo respecto de todos los niños y/o adolescentes del Perú, ya que como mencionamos nuestro país es pluricultural, y pluriétnico. Inclusive la edad de 14 años puede resultar excesiva para delimitar la frontera entre la libertad sexual y la intangibilidad sexual, partiendo de que la norma debe adecuarse a la realidad social, pues de no ser así se produce un divorcio, que desencadena la ilegitimidad del proceso normativo. Es una realidad que los jóvenes (hombres y mujeres) inician su vida sexual, entre los 12 a 14 años, sobre todo en zonas calurosas, donde las pasiones brotan con mayor naturalidad⁽²⁵⁾; sin embargo también es una realidad que en la población donde no llega la televisión, radio, etc., es decir, en la población campesina, hay menos oportunidades de que sus padres les expliquen claramente estos contenidos. En las zonas altas de nuestro país donde el frío es intenso, los menores de edad tardan un poco más en su desarrollo psíquico, psicológico y físico por lo cual la edad de 14 años no resulta excesiva, incluso en muchos casos resulta insuficiente. Los dictados de la política criminal del legislador deben ir en correspondencia al factor cultural; que actualmente es el único en prescribir de modo vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer⁽²⁶⁾ en determinada sociedad.

Ante este panorama, creemos que es conveniente convertir el tipo penal en una ley penal en blanco para lo cual sería necesario determinar el objeto de protección del menor de acuerdo a su contexto sociocultural, plasmado mediante una pericia médico-legal, así como un examen psicológico para que de acuerdo a los resultados se pueda realizar un adecuado juicio de tipicidad, y determinar la pena a imponerse.

III. ¿Una vulneración al derecho de igualdad ante la ley?

La expresión *igualdad ante la ley* significa principalmente que las normas jurídicas no deben establecer desigualdades injustas e imper-

(25) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, cit., p. 281.

(26) Véase ROXIN, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, traducido por Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981, p. 122.

tinentes. En materia de derechos fundamentales, éstos deben ser atribuidos de un modo igual a toda la comunidad. Como prolongación de este mismo criterio, la igualdad ante la ley requiere también que no se establezca ninguna diferenciación injusta e impertinente. El alcance de la igualdad ante la ley, en este sentido, se especifica en la norma prohibitiva de toda discriminación injusta.

Entonces uno diría que con nuestro planteamiento se estaría vulnerando este derecho fundamental reconocido en nuestra carta magna. Ejemplo: En la ciudad de Iquitos, Juan Pérez, con 27 años de edad abusa sexualmente de una menor de 14 años; después de la pericia médico-legal, así como del examen psicológico, se determina que el objeto de protección de la menor es la libertad sexual, por ende, la pena a recibir oscilaría entre los 12 y 18 años. Por otro lado, en Canchihuañingora una comunidad en el departamento de Puno Cirilo Mamani, con 27 años de edad abusa sexualmente de una menor de 14 años; después de la pericia médico-legal así como del examen psicológico, se determina que el objeto de protección de la menor es la indemnidad sexual por lo cual la pena a imponerse oscilaría entre los 30 a 35 años. Entonces Cirilo Mamani dirá pues cómo va a ser posible que su pena sea más grave que la de Juan Pérez, si ambos tienen 27 años y ambas víctimas 14 años, dónde queda el derecho fundamental de que todos somos iguales ante la ley, habría de este modo discriminación.

La diferencia entre discriminación y diferenciación es fundamental para calibrar la cláusula general de igualdad⁽²⁷⁾. Mientras que la primera es objetivamente injusta; la segunda opera de forma racional, en cuanto a un orden eminentemente valorativo. La igualdad de equiparación, específica o de segundo nivel, consiste, precisamente, en conceder un trato materialmente desigual a aquellas personas o sectores más desprotegidos, que presentan un déficit de equiparación social⁽²⁸⁾.

(27) GARCÍA MORILLO, J. y otros, *Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1997, p. 164.

(28) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?*, Grijley, Lima, 2006, p. 108.

En un inicio con el constitucionalismo liberal se entendió consensualmente, que las leyes tenían vocación general y universal y era de aplicación general para todos los individuos. Esta concepción de la ley resulta insuficiente, porque no reconoce que las personas en la realidad tienen diferencias que pueden colocarlos en situación de desventaja frente a otros⁽²⁹⁾, lográndose a través de esta "igualdad formal" un efecto contrario al deseado: una mayor desigualdad. Por ello, es que el artículo 103 de la Constitución, en su primera proposición, admite la posibilidad de que se expidan leyes especiales, que sean una excepción para la generalidad y la abstracción de las normas⁽³⁰⁾.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando, ab initio, su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación"; sin embargo, ello no significa que no puedan establecerse diferencias atendiendo a las singularidades de los sujetos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las normas.

Efectivamente, el mandato de igualdad, visto desde la realidad, debe satisfacer la exigencia de "tratar igual a los iguales" y "desigual a los desiguales".

La igualdad en el contenido de la ley significaría una "proscripción constitucional dirigida al legislador de introducir al ordenamiento diferencias de trato entre personas que se encuentran en situación sustancialmente análoga, sin base razonable o proporcional"⁽³¹⁾. De tal forma que se deje abierta la posibilidad de que se dicte una regulación diferen-

(29) FERRAJOLI, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 75.

(30) Fundamento jurídico 2 de la STC Exp. N° 0018-2003-AA/TC: "el artículo 103° de la Constitución prescribe que pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas".

(31) Fundamento jurídico 44 DE LA STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC.

ciada, en caso que fuera necesario, y siempre satisfaciendo los exámenes de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, una norma que atiende al principio de igualdad en la ley no se limita a un tratamiento idéntico de los individuos, sino que, a partir de la propia Constitución, “adjudica beneficios o castigos, diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes”.

IV. Análisis costo-beneficio

Realmente al necesitarse una pericia médico-legal así como un examen psicológico a la víctima a efectos de determinar su verdadero objeto de protección representaría un gasto talvez insulso, pero lejos de analizar con los patrones del costo-beneficio, debe evaluarse con criterio del costo social que implica el no adoptarla, es decir, cuál es el costo social de la vulneración de uno de los derechos fundamentales más preciados de las personas: la libertad de decidir independientemente la forma como desarrollará y ejercitará su sexualidad; así como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea⁽³²⁾.

El análisis costo-beneficio nos llevaría a proporcionar una medida de los costos en que se incurren en la no realización de la modificación en nuestro marco normativo, y a su vez compararlos con los beneficios esperados de la modificatoria de la misma; sin embargo, para el presente caso es correcto realizar un análisis costo-eficiencia, considerando que para el presente caso los costos son tangibles, es decir se pueden medir en alguna unidad económica, mientras que los beneficios son intangibles, es decir, se dan de forma subjetiva.

Lo que se pretende afirmar es que el exigido análisis costo-beneficio nos llevaría a un razonamiento sin sentido jurídico en el cual preten-

(32) SALINAS SICCHA, Ramiro, *Los Delitos de Acceso Carnal Sexual*, Idemsa, Lima, 2005, p. 183.

deríamos valorar y comparar el costo de la propuesta con la consagración de la libertad e indemnidad sexual en los menores de edad.

V. Conclusión

Ante esta realidad, es necesario que se reconsidere el tratamiento penal, brindado a las relaciones sexuales, buscando proteger la libertad sexual de aquellos seres humanos que se encuentren en condiciones de determinar libremente la forma como ejercitar su sexualidad, así como proteger la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.

De esta manera, hemos creído conveniente plantear la siguiente proposición legislativa: Que el artículo 170, inciso 6, referido a la agravante del delito de violación sexual respecto a que si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho, y el artículo 173, inciso 2, referido a la violación sexual de menor de edad, respecto a que si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, además de los artículos conexos a lo referido líneas arriba; sea fijada mediante una pericia médico-legal, así como un examen psicológico a efectos de determinar el verdadero objeto de protección del menor, y consecuentemente la pena a imponerse que va a variar de acuerdo al grado de dañosidad causado en la víctima, cumpliendo siempre con el principio de lesividad.

El delito de contaminación ambiental: Análisis de los elementos normativos y la problemática de su determinación

RONAL HANCCO LLOCLLE (*)

I. Introducción

Ciertamente el conocimiento como manifestación de las diversas áreas de la ciencia parece ilimitado, fenómeno al cual no es ajeno el Derecho. Si bien ésta tiene su esfera de conocimiento debidamente definida, lo cierto es que el abogado penalista es el llamado a conocer mucho más de otras áreas del conocimiento, exigiéndosele mayor virtud *poliacadémica*, ya que según la naturaleza jurídica de ciertos delitos –tipos penales en blanco– debe conocer terminología especializada si pretende realizar una defensa idónea. En los delitos ambientales, se le exigirá conocer con *experticia* el marco normativo jurídico ambiental.

En cuanto al desarrollo de las nuevas tendencias, tenemos que los delitos ambientales se encuentran dentro del marco de los problemas

(*) Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios concluidos de Maestría en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Estudios de especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional en la American University – Washington College of Law. Jurado y asesor en diferentes competencias de Litigación Oral ante Tribunales Nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

actuales de criminalidad organizada que enfrenta el Derecho Penal, por cuanto muchas actividades mineras y de explotación de recursos naturales, por mucho tiempo se venían realizando sin un marco adecuado de protección jurídica y con todas las prerrogativas de la ley, dado que no existían normas penales adecuadas para su protección. Esto dio paso a la “evolución del modelo de Estado [que] genera consecuencias sobre el conjunto del ordenamiento jurídico al reconocer nuevos derechos, y sobre el contenido del Derecho punitivo al incorporar la protección de los denominados bienes jurídicos colectivos”(1).

En relación a la manifestación de estos delitos en el Derecho Penal, es bastante discutible la forma de su tratamiento, si bien en la actualidad conforme lo desarrolla DONINI se distingue entre “un Derecho penal de lucha, un derecho penal del enemigo y el núcleo duro del derecho penal clásico”(2). El mismo autor manifiesta que en un primer momento, el Derecho Penal podría haber sido visto como un derecho penal del enemigo, porque “construía su imagen típica sobre la idea de una lucha radical contra el delincuente o generalmente contra el crimen que asumía las características de una pura neutralización, marcado por una intervención de tipo esencialmente represiva, hoy esta imagen concerniría solamente a algunos tipos de autores y de delitos”(3). En ese marco de clasificación del Derecho Penal, podemos decir que los delitos ambientales son una manifestación del derecho penal de lucha, “pero en estos casos a sus tipos de autores se les considera muy reeducables y bastante socializados”(4).

Independientemente de su regulación y forma de manifestación en el marco dogmático penal, lo cierto es que el delito de contaminación ambiental como tipo penal en blanco, exige un estudio pormenorizado

(1) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Editorial Iustel, 1ª ed., 2012, Madrid, p. 205.

(2) DONINI, Massimo, *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara editores, 1ª ed., 2010, p. 88.

(3) *Ibidem*.

(4) *Ídem*, p. 89.

de los elementos del tipo penal, con especial énfasis en el estudio del informe fundamentado (entiéndase informe técnico o informe legal) como manifestación de los elementos normativos, asimismo, por ser un requisito de procedibilidad, las particularidades y problemáticas que se generan por falta de su desarrollo y análisis adecuado en un proceso penal, aspectos que serán desarrollados en las siguientes líneas con el firme objetivo de lograr un análisis cualitativo.

II. Situación problemática

El cotidiano quehacer jurídico pone en evidencia problemas que se vienen generando en la aplicación de la normativa ambiental, las cuales se resumen en lo siguiente:

1. Las particularidades del tipo penal del delito de contaminación ambiental.
2. La delegación de las facultades de la autoridad ambiental competente a empresas privadas para realizar mediciones o monitoreos y sus repercusiones.
3. La suspensión del proceso penal –cuestión prejudicial–, por la existencia de contencioso administrativo al cuestionar la vulneración de los LMP o ECA.
4. El verdadero significado del informe técnico como requisito de procedibilidad para el pronunciamiento fiscal.

III. El delito de contaminación ambiental

El delito de contaminación ambiental altera, daña o afecta alguno de los componentes del medio ambiente o más de uno a su vez, se encuentra tipificado en el art. 304° del Código Penal, el cual ha sido modificado⁽⁵⁾el

⁽⁵⁾ Sin duda, antes de la modificación en el 2008, este delito era complicado en cuanto a su probanza, dado que se exigía un resultado típico, "en sentido amplio, es decir causar peligro concreto o lesión, con la consiguiente necesidad de probanza de la

2 de octubre de 2008 mediante la Ley N° 29263⁽⁶⁾, concordante con el TLC Perú-EEUU⁽⁷⁾, el cual *ad pedem litterae* refiere:

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

Este tipo penal exige para su configuración el verbo rector de “provocar” y/o “realizar” mediante descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones sobre algún componente del medio ambiente, por lo que su adecuación típica se encuentra condicionada a una serie de elementos descriptivos y normativos, destacando así la dependencia de

relación causal, y lo más risible, que dicho resultado típico recaiga *simultáneamente* en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos”. En REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La Contaminación Ambiental como Delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista editores, 2006, p. 103.

- (6) Aclaramos que el Tratado de Libre Comercio (Perú-EEUU) trajo como consecuencias la obligación hacia nuestro país de la implementación de un **sistema penal de protección ambiental**, específicamente en la protección forestal. Así se tuvo que aumentar las sanciones penales y una mejor y mayor protección de los componentes del medio ambiente. Si bien, ello genera debates sobre la manifestación del “elefantismo penal”, lo cierto es que la protección del medio ambiente es necesaria; sin embargo, su observancia se debe en estricto a su naturaleza de tipo penal en blanco.
- (7) TLC Perú-EEUU: Acuerdo de Promoción Comercial, Anexo 18.3.4 (Anexo sobre el manejo del sector forestal), Anexo 18.3.4.b.

las infracciones de la legislación administrativa, por tanto, la conducta que sanciona el art. 304° es que el sujeto activo contamine no en términos penales, sino en términos administrativos, siendo una muestra clara de la *accesoriedad administrativa*.

Precisamente esta accesoriidad, como dice SCHÜNEMANN “representa el punto de Arquímedes del Derecho Penal del medio ambiente y de amplios ámbitos del Derecho penal económico en su conjunto”⁽⁸⁾.

Ahora bien, pasamos ahora a desarrollar los elementos del tipo penal, dado que “su distinción tiene importancia con relación a la manera en que debe efectuarse la comprobación del elemento por parte del Juez y la forma en que debe haber tenido conocimiento de cada clase de elementos el autor del delito”⁽⁹⁾.

3.1. Elementos descriptivos

Son aquellos que el agente puede conocer a través de los sentidos. Son objeto del mundo exterior con los que el autor logra relacionarse sin hacer una especial valoración.

El sujeto activo puede ser cualquier persona –el que– que al tener el dominio del hecho realice el ilícito mediante la conducta típica de “provocar” o “realizar” contaminación, pudiendo su actuar ser el resultado de una actividad económica permanente. En relación a personas jurídicas (*societas delinquere non potest*) deberá levantarse el velo societario con el objeto de descubrir a los verdaderos autores.

El sujeto pasivo, por la propia naturaleza jurídica del bien tutelado, será la sociedad, lo cual se manifestará en las instituciones que ostentan el patrocinio difuso.

⁽⁸⁾ SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento? Traducción de Teresa Rodríguez Montañés, en Jornadas sobre “Reforma del Derecho penal en Alemania”, Madrid, 1991, p. 45.

⁽⁹⁾ NARDIELLO, Ángel G., *Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos*, Editorial Hammurabi, Argentina, 2012, p. 54.

En cuanto al aspecto subjetivo, se exige dolo o culpa. Estaremos en la modalidad dolosa si el autor presenta una carga subjetiva mínima, es decir, se exigirá propiamente un dolo eventual. Estaremos frente a uno u otro, si efectivamente existe un daño a algún componente del medio ambiente.

3.1.1. Bien jurídico protegido

Los delitos ambientales según la doctrina peruana protegen bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Tal calificación genérica sin distinción entre “supraindividuales” y “colectivos” no parece razonable, por lo que considero correcta la distinción que realiza BERDUGO GÓMEZ sobre estos términos, por cuanto afirmó la postura de que es preferible denominar bienes jurídicos colectivos a los bienes jurídicos supraindividuales, ya que “el término colectivos exterioriza la pertenencia de estos bienes a los integrantes de la comunidad, refleja la condición personalista del modelo, mientras que el término supraindividual, da pie a situar la titularidad del bien jurídico en una institución o entidad situada por encima y diferenciada de las personas”⁽¹⁰⁾.

En términos de BUSTOS, “el contenido de estos nuevos bienes jurídicos tiene un carácter masivo y universal y su menoscabo afecta siempre a la colectividad o a un colectivo”⁽¹¹⁾; sin embargo, el término *supraindividuales* “es un término que parece referirse a un modelo transpersonalista de sociedad”⁽¹²⁾.

Entonces, bajo la aceptación del término “colectivos”, *sensu stricto* el tipo penal protege la estabilidad del ecosistema, lo que implica la tutela de la atmósfera, el suelo y las aguas en general; agregando a ello

(10) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Editorial Iustel, 1ª ed., 2012, Madrid. p. 205.

(11) BUSTOS, “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 11, 1986. p. 158. En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Editorial Iustel, 1ª ed., 2012, Madrid, p. 205.

(12) *Ibidem*.

además que “no se necesitará que el sujeto activo conozca efectivamente el grado de lesión o peligro de su conducta hacia la grandiosidad del bien jurídico-penal (estabilidad de todo el ecosistema nacional o en su defecto regional) sino que su vinculación subjetiva (dolo o culpa) ahora puede ser parcial o racional”⁽¹³⁾.

En ese estado de cosas, aclaramos que la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente “suele articularse mediante la técnica legislativa de los tipos de peligro”⁽¹⁴⁾ y, específicamente el delito de contaminación ambiental será uno de peligro concreto dada la previsibilidad y la pérdida del dominio de las consecuencias de la conducta peligrosa. En cuanto al tipo penal de resultado, dada la exigencia del daño para la configuración del tipo, no exige mayor aclaración.

3.2. Elementos normativos

Son aquellos contenidos en una descripción típica, que solo se pueden captar mediante un juicio de valoración, o los que dan los elementos para formar ese juicio, son de valoración paralela en la esfera del lego. En palabras de NARDIELLO, “por un lado son propios del tipo, pero no de la acción propiamente dicha, porque el autor del hecho no las realiza, y por el otro, son independientes de la conducta delictiva”⁽¹⁵⁾.

Los elementos normativos para el delito de contaminación ambiental en términos de LAMADRID⁽¹⁶⁾ son tres; sin embargo, consi-

(13) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, Jurista editores, 1ª ed., 2009, p. 224.

(14) Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 63.

(15) NARDIELLO, Ángel G., *Estructura del hecho punible. Lineamientos doctrinales. Planteo y resolución de casos*, Editorial Hammurabi, Argentina, 2012, p. 54.

(16) El autor solo considera como elementos normativos la (a) infracción de leyes o reglamentos, (b) la infracción de límites máximos permisibles y la (c) calificación reglamentaria de la autoridad ambiental. Sin embargo, considero que ello es incompleto, ya que falta el provocar o realizar la contaminación y el causar un daño grave al medio ambiente.

dero –conforme se desprende del tipo penal– que los elementos normativos son los siguientes: (a) Infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, (b) Provocar contaminación en el componente del medio ambiente, (c) Cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente y (d) la Calificación reglamentaria de la autoridad ambiental.

Es importante desarrollar estos elementos dado que la configuración de este delito utiliza la técnica legislativa que gira alrededor de las “normas o tipos penales en blanco”, la cual según el profesor BRAMONT-ARIAS se caracteriza por dejar a otra norma (no penal) la determinación completa del supuesto de hecho de la norma penal⁽¹⁷⁾, por lo que el delito de contaminación ambiental al constituir un tipo penal en blanco, sólo se configurará cuando exista una efectiva transgresión a la normativa ambiental, ergo una infracción administrativa.

3.2.1. *Infracción de leyes, reglamentos o límites máximos permisibles*

El delito de contaminación ambiental –necesariamente– requiere que el agente delictivo infrinja normas ambientales de observancia obligatoria, tal como alguna “ley o reglamento”⁽¹⁸⁾ o LPM, infracción que deberá verificarse en la investigación preparatoria a cargo del Fiscal con el auxilio de la autoridad ambiental competente.

En cuanto a los estándares de medición, tenemos los límites máximos permisibles (en adelante LMP) y los estándares de calidad ambiental (en adelante ECA). Los ECA “fijan los parámetros que establecen el nivel de concentración de contaminantes en el cuerpo receptor (aire,

(17) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997. Editado por Pierre Foy Valencia, p. 352.

(18) Entre estas leyes o reglamentos, podemos encontrar aquellas normas que regulan la mitigación y prevención de impactos, conservación y la remediación de los impactos generados en el ambiente.

agua o suelo) que no representa riesgo significativo para la salud o el ambiente y, como tal, sirven para el diseño de normas y políticas; mas no para imponer sanciones”(19). No obstante, el art. 31,°num. 4, de la LGA, permite que las autoridades judiciales y administrativas empleen los ECA para imponer sanciones “cuando se demuestre que existe causalidad entre la actuación del sujeto activo y la transgresión de dichos estándares”(20).

La causalidad es un factor preponderante, ya que si existen varios agentes contaminantes en una zona, será complejo probar y determinar con exactitud cuál de ellos transgrede los LMP y/o ECA, por lo que considero deberá tomarse en cuenta (i) la responsabilidad objetiva y (ii) la causalidad en la teoría del delito ambiental. En cuanto a la primera, se halla contemplada en el art. VII del Título Preliminar del Código Penal, ya que para una correcta imputación del tipo penal se exige que entre la acción y el resultado necesariamente exista un nexo causal, de manera que sólo así se vinculará la conducta del autor con el resultado dañoso producido. En cuanto a la segunda, se analizan los actos contaminantes de manera que los sujetos procesales observen con especial cuidado la (a) **sinergia causal**, dos actos contaminantes pueden generar un tercer acto contaminante; (b) **acumulación causal**, varios actos contaminantes pueden generar un acto contaminante grave; y la (c) **aleatoriedad causal**, múltiples actos contaminantes pueden generar contaminación siendo necesario su individualización; todo ello a fin de determinar con exactitud cuál es el acto contaminante por el que se deberá sancionar. Lo que resulta complejo, pero, necesario para una correcta imputación penal.

Ahora bien, ANDALUZ(21) aclara que los ECA no deben ser considerados para la configuración del tipo penal, porque sólo son instrumentos orientadores de normas políticas, y porque el Texto sustitutorio de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República eliminó expresamente de la redacción original la referencia a

(19) ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, *Manual de Derecho Ambiental*, Iustitia, p. 694.

(20) *Ibidem*.

(21) *Cfr. idem*, p. 695.

los ECA. Quizá ésa es la razón fundamental por la cual en el tipo penal sólo se hace referencia a los LMP y no a los ECA, lo que parece coherente. Por otro lado, llama en *demasía* la atención que recién se vengán estableciendo muchos estándares –v. gr. del suelo⁽²²⁾– o en algunos casos ni siquiera aún existan.

Por su parte, los LMP son configurados en el tipo penal. Ésta es la “medida de la concentración de los contaminantes de un efluente o una emisión descargada por el imputado y como se mide en la fuente es fácil determinar si se ha excedido o no tales parámetros”⁽²³⁾, allí radica la importancia de este elemento normativo, por cuanto si no se encuentra el estándar de límite tolerable, no se podría determinar sanción administrativa y menos aún la comisión de delito.

En la *praxis* pasa que mientras se tramita el proceso penal, las sanciones administrativas, por haber excedido los LMP, son objeto de proceso contencioso-administrativo. Naturalmente cabe allí preguntarnos: ¿el proceso penal debe continuar o paralizarse mediante cuestión prejudicial, por no encontrarse firme la sanción administrativa? Tratándose de un elemento normativo del tipo penal, la respuesta es preponderante; sin embargo, no existe pronunciamiento judicial alguno que haya determinado el qué hacer en esas circunstancias.

(22) Decreto Supremo N° 002-2013-MINAM. **Aprueban Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Suelo**. Vigente desde el 25 de marzo de 2013. Los ECA para suelo son aplicables a todo proyecto y actividad, cuyo desarrollo genere o pueda generar riesgos de contaminación, prohibiendo además la mezcla de un suelo no contaminado con uno contaminado, cuyo fin sea reducir la concentración de uno o más contaminantes para alcanzar los ECA.

En cuanto a la aplicación de estos estándares, naturalmente no sólo serán aplicables a proyectos nuevos, sino también para actividades en curso. Además se regulan también planes para la descontaminación de suelos, finalmente; salta sobremano que el análisis de muestras de suelos deberá ser realizado por laboratorios acreditados ante el INDECOPI, y de no hallarse laboratorios acreditados, se emplearán laboratorios autorizados por la autoridad competente.

(23) ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, *Manual de Derecho Ambiental*, Iustitia, p. 695.

Así las cosas, *a priori* parece razonable afirmar que la cuestión prejudicial debe primar, dado que no parece coherente poner en marcha el aparato judicial penal, para que en un momento, si el contencioso administrativo prosperara no se llegue a determinar este elemento normativo; sin embargo, de esa manera, estaríamos activando un mecanismo para dilatar un proceso penal y una dependencia, no sólo de las normas administrativas, sino también de los tribunales contenciosos administrativos. Aun cuando esa postura, sea pasible de diversas críticas, lo cierto y concreto es que efectivamente se estaría a la dependencia de lo resuelto en el contencioso administrativo.

3.2.2. *Provocar o realizar descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas*

En este elemento normativo, advertimos, en primer término, los dos verbos rectores para los delitos de contaminación ambiental: “provocar o realizar”. En segundo término, se enumeran las conductas fácticas –descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones– que deben afectar o dañar alguno de los cuerpos receptores del ambiente –agua, suelo, subsuelo y/o atmósfera– por ello; para que se *configure este elemento normativo se debe realizar el verbo rector mediante una de las conductas fácticas de manera que se afecte o dañe uno o varios cuerpos receptores*.

Ahora bien, en los casos concretos es una práctica común que el Ministerio Público en su afán de lograr sanción a los presuntos agentes, sin realizar una investigación adecuada y sin reparo alguno, acusa al Gerente General de la Empresa así como al Jefe de Operaciones de una planta, sin siquiera observar las funciones propias que éstos cumplen y las propiedades del art. 314-A que para estos delitos es aplicable. Dado que las características que fundamenta lo especial del tipo penal del 304° no les podrían ser aplicables; por tanto, se debe recurrir al art. 314-A, en

virtud del art. 27° del Código Penal para de esa manera lograr una coherencia jurídica. Además de lo señalado, se debe tener especial cuidado de la modalidad dolosa o culposa a fin de lograr una acusación idónea.

3.2.3. *Cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente*

Este elemento normativo se configura cuando se realiza o provoca conductas prohibidas que causen o puedan causar perjuicios, alteraciones o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o a la salud ambiental.

No se trata de cualquier tipo de impacto ambiental negativo, sino que la dimensión del perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental que se **cause o pueda causar, debe ser grave**⁽²⁴⁾. Es decir, debe existir un “daño grave comprobado” o un “potencial daño grave”, aspecto fundamental que justifica que el *iuspuniendi* del Estado se traslade de una sanción administrativa a una sanción penal⁽²⁵⁾. De este modo, únicamente deberá intervenir el Derecho Penal en caso se compruebe que el exceso de LMP (*conducta prohibida*) ha generado efectos graves en el ambiente (*bien jurídico protegido*); *contrario sensu*, actuará el Derecho Administrativo-Sancionador⁽²⁶⁾.

Otra forma de identificar la concurrencia de este elemento normativo, es observando lo siguiente:

(24) Ídem, p. 693.

(25) Exp. N° 00361-2010-PA/TC. Fundamento 3: “el Derecho Penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables”.

(26) En sede administrativa, el “exceso” de LMP ha sido tipificado como infracción administrativa. En ese sentido, de acuerdo al principio de última ratio, el Derecho Penal únicamente debería entrar a tallar en el supuesto de que dicho exceso de LMP revista una “materialidad” o “gravedad” que perjudique al ambiente de manera que no baste con la intervención del Derecho Administrativo-Sancionador.

- (i) Que la conducta delictiva genere un perjuicio, alteración o daño al ambiente, de manera que se produzca un “daño ambiental”⁽²⁷⁾, y/o
- (ii) Que se genere un riesgo o peligro grave para el ambiente en sentido lato, de manera que incluya a sus componentes, calidad y salud ambiental.

Ahora bien, a fin de acreditar el daño ambiental o el riesgo de daño grave, la autoridad ambiental debe contar con mecanismos idóneos como las pericias.

Si bien este elemento normativo en muchos casos es de difícil probanza, por cuanto la exigencia del tipo penal no es de cualquier daño, sino de un daño grave, sin embargo, llegado a comprobar la “gravedad” o “materialidad” del perjuicio, alteración o daño, sin duda, será casi determinante para lograr una adecuada imputación. Por ello, si existe marcadamente exceso de los LMP, ello servirá para acreditar el daño grave, para lo cual será determinante lo evaluado y analizado en el informe fundamentado. De lo contrario, sólo configurará infracción administrativa.

3.2.4. Calificación reglamentaria de la autoridad ambiental

El cuarto elemento normativo exige que la autoridad ambiental sea quien deba evaluar la magnitud e incidencia de los daños generados por el sujeto activo, en el medio ambiente o sus componentes, en la calidad ambiental o en la salud ambiental.

En el orden desarrollado, aclaramos que estos 4 elementos deben estar plasmados en el informe fundamentado, documento en el cual se debe especificar cada uno de estos, aunque precisamente la forma de su desarrollo en ocasiones no hace visible su presencia o desarrollo. No

⁽²⁷⁾ El art. 142° num. 2 de la LGA define como daño ambiental: “todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales”.

obstante, lo cierto es que después de su estudio y análisis debe permitir extraer estos 4 elementos normativos.

IV. El informe fundamentado

El informe fundamentado es el documento emitido por la autoridad ambiental competente, en el cual se realiza el análisis jurídico medioambiental, señalando las características y circunstancias del acto contaminante con el objeto de determinar la existencia de infracción administrativa. Este documento debe ilustrar al Fiscal para que pueda determinar el daño o puesta en peligro del ambiente realizado por el agente delictivo, y no ser una mera enumeración de la normativa ambiental infringida, allí radica su desnaturalización en su tratamiento de estos delitos.

Desde una perspectiva penal, dicho documento desarrolla e identifica los elementos normativos del tipo penal; no obstante, existen dos marcadas consideraciones a evaluar a fin de observar si es adecuado para un proceso penal o administrativo, y es que el daño sea grave o leve respectivamente. Además, para que se dé lugar al *ius puniendi* penal se requiere los elementos descriptivos y normativos.

4.1. Autoridad a cargo de su emisión

La Autoridad competente para la emisión de este informe, en ocasiones, es objeto de debate. Por ello, se encuentra debidamente establecida la autoridad competente en el art. 149° de la LGA y su Reglamento.

V. Antecedentes normativos

La Ley N° 26631, aprobada el 21 de junio de 1996, regulaba las normas para la formalización de la denuncia penal por los delitos contemplados en el Título XIII "Delitos contra la Ecología"⁽²⁸⁾ del Código

(28) Esta denominación otorgada en un primer momento era completamente incorrecta, ya que la ecología es una ciencia, y no era admisible que el tipo penal proteja una ciencia. Por ello, el nomen iuris correcto y apropiado es el de delitos ambientales.

Penal, la cual establecía que se requería una *opinión fundamentada por escrito sobre si se había infringido la legislación ambiental*.

Once años más tarde, el 13 de octubre de 2005, se publica la Ley N° 28611 (Ley General del Ambiente) con cuya aprobación se derogó la Ley N° 26631. No obstante, lo contemplado por esta ley –prácticamente de forma íntegra– fue incorporado en el artículo 149° de la naciente Ley General del Ambiente (en adelante LGA).

Posteriormente, el 23 de setiembre de 2008 se publica la Ley N° 29263 que entró en vigencia el 2 de octubre del mismo año, la cual entre diversas modificatorias, en su art. 3 modificaba el Título XIII del Código Penal, mientras que en su art. 4 sustituyó el art. 149° de la LGA (Ley N° 28611), el cual quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 149. Del Informe de la Autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.

149.1. En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta días (30) días, contados desde la recepción del pedido del Fiscal de la investigación preparatoria o del Juez bajo responsabilidad. Dicho Informe deberá ser meritulado por el fiscal o juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente.

149.2. En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del libro Segundo del Código Penal que sean desestimadas, el fiscal evaluará la configuración del delito de Denuncia Calumniosa, contemplado en el artículo 402 del Código penal.

Como podemos observar, esta última modificatoria al hacer referencia al “fiscal de la investigación preparatoria” y la “etapa intermedia”, prevé efectivamente su adaptación al Nuevo Código Procesal Penal que viene entrando en vigencia progresivamente. Debemos reconocer que en la medida en que se pretende hacer frente a los delitos de contaminación, las modificatorias realizadas al art. 149° de la LGA han seguido un orden de adaptación del Código de Procedimientos Penales (en adelante C de PP) al NCPP, lo cual en intención normativa es favorable.

Ahora bien, esta última modificatoria del artículo 149° de la LGA, faculta al Juez realizar el pedido del informe fundamentado. En cuanto al Fiscal, no cabe duda de que como responsable de la investigación preparatoria, es el facultado natural para solicitarlo; sin embargo, surge la pregunta ¿en qué supuesto lo peticionaría el Juez? En (i) primer término, ello parece ser la muestra de la transición del C de PP al NCPP que se viene dando, ya que con la aplicación del primero será el Juez el facultado, y en cuanto al segundo, aunque el art. en comento no lo refiere, lo cierto es que, en ocasiones, el Juez por intermedio del Fiscal podría solicitar a la autoridad ambiental ampliación del Informe en mérito al art. 345°, num. 2, bajo el tenor de “solicitar la realización de actos de investigación adicionales”. En (ii) segundo término, podría pasar que el Fiscal omita solicitarlo, aun cuando sea casi improbable cabe la posibilidad, ya que sin ella la acción penal que pretendería ejercer, carecería de sustento alguno.

En cuanto a la “valoración” del informe fundamentado, creemos que aunque la redacción es genérica, lo cierto es que tampoco se presta a confusiones o contradicciones, ya que naturalmente quien evalúe en primer lugar dicho informe será el Fiscal a fin de verificar que efectivamente esté demostrando contaminación –elementos normativos y descriptivos–, posteriormente el Juez la evaluará para emitir sentencia si fuera el caso.

Finalmente, habiéndose realizado la modificatoria a la LGA, el 16 de marzo de 2009 se dio el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM, el

cual reglamentó el artículo 149° de la LGA; por tanto, tenemos que el artículo 149° de la LGA y su reglamento contemplan lo que en la actualidad, para todo proceso penal debe cumplirse.

a) La obligatoriedad de la emisión de informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental competente

La autoridad ambiental competente y obligada a emitir el informe fundamentado por escrito, es:

- La autoridad ambiental sectorial.
- Los organismos adscritos de la autoridad ambiental sectorial.
- Los gobiernos locales o gobiernos regionales.
- Los organismos regulares o de fiscalización competente en la materia objeto del proceso penal en trámite.

En cuanto a OEFA, este organismo sólo interviene para emitir el informe o derivarlo a la entidad que considere competente cuando:

- La autoridad competente sea parte del proceso.
- Exista más de una autoridad competente.
- Se presente dudas del Fiscal, respecto de la competencia asignada a la autoridad ambiental.

b) El informe debe ser emitido antes del pronunciamiento del fiscal en la etapa intermedia del proceso penal

Enterado el Fiscal de la *notitiacriminis*, debe dar inicio a las diligencias preliminares para dar lugar a la investigación preparatoria. Una vez concluida, el Fiscal puede acusar o en su defecto sobreseer la causa. Lo cual considero, dependerá en gran medida del informe. No obstante, dicho documento debió haberse solicitado con anterioridad a los 30 días de vencido el plazo de investigación preparatoria, de manera que pueda acusar o sobreseer con un fundamento penal y técnico que justifique su decisión.

Es decir, si de las diligencias preliminares aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y se encuentren debidamente satisfechos los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria, por lo que antes de emitir su opinión debe contar con el informe fundamentado, pero no como elemento de convicción propiamente, sino como requisito de procedibilidad.

Precisamente en lo señalado radica la esencia del art. 149° de la LGA. Por cuanto aclaramos que el informe fundamentado no es un requisito para formalizar la denuncia, ya que para ello basta la *notitiacriminis*. El Informe será solicitado como parte de las diligencias de la investigación preparatoria como requisito de procedibilidad para realizar la acusación o el sobreseimiento respectivo.

Como se quiera que el NCPP es un modelo en estricto formalista, en el oficio remitido a la autoridad ambiental, debe adjuntarse copia de la denuncia y todos sus anexos, así como información relevante a fin que la autoridad ambiental cuente con información suficiente que le permita elaborar un informe técnico idóneo.

No obstante lo aclarado, en la *praxis*, es común que los Fiscales soliciten el informe; sin embargo, no adjuntan ni brindan la información relevante que permita tener todas las luces para la emisión del Informe. Ello no es óbice para que la autoridad ambiental solicite de oficio información adicional, ya sea a la Fiscalía o a otras entidades –públicas o privadas– que estén realizando las pericias de manera que durante el plazo de los 30 días emita su informe fundamentado.

c) *El plazo para la elaboración del informe*

La emisión del informe debe ser dentro de un plazo no mayor de 30 días, contados desde la recepción del pedido fiscal a la autoridad competente, bajo responsabilidad.

En cuanto al plazo, es preciso aclarar que los 30 días deben estar dentro del plazo comprendido antes de la culminación de la investigación preparatoria, además de prever una demora en su emisión dada una posible contienda de competencia de la autoridad ambiental, ya que su emisión posterior a la culminación de la investigación preparatoria podría perjudicar el pronunciamiento del Fiscal y ser objeto de nulidad de la acusación por no cumplir con un requisito de procedibilidad.

d) El informe deberá ser meritulado por el fiscal o juez al momento de emitir la disposición o resolución respectiva

El informe fundamentado debidamente elaborado por la autoridad competente es de carácter técnico-legal, el cual como mínimo debe contener lo siguiente:

- Antecedentes.
- Base legal.
- Análisis de los aspectos fácticos, precisando la relación causal entre éstos y el supuesto ilícito ambiental.
- Análisis de la base legal aplicable, sus alcances y efectos.
- Opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda.
- Conclusiones.

e) Conclusiones

Las conclusiones de la autoridad ambiental deben ser absolutamente precisas y claras, en las que se ratifique –sin contradicción alguna– todos los aspectos observados y debidamente identificado el agente contaminante y su vulneración de los elementos normativos del tipo penal.

Nótese entonces que el informe técnico calificará los hechos y analizará los conceptos técnicos vulnerados con el acto contaminan-

te investigado. Deberá incluir además un análisis de la gravedad del daño, relevancia del objeto afectado, superación de estándares medioambientales y grado de intencionalidad, con el objeto de ilustrar al Fiscal para su acusación o sobreseimiento y al Juez para mejor resolver.

VI. El informe fundamentado como condición procesal

No cabe discusión alguna respecto del informe fundamentado exigido de manera previa, que constituye una condición procesal. Ello en términos de ANDALUZ significa que “su inobservancia deslegitima el ejercicio de la acción penal y conduce a la nulidad procesal de lo actuado”⁽²⁹⁾. Sólo con este informe se podrá acusar o sobreseer.

Pero ¿en qué circunstancias se opta por la acusación o sobreseimiento? Si bien la doctrina peruana explica que “como el ejercicio de la acción penal es una facultad exclusiva del Ministerio Público (...) el informe no tiene la calidad de vinculante y el Ministerio Público tiene la facultad de ejercer la acción aun cuando el informe de la autoridad ambiental estime que no se ha infringido la normativa ambiental. No obstante, sí está obligado a solicitarlo y analizarlo conjuntamente con las demás pruebas e indicios antes de su pronunciamiento”⁽³⁰⁾. Considero que ese razonamiento es errado, ya que si el informe fundamentado no concluye una afectación al medio ambiente, *ergo* no se estaría cumpliendo con la afectación de los elementos normativos, entonces se debería sobreseer la causa.

Ahora bien, con lo afirmado líneas arriba, daríamos lugar a otra interrogante: ¿si el informe fundamentado concluye afectación al medio ambiente, automáticamente se configura el delito? Al respecto debemos decir que no, ya que insistimos en aclarar que el informe fundamentado representa sólo los elementos normativos –infracción administrativa–,

(29) ANDALUZ WESTREICHER, Carlos, *Manual de Derecho Ambiental*, Iustitia, p. 682.

(30) *Ibídem*.

mientras que los elementos descriptivos todavía serán objeto de debate en el juicio oral.

Concluimos entonces que la lógica de que se debe contar con un informe fundamentado para iniciar las investigaciones es completamente falso, ya que este como requisito de procedibilidad se exige para la acusación o el sobreseimiento, de manera que si el informe concluye afectación al medio ambiente, se procederá a acusar, pero con especial observancia también del cumplimiento de los elementos descriptivos exigidos por el tipo penal.

Finalmente, en cuanto a la “vinculatoriedad del informe fundamentado”, delimitemos la naturaleza jurídica del informe fundamentado, ya que bajo la premisa de no tener la calidad de vinculante, para qué exigir su cumplimiento, si ello tranquilamente podría ser suplido con un peritaje, *máxime* si el informe no muestra que no se ha infringido la normativa ambiental.

Bajo ese razonamiento, parece coherente pensar que si un informe fundamentado no demuestra infracción normativa, y por el contrario, contamos con un medio probatorio que si lo haga, entran en contradicción aspectos sumamente importantes, ya que en el derecho procesal penal, nada hay mejor que una prueba para demostrar responsabilidad penal, entonces ¿qué nivel tiene el informe fundamentado, considerando que el tipo penal lo exige para la configuración del delito?

La respuesta parece complicada de esbozar, sin embargo, desde la perspectiva en estricto legalista, simple y llanamente es un requisito de procedibilidad, en el cual se debe concluir infracción administrativa. Si bien prueba la afectación de algún componente del ambiente no termina siendo medio probatorio según su naturaleza jurídica, pero al demostrar un acto contaminante, requiere una especial atención como requisito de procedencia de la acción penal. En esa misma línea, es importante razonar en el sentido de que los elementos de convicción (medios probatorios en juicio) necesitan del informe fundamentado para generar verdadera convicción y no al revés.

VII. Aspectos problemáticos

Como vemos del desarrollo del presente, la situación del informe fundamentado es clara, sin embargo, en la *praxis* se vienen generando una serie de problemas, los cuales pasamos a desarrollar.

- ¿El *informe fundamentado puede ser emitido por una empresa privada contratada por la autoridad ambiental*? Lamentablemente, por cuestiones económicas y dependiendo del componente del medio ambiente vulnerado así como por el elemento contaminante, la autoridad ambiental no siempre cuenta con los equipos sofisticados y necesarios que permitan coadyuvar a determinar la vulneración de los elementos normativos. En ocasiones, OEFA u OSINERGMIN contratan empresas privadas a fin de que éstas emitan el informe, ya que lo contrario sería dejar en flagrante vulneración la acción fiscal.
- Considero además que las empresas privadas contratadas deben –en todo momento– respetar todas las garantías procesales para la toma y análisis de muestras, pero que para su contratación demuestren una actitud imparcial e idónea, ya que su opinión será en *demasía* importante. Bastaría de una irregularidad para que estos informes sean declarados nulos.
- ¿Qué pasa si no existen los ECA o LMP debidamente *determinados*? Es otra constante en la discusión la falta de estándares de medición. Cada vez que se presenta este tipo de circunstancia, no existe forma de que la imputación esté completa; por tanto, al no cumplirse con un elemento normativo, no se configuraría el tipo penal. La causa debe ser archivada.
- ¿Si la infracción administrativa determina vulneración a los LMP o ECA, y ésta es objeto de un proceso contencioso administrativo, se puede afirmar que quien verdaderamente analiza la vulneración a los LMP y ECA es el Juzgado contencioso? A todas luces, se debe dejar claro que quien determina la vulneración a los LMP o ECA es la autoridad ambiental, pero en el contencioso administrativo al

pretender una posible nulidad del informe se dejará sin eficacia el contenido, mas no se le quitará en absoluto dicha competencia a la autoridad ambiental.

- ¿Qué pasa con el proceso penal si existe un proceso contencioso administrativo? En el proceso contencioso administrativo al plantearse la nulidad del informe, queda claro que al no estar debidamente delimitada la vulneración de algún elemento normativo, es razonable que mediante cuestión prejudicial se suspenda el proceso penal, ya que no tendría sentido alguno la actuación del aparato jurisdiccional penal frente al conflicto pendiente en otra vía judicial. Y ¿si el Informe lo realizó una empresa contratada por la autoridad ambiental? Como ya lo dijimos, en el contencioso no se discutirá la competencia de la autoridad, ya que ello quedará superado si la empresa ha sido contratada para tal fin. Lo que si será objeto de cuestión prejudicial es la nulidad respecto al Informe, y no para discutir quién lo realizó, salvo presencia de una arbitrariedad flagrante.

Según la explicación y análisis global, se ha dado respuesta a muchos problemas que se presentan cotidianamente en los juzgados donde se están discutiendo delitos ambientales, los cuales si bien en ocasiones parecen complejos, cierto es también que con una sólida observación de todo lo desarrollado se podrá brindar respuesta a los mismos.

VIII. Conclusiones

1. Este delito exige previamente la infracción administrativa de la normativa ambiental, lo que implica la vulneración de los elementos normativos del tipo penal. Sin embargo, si no existe estándar debidamente delimitado no existirá infracción ambiental, *ergo*, no se configurará delito alguno.
2. Todos los elementos normativos se hacen tangibles de manera conjunta en el informe fundamentado. Si se plantea la nulidad de la infracción administrativa vía contencioso administrativo, mediante cuestión prejudicial, el proceso penal debe suspenderse.

3. El informe fundamentado no es un requisito de procedibilidad para formalizar la denuncia penal, sino es un requisito para formular acusación o en su caso sobreseer la causa, es decir, para ejercer la acción penal.
4. El informe fundamentado puede ser emitido por una empresa privada, siempre que ésta haya sido contratada para tal fin, sin embargo, si ella faltase a alguna garantía procesal o se observe algún atisbo mínimo de imparcialidad, automáticamente debe declararse nulo todo lo realizado por dicha empresa.

Coerción procesal penal: medidas provisionales o cautelares para conjurar el peligro procesal y restrictivas de derechos motivadas por la búsqueda de prueba.

Preguntas y respuestas

MARIO PABLO RODRIGUEZ HURTADO (*)

- 1) ¿Las actividades desarrolladas en el proceso penal concretan, siempre, de modo pacífico, las estipulaciones normativas del Código, esto es, se realizan sin recurrir al empleo de la fuerza?

No, porque generalmente surgen obstáculos o impedimentos que conspiran contra la realización de los objetivos procesales.

- 2) ¿Cuáles son esas metas puestas en riesgo?

Por un lado, el esclarecimiento o elucidación de la verdad concreta, entendida como reconstrucción de los hechos y determinación de la responsabilidad de su agente; y, por el otro, la aplicación, cuando corresponda, de las consecuencias jurídicas sancionadoras de la norma penal sobre el condenado; así como el resarcimiento y reparación de la víctima.

(*) Abogado – Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Litigación Oral en la UNMSM, PUCP, AMAG.

3) **¿Cuáles son los obstáculos que atentan contra estos objetivos?**

Todas aquellas conductas que componen el peligro procesal. Entre las cuales tenemos primero, las que suscitan el peligro de fuga del imputado o de elusión de la acción de la justicia; segundo, las que motivan el entorpecimiento u oscurecimiento de la actividad probatoria; y, tercero, las generadoras de peligro de despatrimonialización del procesado.

4) **¿Por qué la elusión de la acción de la justicia constituye peligro procesal?**

Porque si se materializa no será factible imponer las sanciones conminadas en la norma punitiva para el agente del delito, considerando, además, la imposibilidad objetiva de condenarlo en ausencia, por expresa prohibición constitucional.

5) **¿Por qué el entorpecimiento de la actividad probatoria también constituye manifestación de peligro procesal?**

Porque cuando se dificulta la búsqueda y recojo de información probatoria y la práctica de medios de prueba, se imposibilita el esclarecimiento cabal de los hechos, su reconstrucción y la determinación de responsabilidad del imputado en el delito.

6) **¿Por qué el desapoderamiento patrimonial del imputado expresa, asimismo, peligro procesal?**

Porque cuando el agente del delito, luego de la comisión del hecho, consigue desprenderse de su patrimonio, transferirlo u ocultarlo, imposibilita que, en su momento, se resarza o repare el daño infligido a la víctima.

7) **¿Frente a las manifestaciones del peligro procesal reseñadas, cuál es el remedio?**

El empleo de la fuerza dentro del proceso, siempre que sea legítimo y se fundamente en consideraciones que respetan estrictamente los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad

- 8) ¿Por qué se dice que tal remedio es sinónimo de uso de la fuerza en el ámbito procesal?

Porque ese ejercicio de la fuerza constituye evidente ingerencia limitativa de los derechos fundamentales del justiciable, entre los cuales destaca el derecho a la libertad personal. Estos podrán ser sensiblemente afectados por las medidas coercitivas que se adopten.

- 9) ¿Cómo han de entenderse, entonces, las medidas de coerción procesal penal?

Como restricciones de derechos fundamentales, por lo general del procesado, manifiestas en afectaciones necesarias de mayor o menor envergadura, más o menos aflictivas.

- 10) ¿Cuáles son las características o notas más importantes de estas medidas de coerción?

La legalidad, o acogimiento en la Constitución y el desarrollo de su forma aplicativa en la norma legal ordinaria; 2) la judicialidad, o impartición por el órgano jurisdiccional; 3) la necesidad o concordancia entre las medidas y los requerimientos de la marcha procesal; 4) la temporalidad, esto es, su extensión no indeterminada en el tiempo; y 5) la reformabilidad, o variación cuando sus supuestos o soportes que las fundamentan cambian.

- 11) ¿Admiten clasificación las medidas de coerción procesal?

Sí, de ahí que existan medidas de coerción personales y reales, y, también, medidas que suspenden preventivamente derechos

- 12) ¿Además de lo indicado, la coerción procesal, o el uso legítimo y reglado de la fuerza, puede ser empleado por razones distintas?

Sí, cuando la ingerencia en los derechos fundamentales de las personas deviene necesaria para la búsqueda de información probatoria, como ocurre al ordenarse y ejecutarse, por ejemplo, allanamientos, registros, incautaciones,

13) **¿Cuáles son las medidas coercitivas personales?**

El CPP regula las siguientes: 1) Detención preliminar judicial, 2) Prisión preventiva, 3) Incomunicación, 4) Comparecencia, simple o restrictiva, 5) Detención domiciliaria, 6) Internación preventiva, 7) Impedimento de salida.

14) **¿En qué consiste la detención preliminar judicial (261)⁽¹⁾?**

Es aquella que despacha el Juez, por requerimiento del Fiscal, antes que el representante del Ministerio Público emita la disposición que formaliza la continuación de la investigación

15) **¿Esta detención preliminar judicial es procedente en cualquier caso?**

No, procede sólo en aquellos en los que no exista flagrancia, además, cuando se trata de un delito grave, esto es, sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años, y existen razones atendibles para considerar que el imputado ha cometido el hecho y, por las circunstancias del asunto, pueda desprenderse cierta posibilidad de fuga.

16) **¿Existen otros causales de procedencia de la detención preliminar judicial?**

Sí, cuando el sorprendido en flagrancia delictuosa consigue evitar su detención, o cuando el detenido fuga de un centro de detención preliminar

17) **¿Qué requisitos debe tener el mandato de detención preliminar judicial?**

El auto que el Juez emita (262) debe consignar la identidad del imputado (nombres, apellidos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento), la exposición del hecho incriminado, y los fundamentos de hecho y de derecho.

(1) En adelante, salvo indicación contraria, la numeración remite al artículo pertinente del **Código Procesal Penal 2004**, D. Leg. 957 (CPP)

El Fiscal libera al detenido o solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa; asimismo, si considera que subsisten las razones que respaldaron la detención, pone al detenido a disposición del Juez requiriendo auto de convalidación de la detención (266.1).

- 24) ¿Cómo se resuelve el pedido de convalidación de la detención preliminar judicial efectuado por el Fiscal?

Mediante una audiencia que realiza el Juez con la asistencia del Fiscal, el imputado y su defensor, decidiendo en la misma, luego de escuchar a los concurrentes y examinando las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público (266).

- 25) ¿Cuánto dura la detención preliminar judicial convalidada?

Siete días naturales (266.3). Cuando media pedido Fiscal de prisión preventiva, el detenido es puesto a disposición del Juez para que éste determine tal mandato o el de comparecencia.

- 26) ¿Ocurre lo mismo cuándo se trata de detención preliminar judicial por delitos de terrorismo, espionaje o tráfico de drogas?

Sí, con la diferencia de que ésta se extiende hasta por 15 días naturales y no es necesaria la audiencia de convalidación de detención para su posible extensión, puesto que luego de vencido el plazo referido, el Fiscal pedirá, de ser el caso, la prisión preventiva u otra medida prevista en el Código (266.4).

- 27) ¿Son recurribles los autos de detención preliminar judicial, in-comunicación y convalidación?

Sí, mediante recurso de apelación, cuyo plazo de interposición es de un día, impugnación esta que no suspende la ejecución del auto recurrido. La Sala revisora somete a vista el asunto dentro de las 48 horas de recibidos los autos y decide el mismo día de la vista o al día siguiente (267)

- 28) ¿Existen otros supuestos de detención, diferentes a la detención preliminar judicial?

Sí, la detención policial en flagrancia y el arresto ciudadano (259, 260).

29) **¿En qué consiste la *flagrancia delictuosa*, que autoriza a la policía detener al agente del delito sin necesidad de mandato judicial?**

Hasta antes de los cambios impuestos por el D. Leg. 983, (22 de julio de 2007) se consideraba que existía flagrancia cuando la realización del delito era actual y se descubría al autor en esa circunstancia, cuando éste era perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el ilícito, o cuando era sorprendido con objetos o huellas que revelaban que acababa de ejecutarlo; producidas las modificaciones normativas, el concepto de flagrancia se flexibilizó y desnaturalizó, admitiéndose la circunstancia consistente en la identificación inmediata después de la perpetración del delito, del que ha huido, por el agraviado u otra persona que haya presenciado el acto; inconveniente cambio, decimos, porque este agregado podía generar sindicaciones maliciosas que instrumentan a la policía en el cumplimiento de la obligatoria función de detención. Otro tanto ocurrió con la flagrancia audiovisual o análoga, por registro de imágenes del agente del delito, peor aún si el plazo para detener al sindicado o registrado se extendió hasta 24 horas, desconociendo uno de los indispensables requisitos de la flagrancia, la inmediatez, debidamente destacada por el TC, organismo que en sentencia emitida el 14 de marzo de 2007, Expediente N° 6142-2006-PHC/TC, Caso Rodríguez, sostiene que el paso de casi 10 horas desde la ocurrencia de los hechos hasta la captura del sindicado, no encuadra en ningún supuesto de inmediatez temporal o personal. Los cambios cuestionados fueron corregidos por la Ley N° 29372, de 3 de junio de 2009, que reestableció el texto primitivo del artículo 259 y, con ello, el cabal concepto de flagrancia delictuosa; además de disponer la vigencia, en todo el país, de este numeral y del artículo 260 (arresto ciudadano) del código; lamentablemente, la grito mediática y el oportunismo político, que busca aprovecharse de la sensación de intranquilidad e inseguridad ciudadanas, levantando

banderas de tolerancia cero y endurecimiento punitivo, acaban de demoler lo avanzado y consagrar, otra vez, la fórmula fracasada del D. Leg. N° 983, esto es, la flagrancia virtual hasta por 24 horas, mediante la Ley N° 29569, de 25 de agosto de 2010. Sólo un torpe y draconiano legislador puede incurrir en el yerro de insistir en una “medicina” que no produjo el menor resultado curativo⁽²⁾.

30) **¿Cuál es el significado del arresto ciudadano (260)?**

Es el arresto que cualquier persona puede hacer del agente que se encuentre en flagrancia delictuosa, a condición que lo entregue inmediatamente a la policía, junto con las cosas que constituyan cuerpo del delito. Como sólo procede en situaciones flagrantes, habrá de repetirse que este instituto opera bajo aquella circunstancia, caracterizada por la inmediatez temporal y personal.

31) **¿A quién debe la policía comunicar las detenciones en flagrancia o por arresto ciudadano?**

Al Ministerio Público, de inmediato, y al Juez cuando se trata de delitos de terrorismo, espionaje o tráfico de drogas (263).

(2) Con esta misma tesitura, aprovechando la delegación de facultades legislativas (Ley N° 29548, 3 de julio de 2010), el Poder Ejecutivo promulgó el D. Leg. N° 1095, 1 de setiembre del año en curso, que regula el empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, como manifestación del uso de su potencialidad y capacidad coercitiva para la protección de la sociedad, en defensa del Estado de Derecho y al servicio de los fines de asegurar la paz y el orden interno (artículo 1). Suena contradictorio que esta norma invoque fidelidad democrática y, a la vez, disponga (artículo 27) que las conductas ilícitas atribuidas al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación de esta norma, léase intervenciones en zonas declaradas en estado de emergencia o de apoyo a la Policía, en igual circunstancia, o en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas, servicios públicos esenciales y cuando la policía es sobrepasada en su capacidad para controlar el orden interno, o es previsible o exista peligro de que ello ocurra; sin distinguir la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial (artículo 27), con evidente menoscabo de la justicia común, yerro que se consolida con la disposición en el sentido que la exención de responsabilidad penal derivada del empleo y uso de la fuerza, es regulada en los incisos 3, 8 y 11 del artículo 20 del CP y en la Ley N° 27936, en materia de legítima defensa y cumplimiento del deber (artículo 30).

32) ¿Qué obligaciones tiene la policía con respecto a los detenidos en flagrancia, por arresto ciudadano, o en virtud de mandato preliminar judicial?

Advertirles que tienen derecho a conocer los cargos formulados en su contra y las causas o motivos de la detención, a designar la persona o institución que será comunicada inmediatamente de su detención, a ser asistidos por un abogado defensor, a que no se empleen contra ellos medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser objeto de técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad, o sufrir restricción no autorizada ni permitida por ley; y a ser examinados por un médico legista u otro profesional de la salud, si así lo requieran (263.3, 71).

33) ¿Cuáles son los presupuestos concurrentes de la medida de coerción procesal penal personal, más aflictiva, esto es, la prisión preventiva?

1) Requerimiento o solicitud del Fiscal, 2) Suficiencia indiciaria que establezca la probabilidad de vinculación del imputado, como autor o partícipe, de un delito, 3) Prognosis de imposición de sanción superior a cuatro años de privación de libertad; y 4) peligro de fuga u obstaculización probatoria por parte del imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias concretas (268)⁽³⁾.

(3) En un escenario judicial donde, in pectore, siempre reinó la presunción de culpabilidad y el encierro anticipado como regla, estimulados por los juicios paralelos mediáticos, sedientos de venganza o de garrote para aplacar el miedo y la alarma social, no extraña las grandes dificultades que afrontan los jueces para aplicar debidamente el nuevo modelo de prisión preventiva, en tanto excepción de excepciones; así, el reto de superar prejuicios que deducen automáticamente, sin hacer referencia a los antecedentes del imputado y las circunstancias concretas del caso, el peligro de fuga de la gravedad de la pena conminada o abstracta. Cuando la correcta interpretación de la más aflictiva medida cautelar aún no se ha asentado, el incremento del delito y de la violencia en las calles, como el asalto sufrido por la familia del congresista Renzo Reggiardo y baleamiento de su menor hija, vid: <http://elcomercio.pe/impres/pdf/1313298000/ECEN140811A02/>, ha recrudecido el reclamo de tolerancia cero y supresión de garantías para los imputados, replicado por la prensa amarilla, de manera tal que pareciera buscarse

34) ¿Con relación a las estipulaciones del artículo 135 del CPP de 1991, el CPP ha matizado el último presupuesto de la prisión preventiva, referido al peligro procesal?

Sí, al considerar dentro de él la existencia de indicios de pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a la misma, y la posibilidad, debido a ello, que ésta le facilite la fuga o el entorpecimiento de la actividad probatoria (268.2)⁽⁴⁾.

arrinconar a la judicatura para que siempre dicte prisión y no comparecencia, bajo la velada amenaza de recibir un "periodicazo", en caso de no seguir la corriente. Para preservar el equilibrio en la determinación de la prisión preventiva, atendiendo las expectativas de seguridad y también los derechos del procesado, el Presidente del Poder Judicial ha aprobado una norma (Resolución Administrativa N° 325-2011-P.-PJ, publicada en *El Peruano*, el 14 de setiembre de 2011, en las páginas 449885-449885) que establece pautas generales o directrices.

- (4) Tratándose de la relación entre este artículo, que según los cánones del CPP 91 regula la detención judicial, y el instituto de la prisión preventiva, estatuido por el artículo 268 del CPP, debe criticarse la equivocada decisión del legislador de modificar el inciso 2 del artículo 135 del primer cuerpo de normas citado y eliminar el requisito concurrente de pronóstico de pena privativa de libertad grave, esto es, mayor a cuatro años, y sustituirlo por la fórmula "que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito", según los términos de la Ley N° 28726, publicada el 9 de mayo de 2006. No se requiere mucho análisis para caer en cuenta que con este cambio se rompen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que el artículo 200 de la Constitución exige a todo acto restrictivo de derechos fundamentales y percatarse, también, que se flexibiliza banalmente la aplicación de una medida coercitiva muy grave, impuesta a quienes por aún no haber sido declarados culpables y condenados mantienen la calidad de procesados. Felizmente, la modificación del artículo 135 del CPP de 1991 no se extendió a la norma equivalente del CPP, lo que, sin embargo, suscitó en el país una situación contradictoria acerca del régimen de detención judicial o prisión preventiva, pues mientras en los distritos judiciales de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Loreto, Ucayali, Ancash, El Santa, Huánuco, Cerro de Pasco, Huaura, Cañete, Ica, Arequipa, Moquegua, Tacna, Cusco, Puno y Madre de Dios, en los que ya rige plenamente el CPP, la prisión preventiva mantiene, como debe ser, el requisito de probable pena privativa de libertad superior a cuatro años, sin alusión alguna a la habitualidad del imputado; en el resto del país mantuvieron vigor las reglas desnaturalizadas de aquella. Frente a esto fluye por evidente la siguiente pregunta: ¿Era admisible que en un mismo Estado rigiesen dos sistemas de prisión preventiva?; sin embargo, este despropósito fue recientemente corregido mediante Ley N° 29499,

35) ¿Cómo se califica el peligro procesal de fuga?

Según el arraigo domiciliario, familiar y laboral del imputado, sus posibilidades de abandonar el país u ocultarse; conforme a la gravedad de la pena concreta que se espera; las dimensiones del daño producido y la actitud que el imputado adopta frente a él; y su comportamiento, anterior y actual, de sujeción al procedimiento (269).

36) ¿Cómo se califica el peligro de obstaculización probatoria?

Conforme a las posibilidades del procesado para afectar, por destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación, los elementos de prueba; o para influir en coimputados, testigos o peritos con el fin de que mientan, sean reticentes o actúen deslealmente; asimismo; a sus posibilidades de servirse de otros para que realicen estos comportamientos (270).

37) ¿Cómo se atiende el requerimiento fiscal de prisión preventiva?

A través de una audiencia que realiza el Juez dentro de las 48 horas del pedido (271.1).

38) ¿Quiénes deben concurrir a la audiencia sobre la prisión preventiva?

Obligatoriamente, el Fiscal, el imputado y su defensor. Cuando el imputado se niega a asistir a la audiencia es representado por su abogado que en caso de no concurrir es de inmediato reemplazado por el defensor de oficio o público (271.2)⁽⁵⁾.

de 19 de enero de 2010, que reincorpora, al afectar normativamente el artículo 135 del CPP 91, el presupuesto de probable pena privativa grave, superior a cuatro años y omite la referencia a la sumatoria de sanciones y habitualidad.

(5) En la **Casación N° 1-2007- Huaura**, la Sala Penal Permanente Suprema, además de diferenciar claramente los institutos de la detención preliminar judicial y la prisión preventiva, ha indicado (26 de julio de 2007) que la audiencia de determinación de esta última puede llevarse adelante válidamente sin la presencia del imputado cuando ha sido bien notificado e inasiste, o cuando se trata de un no habido (contumaz o ausente)

Vid.: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPP/documentos/SPP_casacion_01-2007_huaura_sentencia.pdf

39) ¿Cuál es la secuencia de esta audiencia?

Como ocurre en cuestiones incidentales, primero se instala con quienes deban concurrir, luego se escucha al Fiscal requirente, enseguida al abogado defensor, quienes harán referencia a los elementos de convicción que consten en autos o hayan alcanzado en sede judicial, y al imputado; finalmente, el Juez resuelve de inmediato, sin posibilidad de postergación. El auto de prisión, en razón a que el principio que regla las medidas coercitivas personales es el de preeminencia de la libertad, y considerando que la detención del procesado es excepcional, debe estar especialmente motivado y reflejar el razonamiento del Juez, respaldado en claros y ciertos fundamentos de hecho y de derecho (271).

40) ¿Es impugnable el auto de prisión preventiva?

Si lo es mediante apelación que se interpone en un término de tres días. La Sala Penal resuelve dentro de las 72 horas de recibido el expediente, con citación del Fiscal Superior y defensor del imputado. La resolución se expide dentro de las 48 horas de la vista. Cuando se declara la nulidad del auto, la Sala ordena que el mismo Juez u otro expidan la resolución que corresponda (278).

41) ¿Qué medida coercitiva personal dispone el Juez si no encuentra fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva?

El de comparecencia simple o restrictiva (271.4).

42) ¿Cuáles son los plazos de la prisión preventiva?

El ordinario para procesos no complejos es de nueve meses. En caso de tratarse de procesos complejos, es decir, aquellos que requieren la actuación de muchos actos de investigación, que tienen por objeto investigar numerosos delitos o a varios imputados, hechos cometidos por organizaciones criminales, necesitan de pericias de abundante documentación o éstas son técnicamente complicadas, o de actuaciones procesales fuera del país o tenga que revisarse la gestión de personas jurídicas o entidades públicas, el

plazo de la prisión preventiva no durará más de 18 meses. Una vez cumplido estos plazos, sin que el imputado haya sido sentenciado, el Juez liberará al procesado, adoptando las medidas para asegurar su presencia en la secuela procesal (272, 273).

43) ¿Qué circunstancias se excluyen para fines de computar el transcurso del plazo de la prisión preventiva?

Las dilaciones maliciosas promovidas por el imputado o su defensa, también el tiempo transcurrido hasta la emisión de un nuevo auto de prisión preventiva en razón de la declaración de nulidad de todo lo actuado, o por nulidad del proceso seguido ante el fuero militar y disposición que la causa sea conocida por el fuero común (275).

44) ¿Es revocable la libertad del imputado concedida por exceso de prisión preventiva?

Sí, cuando el imputado no asiste, injustificadamente, a la primera citación que se le haga (276).

45) ¿Es posible la prolongación de los plazos de prisión preventiva?

Sí, hasta por un plazo no mayor al ordinario, siempre que subsista el peligro de elusión de la acción de la justicia y concurren circunstancias que dificulten o extiendan la investigación. Asimismo, cuando el imputado ha sido condenado y la sentencia aún no es firme por mediar recurso, la prolongación dura hasta la mitad de la pena impuesta (274).

46) ¿Puede disponerse la prolongación de la prisión preventiva de oficio?

No, pues es indispensable el requerimiento del Fiscal, el mismo que deberá ser formulado antes del vencimiento del plazo ordinario (274.1)

47) ¿Cómo se resuelve esta solicitud de prolongación de la prisión preventiva?

Mediante una audiencia que sigue la secuencia referida en el acápite 39, con la salvedad que el Juez puede expedir su decisión dentro de las 72 horas siguientes (274.2).

48) ¿Es apelable el mandato de prolongación de la prisión preventiva?

Sí, la Sala Penal debe resolver la apelación dentro de las 48 horas de realizada la vista de causa (274.3, 278).

49) ¿Cuándo cesa la prisión preventiva, además del supuesto de cumplimiento de plazo?

Cuando se incorporan al proceso nuevos elementos de convicción o información probatoria que demuestran que no concurren los presupuestos materiales de la prisión preventiva y que es menester sustituirla por la comparecencia (283).

50) ¿Quién debe solicitar el cese de la prisión preventiva y cómo se resuelve este pedido?

El imputado. La decisión la toma el Juez mediante la celebración de una audiencia, conforme a las pautas referidas en el acápite 47. Si se dispone la sustitución de la detención, el Juez impondrá reglas de conducta para asegurar la presencia del imputado y evitar que afecte los fines de la medida.

51) ¿Son apelables las decisiones que el Juez tome en esta audiencia de cesación de la prisión preventiva?

Sí, por el Fiscal y por el imputado, en un término de tres días. El recurso no impide la excarcelación y es resuelto por la Sala Penal (284).

52) ¿Qué ocurre cuando el liberado por cesación de la prisión preventiva infringe las reglas de conducta o no asiste a las diligencias del proceso o prepara su fuga, o aparecen nuevos elementos que justifican un nuevo auto de prisión?

La cesación es revocada y se le impone prisión (285).

53) ¿Cuándo se emite el mandato de comparecencia?

Cuando el Fiscal no solicita la prisión preventiva al concluir el plazo de detención preliminar o el que confiere su convalidación, o cuando el Juez desestima el requerimiento del Ministerio Público de prisión preventiva (286).

54) ¿Cuántas modalidades de comparecencia existen?

Dos: La simple y la restrictiva (287, 291).

55) ¿En qué consiste la comparecencia simple?

Es aquella que no necesita de restricciones complementarias, porque el delito imputado es leve o los actos de investigación no las justifican (291)

56) ¿Cuál es el alcance de la comparecencia restrictiva?

Es la medida aplicable cuando el peligro procesal puede razonablemente evitarse (287).

57) ¿Cuáles son las restricciones que acompañan esta clase de comparecencia, las mismas que pueden imponerse singular o conjuntamente (288, 287.2)?⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ Para favorecer al personal militar y policial procesado por delitos que implican violación de derechos humanos, esto es, delitos contra la vida, el cuerpo y la salud previstos en los Códigos Penales de 1924 y 1991, y delitos contra la humanidad, estatuidos en este último cuerpo de normas, el **D. Leg. 1097** (1 de septiembre de 2010) adelantó la vigencia nacional de **los incisos 1 y 4 del artículo 288** del código, referidos a ciertas restricciones que se imponen con la comparecencia como la obligación del imputado de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, y la prestación de caución económica; hizo lo propio con el **inciso 2 del artículo 296** que regula la duración del impedimento de salida, y con los **artículos 344 a 348, e inciso 4 del artículo 352**, atinentes al sobreseimiento y su control en la etapa intermedia, y a la expedición del auto de sobreseimiento de oficio o a pedido del imputado o su defensa, no obstante mediar acusación. Esta flexibilización en la persecución de graves delitos se dejó sentir, aún más, cuando el decreto ordenó (Primera Disposición Complementaria Final) que la **Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad**, aprobada por **Resolución Legislativa N° 27998**, surte efectos a partir de 9 de noviembre de 2003, según declaración realizada por el Perú al adherirse a dicha Convención, invocando, para esto, el fundamento 15 (presentación extemporánea de la acción) de la resolución del TC, de 23 de marzo de 2010, emitida en el Expediente N° 00018-2009-PI/TC. Caso Colegio de Abogados del Callao: http://www.tc.gob.pe/consultas_causas_agosto_2010.php <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00018-2009-AI%20Resolucion.pdf>; y la indicación contenida en la citada Resolución Legislativa, de 12 de junio de 2003: "Artículo Único.- Objeto de la resolución legislativa. Apruébase la adhesión del Perú a la "Convención sobre

Cuidado y vigilancia por persona o institución determinada, quien informará en los plazos estipulados por el Juez.

Permanencia en la localidad de residencia.

Prohibición de concurrir a determinados lugares o de comunicarse con específicas personas.

Presentación ante la autoridad en los días fijados.

Prestación de caución o fianza personal.

Prohibición de comunicación o aproximación a la víctima u otras personas que el Juez determine⁽⁷⁾, sin afectar el derecho de defensa.

Uso de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permite controlar el cumplimiento de las restricciones impuestas a la libertad personal (287.1)⁽⁸⁾.

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, de conformidad con los artículos 56 y 102 inciso 3) de la Constitución Política del Perú, con la siguiente declaración: 1.1 "De conformidad con el Artículo 103 de su Constitución Política, el Estado Peruano se adhiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968, para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú".

El decreto bajo comentario suscitó una mayúscula controversia, en la que intervinieron distinguidos personajes, entre ellos, **Mario Vargas Llosa**, quien no dudó en calificarlo de "amnistía disfrazada", sellando la suerte del dispositivo que fue inmediatamente derogado, con votación congresal casi unánime, salvo un voto en contra, por Ley N° 29572, publicada el 15 de septiembre de 2010.

<http://www.scribd.com/doc/37361078/Carta-de-renuncia-de-Mario-Vargas-Llosa>

(7) Restricción incorporada por **Ley N° 29439**, de 19 de noviembre de 2009, que cubre otras áreas no atendidas por la medida de suspensión preventiva de derechos (298.1.e.) que prohíbe aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere el ofensor con aquél o la suspensión temporal de visitas.

(8) Vid. **Ley N° 29499**, de 19 de enero de 2010, que establece la vigilancia electrónica personal.

58) ¿Qué contenido tiene la caución como restricción que acompaña la comparecencia?

Es una suma de dinero que garantiza la sujeción del imputado al proceso. Su magnitud se gradúa según la naturaleza del delito, condición económica, personalidad y antecedentes del imputado, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño y cualquier otra circunstancia reveladora del interés del imputado de eludir la acción fiscal o judicial (289).

Las cauciones imposibles están proscritas.

La caución es personal si el imputado deposita el dinero que la constituye.

El imputado que carece de solvencia económica ofrece fianza personal de una o más personas.

La caución es real si el imputado deposita valores u otorga garantía real.

La caución es devuelta al imputado absuelto, sobreseído o condenado, siempre que no haya infringido las reglas de conducta impuestas.

59) ¿Qué peculiaridades ofrece la detención domiciliaria (290)?

Es una restricción especial que se concede a quienes mereciendo prisión preventiva, sin embargo, permanecen en su domicilio u otro lugar indicado por el Juez, bajo custodia policial, de otra institución o persona designada con ese propósito, debido a sus peculiares condiciones personales, en tanto se trata de ancianos, enfermos graves o incurables, incapacitados físicos permanentes que tienen afectadas sus posibilidad de desplazamiento, o gestantes. Sus plazos y demás circunstancias se rigen por las previsiones para la prisión preventiva, en el entendido de que es una medida sustitutiva y no alternativa de ella

60) ¿Es posible variar la detención domiciliaria a prisión preventiva?

Sí, siempre que se supere el estado de enfermedad o gestación del imputado (290.5).

61) ¿Es factible cambiar o revocar la comparecencia por prisión preventiva?

Sí, cuando el Fiscal así lo solicita, porque se incorporan indicios en el sentido que la situación del imputado está incurso en los presupuestos de la prisión preventiva. Para que el cambio o revocatoria proceda se realizará una audiencia, el mandato que se emita es apelable (278).

62) ¿Qué consecuencias acarrea la infracción de las restricciones que acompañan la medida de comparecencia?

Una vez que media requerimiento fiscal o judicial, la comparecencia se revoca y se impone prisión preventiva (287.3)⁽⁹⁾.

63) ¿Qué consecuencias trae la infracción de la comparecencia simple?

Cuando el imputado no concurre a las citaciones que se le hagan, se expedirá orden para que sea conducido compulsivamente por la policía (291.2).

64) ¿Cuándo es factible la incomunicación del imputado?

En los casos de detención preliminar y prisión preventiva por delito grave (terrorismo, espionaje, tráfico de drogas o conminado con pena superior a seis años de privación de libertad). Esta medida coercitiva que se extiende hasta por 10 días, no impide las entrevistas del incomunicado con su defensor, y vencido su plazo cesa automáticamente. El auto que la impone es impugnabile (295, 296).

65) ¿Cuáles son las características del impedimento de salida?

Es una medida, requerida al Juez por el Fiscal, que puede utilizarse cuando se investiga delitos sancionados con pena privativa de la li-

⁽⁹⁾ Cuando el código menciona el trámite a seguir para la revocatoria refiere equivocadamente el artículo 288, cuando lo correcto es invocar el artículo 271, esto es, la realización de audiencia.

bertad superior a tres años y resulta necesaria para la indagación; se concreta con la imposibilidad del imputado de salir del país o dejar la localidad donde domicilia o el lugar que se le fije. Se adopta, además, en audiencia y su duración no puede exceder los cuatro meses, plazo prorrogable por un período igual en razón de la subsistencia de peligro de elusión de la acción de la justicia y especial dificultad de la investigación (295).

66) **¿El impedimento de salida sólo puede pesar contra imputados?**

No, también sobre testigos importantes, en cuyo caso la medida se levanta apenas se realiza la declaración o actuación procesal que la motivó, su duración no puede exceder los 30 días. El auto que despacha impedimento de salida es recurrible (296.3.4).

67) **¿Cuándo y cómo pueden dictarse medidas de suspensión preventiva de derechos?**

Cuando lo solicita el Fiscal en causas por delitos sancionados con pena de inhabilitación o cuando resultan necesarias para evitar la reiteración delictuosa, y así lo dispone el Juez previa audiencia (297, 274).

68) **¿Cuáles son los presupuestos de estas medidas?**

Suficiencia indiciaria de la comisión de un delito y vinculación del imputado con éste, y peligro que el encartado obstruya la investigación o cometa delitos de la misma clase de aquel por el que se le procesa (298).

69) **¿Cuántas medidas de suspensión preventiva de derechos contempla el CPP?**

Tres medidas de suspensión temporal del ejercicio, 1) de la patria potestad, tutela o curatela, 2) de un cargo, empleo o comisión públicos, salvo que provengan de elección popular, 3) de actividades profesionales, comerciales o empresariales; y dos medidas más, una de suspensión temporal de la autorización para conducir vehículos o portar armas, y la otra de prohibición de aproximarse al ofendido

o su familia y de obligación de abandonar el hogar o la suspensión de visitas (298).

Estas medidas pueden acumularse a las de la comparencia restrictiva (301).

Cuando el procesado incumple las restricciones impuestas, el Juez, previa audiencia, puede acumular o sustituir estas medidas, incluso con la prisión preventiva o detención domiciliaria (300).

70) **¿Cuál es la duración de estas medidas?**

Pueden extenderse hasta la mitad del tiempo de la pena concreta, no abstracta, de inhabilitación (299).

71) **¿Cuándo devienen ineficaces y cesan estas medidas?**

Cuando el plazo máximo de duración vence sin que se haya emitido primera sentencia, no computándose las demoras maliciosas imputables al procesado o su defensa. En estos casos, el Juez emite la resolución de cese (299.2)

72) **¿Son impugnables estas medidas?**

Sí, el término para impugnar es de tres días, y la Sala Penal resuelve dentro de las 72 horas, previa vista de la causa.

73) **¿Cuáles son las medidas que restringen derechos fundamentales en razón de la actividad procesal de búsqueda de pruebas?**

Son las siguientes: a) el control policial de identidad, b) la video-vigilancia, c) las pesquisas o inspecciones, retenciones y registro de personas, d) la intervención corporal, e) el allanamiento, f) la exhibición e incautación de bienes, g) la exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados, h) la interceptación e incautación de correspondencia, i) la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, j) el aseguramiento e incautación de documentos privados, k) el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, y l) la clausura o vigilancia de locales e inmovilización de bienes muebles (205– 241).

74) ¿Cuáles son los requisitos que deben satisfacer estas medidas para ser legítimas?

1) Legalidad, esto es, la ley las prevé y regula su ejecución, 2) requerimiento fiscal motivado, 3) proporcionalidad, 4) suficiencia de elementos de convicción, y 5) resolución judicial motivada (202, 203).

75) ¿Cómo se adoptan estas medidas?

Ante el pedido fiscal, el Juez decide de inmediato, sin trámite alguno. Cuando no existe riesgo de pérdida de la finalidad de la medida, el Juez correrá traslado a los sujetos procesales, entre ellos, el afectado; asimismo, puede disponer la realización de una audiencia (203.3, 8).

76) ¿Existen excepciones a la autorización judicial previa?

Sí, en casos de urgencia o peligro por la demora. En estos supuestos, luego de efectuada la restricción de derechos por la Policía o el Ministerio Público, éste solicita de inmediato la confirmación judicial, el órgano jurisdiccional de inmediato, en el día o al día siguiente de la solicitud, confirma o desaprueba la medida ejecutada, salvo que corra traslado a los sujetos procesales o practique una audiencia (203.3), en decisión no impugnabile.

Cuando la medida requiere siempre autorización judicial previa, estas excepciones son inadmisibles.

77) ¿Son impugnables los autos que disponen estas medidas?

Sí, el término de la apelación es de tres días desde que es ejecutada la medida. La Sala Penal absuelve el grado previa audiencia (204)

78) ¿Es posible el reexamen de estas medidas?

Sí, cuando lo solicita al Juez el imputado en vista del surgimiento de nuevas circunstancias que fundamentan un cambio. Este pedido se resuelve confiriendo traslado a los otros sujetos procesales o mediante una audiencia, según lo disponga el Juez (204.2).

79) **¿Cómo debe interpretarse la medida de control policial de identidad?**

Como aquella que permite a la policía requerir la identificación de cualquier persona cuando se busca información útil sobre un hecho punible. Esta identificación se practica en el lugar donde la persona se encuentra, por medio de la exhibición de su documento de identidad, una vez constatada la regularidad de éste se autoriza al intervenido alejarse del lugar (205).

80) **¿Cuándo la persona intervenida puede ser conducida a la dependencia policial?**

Cuando no le es posible exhibir su documento de identidad y según la gravedad del hecho investigado, restringiéndose esta conducción al propósito de exclusiva identificación, para lo cual se podrá tomar sus huellas digitales y averiguar si registra requisitorias (205.4).

81) **¿Cuánto tiempo puede extenderse esta medida?**

No más de cuatro horas, constando ello en el Libro-Registro policial, junto a los motivos de la intervención y las diligencias realizadas. Durante este tiempo la persona no podrá ser ingresada a celdas o calabozos, ni colocada en contacto con detenidos, permitiéndosele comunicarse con sus familiares o la persona que indique (205.4).

82) **¿Qué características adquiere esta medida cuando se trata de delitos graves?**

La de controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos, para identificar a las personas que transitan o que se encuentran en ellos; o la de registro de vehículos y control superficial de efectos personales para comprobar que no se porten sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. De estos controles, la policía da cuenta al Ministerio Público y deja constancia en el correspondiente Libro-Registro (206).

83) **¿Es posible registrar a la persona sujeta a control de identidad?**

Sí, en la medida que exista fundado motivo de su vinculación con un delito, en cuyo caso se podrá registrar su vestimenta, equipaje o vehículo, dejándose constancia de la diligencia, dándose cuenta inmediata al Ministerio Público (205.3).

84) ¿Puede fotografiarse, tomarse huellas digitales y practicarse mediciones en el sujeto a identificación?

Sí, siempre que se trate de un imputado, incluso contra su voluntad, y previa orden del Ministerio, dejándose constancia en acta (205.5).

85) ¿En qué consiste la **vídeo vigilancia** en lugares públicos?

Es la medida que el Ministerio Público dispone sin conocimiento del afectado, trátase del imputado o un tercero, consistente en tomar fotografías, registrar imágenes o emplear otros medios técnicos de observación⁽¹⁰⁾. Sus requisitos son los siguientes: a) Ámbito de investigación de delitos violentos, graves o de criminalidad organizada, b) necesidad vinculada a los fines de esclarecimiento, c) utilidad y eficacia mayor frente a otros mecanismos (207).

86) ¿Se puede adoptar esta **medida en inmuebles o lugares cerrados**?

Sí, siempre que el Fiscal solicite y obtenga autorización judicial (207.3).

87) ¿En qué consisten las **pesquisas o inspecciones policiales en lugares abiertos, cosas o personas**?

Son medidas que la policía adopta por sí, dando cuenta al Fiscal, o por orden de éste, cuando tiene motivos plausibles para considerar que encontrará rastros del delito o considere que en determinado lugar se oculta el imputado o un prófugo (208).

88) ¿**Cómo se perenniza** esta actuación?

⁽¹⁰⁾ Nuestro ordenamiento no ha incorporado las **escuchas domésticas** o colocación de micrófonos que registren las conversaciones que sostienen las personas dentro de un inmueble.

Levantándose un acta que describe lo acontecido, sobre todo, el recojo y conservación, cuando fuere posible, de los elementos materiales útiles; asimismo, levantándose planos, tomándose fotografías y toda otra operación técnica atinente (208.2.4).

89) **¿Qué medida podrá adoptarse con las personas que se encuentren en el lugar objeto de pesquisa?**

Por sí, dando cuenta al Fiscal, o por orden de éste, la policía dispondrá que durante la diligencia no se ausenten o queden retenidas las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra. El plazo máximo de retención es de cuatro horas, más allá del cual se requiere orden judicial (209).

90) **¿Cómo debe procederse cuando existan fundadas razones para considerar que alguien oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito?**

La policía, por sí, dando cuenta al Fiscal, o por orden éste, procederá a registrarlo, previa invitación a que exhiba o entregue el bien buscado. El registro lo practica una persona del mismo sexo, respetando la dignidad y el pudor del registrado, comprende, además, su vestimenta, equipaje o vehículo. Antes del registro la persona es advertida de las razones de la medida y de su derecho a ser asistido por un mayor de edad, de su confianza. De lo actuado se levanta acta (210)⁽¹¹⁾.

91) **¿Qué alcance tiene el examen corporal médico o profesional del imputado (211), dispuesto por el Juez?**

El que corresponde para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que ésta verse sobre un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años, mediante análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares, exploraciones radio-

⁽¹¹⁾ Los artículos 210, específicamente su inciso 4, y 213 (examen de alcoholemia) del código rigen en todo el país por disposición de la **Ley N° 29439**, de 19 de noviembre de 2009.

lógicas u otras intervenciones corporales. Para su realización, no se requiere el consentimiento del imputado; además, se tendrá en cuenta que no exista peligro que la medida cause daño grave a su salud, contándose con dictamen pericial previo cuando el registro, pese a ello, resulte necesario.

Cuando el examen sea de una mujer y pueda ofender su pudor, lo realizará un médico u otro profesional, admitiéndose, a pedido de la registrada, la presencia de otra mujer o un familiar.

92) ¿Puede el Fiscal ordenar el examen corporal?

Sí, cuando existe urgencia y peligro por la demora y no es posible esperar la orden judicial, en cuyo caso, luego de ejecutado el registro, el Fiscal requerirá la confirmación judicial (211.3).

93) ¿Cómo se perenniza la diligencia de examen corporal?

Asentándose en acta la actuación realizada, a la que debe concurrir el defensor del imputado, salvo necesidad de practicarla de inmediato, en cuyo caso podrá estar una persona de confianza del examinado (211.4)

94) ¿En qué consisten las intervenciones mínimas por expertos en el cuerpo del imputado?

Son aquellas que el Ministerio Público o la Policía, con conocimiento de éste, sin autorización judicial, practican como son las pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no causen ningún perjuicio o riesgo a la salud del examinado (211.5).

95) ¿Pueden ser examinados corporalmente los testigos?

Sí, inclusive sin su consentimiento, cuando en su cuerpo presentan huellas o secuelas del delito (212). Tratándose de exámenes para constatar la descendencia y de extracción de sangre, pueden efectuarse estas pruebas por un médico, admitiéndose el rehúso por los mismos motivos contemplados para la abstención del testimonio de familiares (165.1).

96) ¿Quién y cómo se practica la prueba de alcoholemia?

La realiza la policía en el curso de la inmediata intervención en un posible delito viario, recurriendo al método de aire aspirado. La comprobación positiva o presencia de signos que evidencian que el examinado está bajo influencia de alcohol o de drogas, motiva su retención y conducción para someterlo a la prueba de intoxicación mediante análisis sanguíneo o de otros fluidos (213)⁽¹²⁾.

97) ¿Cuándo se solicita y cómo se dispone el allanamiento y registro de casas habitación, de negocio, sus dependencias cerradas, recinto habitado temporalmente y de cualquier otro lugar cerrado?

Cuando, fuera de los casos de flagrancia, inminente peligro de la comisión de un delito, o autorización del titular del predio, existan motivos para considerar que en los precitados lugares se oculta el imputado o un prófugo, o se hallan bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicita al Juez estas medidas, precisando la ubicación del lugar a registrarse, la finalidad de la diligencia y el tiempo de duración. El auto judicial, además de lo precedente, indica el nombre del Fiscal autorizado, las medidas de coerción correspondientes y el apercibimiento en caso de resistencia. La vigencia de la orden caduca a las dos semanas de emitida, salvo concesión por plazo determinado (214).

Las formalidades de la diligencia importan entregar una copia de la autorización judicial al imputado o a la persona que se encuentre presente o tenga la disponibilidad del bien, en defecto de éstos la entrega se hace a un vecino o al portero; y practicar sólo las actuaciones autorizadas, levantándose acta.

98) ¿Cuáles son las otras medidas concurrentes con el allanamiento y registro de lugares cerrados?

⁽¹²⁾ No someterse a este examen constituye delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, previsto en el artículo 368 del CP, modificado por Ley N° 29439, de 19 de noviembre de 2009.

A solicitud del Fiscal, pueden concurrir con esta medida la detención de personas e incautación de bienes, por motivos probatorios o de decomiso, en cuyo caso se practica inventario, dejándose copia al responsable del lugar allanado. Cuando el Fiscal lo decida, podrá practicar el registro personal de los presentes o de quienes lleguen al lugar, si considera que pueden ocultar bienes delictivos o relacionados con el delito; asimismo, disponer el no alejamiento de personas hasta que concluya la diligencia, pudiendo retenerse o hacer retornar al lugar coactivamente al renuente (217).

99) ¿Cuándo y cómo se practica la exhibición forzosa e incautación de bienes que constituyen cuerpo del delito o guardan relación con éste o son necesarios para la investigación?

Estas medidas se adoptan por mandato judicial, solicitado por el representante del Ministerio Público, cuando el requerido a entregarlos o exhibirlos se niega o cuando la ley así lo prescribe. El auto que las despacha indica el nombre del Fiscal autorizado, el bien o cosa a exhibirse o incautarse, el lugar donde se va a realizar la diligencia, la orden para obtener copia, fotografía, filmación o grabación, y el apercibimiento en caso de desobediencia. La diligencia la realiza de inmediato el Fiscal con auxilio de la policía. Sólo cuando es atinente señala día y hora, y cita a las partes. Los bienes incautados deben ser registrados de modo individualizado, evitando se confundan o alteren. Asimismo, se identifica al funcionario o persona que asume la custodia de lo secuestrado, levantándose acta. El Fiscal determina las condiciones y personas que participan en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, así como los cambios al respecto. Los bienes muebles incautados deben ser puestos bajo custodia y, si es factible, inscritos; los inmuebles y derechos reales, además de la ocupación, se registran mediante orden judicial. Tratándose de exhibición, se describe lo constatado y se reproduce recurriendo al medio técnico disponible (218 -223).

100) ¿Puede la policía tomar estas medidas sin autorización del Fiscal, ni orden judicial?

Sí, cuando interviene en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de lo que dará cuenta inmediata a la fiscalía (218.2).

101) ¿El Fiscal está facultado a disponer estas medidas, sin requerir la previa autorización judicial?

Sí, en casos en que existe peligro por la demora. Tanto en esta circunstancia, como en la referida en el numeral anterior, el Fiscal requerirá, luego del acto, al Juez, la emisión de resolución confirmatoria de la diligencia ya ejecutada (218.2).

102) ¿Está prevista la devolución de bienes incautados y entrega de los sustraídos?

Sí, la devolución puede hacerla el Fiscal y la policía, con conocimiento de éste, al agraviado o a terceros, una vez que lo incautado ya fue utilizado en la investigación, avisándosele al Juez. También procede la devolución de aquello que no guarde relación con el delito y la devolución provisional, bajo depósito, con objeto de exhibición ulterior. Cuando no se identifica al autor o perjudicado, lo incautado se remata, previa valorización y publicación oficial, por orden fiscal, si no se ha formalizado la investigación y del Juez si ello ha ocurrido (222).

103) ¿Cómo se garantiza la autenticidad de lo incautado?

Mediante el reglamento, emitido por la Fiscalía de la Nación, que regula el diseño y control de la cadena de custodia y los procedimientos de seguridad y conservación de bienes incautados (220.5)⁽¹³⁾.

(13) Vid: Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN, publicada el 22 de junio de 2006, que aprueba diversos reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal, entre ellos, el de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Bienes Incautados.

http://www.mpfm.gob.pe/ncpp/files/a22e66_codigo_reglamento_cadena.pdf

104) ¿En qué consiste la exhibición forzosa e incautación de actuaciones y documentos no privados y qué excepciones se reconocen frente a secretos de Estado y al secreto profesional?

El que tenga en su poder esta clase de documentos, por razón de su oficio, encargo, ministerio o profesión, debe exhibirlos o entregarlos de inmediato al Fiscal, inclusive los originales. El afectado puede instar la intervención judicial para determinar si correspondía la exhibición o incautación de documentos o actos intervenidos efectuada por el Fiscal (224).

Si se trata de un secreto de Estado o se invoca tal circunstancia, el Fiscal acudirá al Presidente del Consejo de Ministros para confirmar este carácter, si ello ocurre y la prueba es esencial, solicitará la intervención del Juez, quien, previa audiencia, decidirá si clausura la investigación por esta circunstancia (224.3).

Cuando media secreto profesional, el Fiscal realiza las indagaciones necesarias y si considera indispensable la medida para la investigación e infundada la oposición, insta la intervención judicial para que el Juez, previa audiencia, ordene o no la incautación (224.2).

De los documentos incautados puede obtenerse copias y restituirse los originales, si estos permanecen incautados se autorizará la emisión de copias certificadas para los que los detentaban legítimamente. Las copias que expidan los funcionarios harán mención de la incautación existente. Cuando lo incautado forma parte de un volumen o registro, y el Fiscal no considera conveniente extraer copia, el volumen o registro permanecerá bajo depósito judicial. Los afectados pueden pedir la intervención judicial si la disposición fiscal es irrazonable, el Juez se pronuncia previa audiencia (225).

105) ¿Cuáles son los alcances de la interceptación, incautación y ulterior apertura de la correspondencia del imputado (226 – 228)?

Estas medidas de control son dispuestas por el Juez, de manera reservada y sin conocimiento del imputado, a instancia del Fiscal, cuando resultan indispensables para el esclarecimiento de los hechos.

La correspondencia intervenida es la dirigida al imputado o la remitida por él, aun bajo nombre supuesto, y la que se sospeche tiene tal carácter. Tienen una duración estrictamente necesaria, nunca superior al periodo de investigación.

La denegación del pedido puede ser impugnada por el Ministerio Público, resolviendo la Sala Superior también de inmediato, reservadamente y sin trámite alguno.

106) ¿Cómo se ejecutan las medidas antedichas?

El Fiscal, debidamente autorizado por el Juez, un funcionario de la Fiscalía o un policía encargado, interceptará o incautará de inmediato la correspondencia y la examinará externamente, sin abrirla, levantando acta. La apertura se efectuará en el despacho Fiscal, donde el representante del Ministerio Público leerá lo retenido y si guarda relación con la investigación lo incautará, dando cuenta al Juez, en caso contrario devuelve la correspondencia al destinatario. En ambas situaciones, se redactará el acta respectiva (227).

107) ¿De qué manera se asegura la legitimidad de estas medidas?

Mediante la audiencia de reexamen judicial, solicitada por el afectado, una vez informado de todo lo actuado, su defensor o las otras partes. El Juez se pronuncia sobre la corrección de la diligencia y la vinculación o no de lo interceptado o incautado con la investigación (228).

108) ¿Qué pasos se adoptan cuándo la correspondencia se encuentra en poder de terceros?

Si pese al requerimiento de entrega se niegan a hacerlo, serán informados que incurrir en delito, si persisten en su negativa se levanta acta y se les iniciará investigación (229).

Las alegaciones de secreto de Estado se sujetan a lo indicado en el acápite 224, y de inmunidad diplomática a la solicitud de informe al Ministerio de Relaciones Exteriores.

109) ¿Cuáles son los requisitos de las medidas de intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales y otras análogas (230, 231)?

a) Existencia de suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito con pena superior a cuatro años de privación de libertad, b) absoluta necesidad para la pesquisa, c) solicitud fiscal y d) mandato judicial.

110) ¿Qué formalidades debe tener la orden judicial que dispone estas medidas, contra quién pueden dirigirse y por cuánto tiempo?

La orden identifica al afectado, que puede ser el imputado o un tercero que recibe o tramita comunicaciones por cuenta del investigado, de ser posible, el teléfono u otro medio de telecomunicación objeto de la intervención, la forma de ésta, su alcance y duración, por no más de 30 días, salvo prórroga por plazos sucesivos, previo requerimiento fiscal y autorización judicial (230).

111) ¿Qué papel juegan en la ejecución de estas medidas las empresas telefónicas y de telecomunicaciones y qué obligación les alcanza a los que las ejecutan?

El de posibilitar la realización de las diligencias ordenadas, bajo apercibimiento de ser denunciados por desobediencia a la autoridad. Los ejecutores y facilitadores de las medidas bajo comentario deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo cuando son citados como testigos en el procedimiento (230.4):

112) ¿Cuándo cesan estas medidas?

En la oportunidad que los elementos de convicción que les dieron fundamento desaparecen o vence el plazo fijado (230.5.6).

113) ¿Cómo se registra la intervención de las comunicaciones telefónicas y análogas?

Mediante grabación magnetofónica u otros medios técnicos que aseguren la fidelidad del registro.

La grabación es entregada al Fiscal quien la conserva de modo seguro, cuidando que no sea conocida por terceros; además, dispone su transcripción, levantándose acta. Lo irrelevante en materia procesal se devuelve al afectado y se destruye la transcripción o las copias de ello (231).

114) ¿Pueden preservarse grabaciones relevantes para procedimientos diferentes a aquel en el que se emitió la orden judicial de intervención?

Sí, en la medida que contengan información sobre otro hecho punible, lo que resulta un exceso a la luz del derecho comparado (231.1.)⁽¹⁴⁾.

115) ¿En qué consiste la audiencia de reexamen judicial de estas medidas?

Es la diligencia que puede instar el afectado una vez informado de lo actuado, luego de la ejecución de la medida y de la realización de investigaciones prontas conforme a su resultado.

El propósito de esta audiencia está dirigido a verificar el resultado de las diligencias ejecutadas, velar por los derechos del afectado y, en su caso, impugnar lo decidido (231.3.4.)

116) ¿Es posible no notificar al afectado?

Sí, cuando la notificación pusiere en peligro la vida o salud de terceros. El secreto, en este caso, requiere resolución judicial y plazo determinado, vencido el cual procede la audiencia de reexamen (231.3).

117) ¿Qué medida, además de las precitadas, puede adoptarse con la correspondencia electrónica emitida por el imputado o dirigida a él?

La obtención de copias o respaldos de la misma.

⁽¹⁴⁾ Véase el artículo 579 de la LECRIM española.

118) ¿Cómo puede limitarse el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de los documentos privados?

Mediante orden judicial de incautación emitida de inmediato y sin trámite alguno, a solicitud del Fiscal. En este mandato se indicará el nombre del Fiscal autorizado, la persona y el documento sobre los que recaerá la medida (233).

119) ¿Cuándo la incautación de documentos privados debe ir precedida por el aseguramiento de ellos?

Cuando durante una inspección o allanamiento se encuentra en poder del intervenido o en el lugar allanado un documento privado y no se ha recabado autorización judicial previa de incautación (232).

Como el aseguramiento no implica examinar el contenido del documento, el Fiscal debe ponerlo de inmediato a disposición del Juez y requerir, antes de las 24 horas, la orden de incautación, previo examen de aquél (233).

120) ¿Pueden ser asegurados e incautados los documentos contables y administrativos de las personas naturales y jurídicas?

Sí, la Fiscalía, o la policía por orden de ésta, puede inspeccionar la referida documentación, en la medida que luego de revisarla considere que debe incautarse la asegurará, levantando acta, y requerirá la intervención judicial para el despacho de la orden de incautación (234)

121) ¿Qué medidas judiciales limitativas de derechos pueden adoptarse, reservadamente y de inmediato, en el ámbito bancario y tributario, a solicitud del Fiscal?

- a) El levantamiento del secreto bancario, b) la incautación de documento, título-valor, suma depositada y cualquier otro bien, o el bloqueo o inmovilización de cuentas, pertenezcan o no al imputado, en tanto exista fundada razón para considerar que tienen relación con el hecho punible investigado y resulten indispensables para los fines del procedimiento, c) el registro de

una entidad bancaria y o financiera, d) la incautación de todo lo vinculado al delito que se encuentre en aquella, e) el levantamiento de la reserva tributaria, f) el requerimiento a la Administración Tributaria de exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones que tenga en su poder (235).

122) ¿Cuál es la obligación de las empresas o entidades bancarias, financieras y de la Administración Tributaria, ante la orden judicial?

Proporcionar de inmediato la información requerida, incluidas las actas y demás documentos vinculados al proceso (235.5)

La información sobre operaciones no cubiertas por el secreto bancario, habrán de remitirse directamente a la Fiscalía requirente.

123) ¿Cuándo se aplica, por qué tiempo y cómo la clausura o vigilancia de locales e inmovilización de bienes, por orden judicial?

En aquellas circunstancias en que se dan los siguientes requisitos: a) pedido fiscal, con especificación de sus fundamentos, finalidad de la medida, individualización del local o bien mueble objeto de la petición, el tiempo aproximado de duración de la medida y demás datos pertinentes, y b) necesidad indispensable para la investigación de delitos con pena superior a cuatro años de privación de libertad (237).

La inmovilización de cosas muebles, en virtud de su naturaleza o dimensión que imposibilita el depósito y cuando sirvan como prueba, equivale a su aseguramiento por la autoridad (237.2).

El plazo de estas medidas es de quince días, prorrogable por un término igual.

La resolución judicial autoritativa recoge los extremos del requerimiento fiscal y estipula el apercibimiento para el caso de resistencia al mandato.

La diligencia se ejecuta con citación de las partes y si es menester con auxilio policial, levantándose acta. El Fiscal dicta medidas de custodia y conservación de las cosas muebles.

124) ¿Puede el Fiscal ordenar y ejecutar estas medidas, sin previa autorización judicial?

Sí, cuando exista urgencia y peligro por la demora, a condición de requerir dentro de las 24 horas resolución judicial confirmatoria, adjuntándose copia del acta de la diligencia realizada.

125) ¿Cuál es la finalidad de la medida real de embargo?

Su propósito es asegurar la efectividad de las responsabilidades civiles derivadas del delito o el pago de costas. Para ello, el Fiscal averiguará sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil (302– 308).

126) ¿Quiénes pueden solicitar el embargo?

El Fiscal o el actor civil, quienes dirigirán su pedido al Juez de la Investigación Preparatoria especificando el bien o derecho afectado, el monto y la forma de la medida. El actor civil deberá ofrecer contracautela, según las estipulaciones de la normatividad procesal civil (Código Procesal Civil – CPC - 613), salvo que ésta lo exceptúe (CPC. 614), como es el caso de los que gozan de auxilio judicial (303).

127) ¿Bajo qué fundamento el Juez expedirá el auto de embargo?

Sobre la base de la existencia de suficientes elementos de convicción que permitan sostener que el imputado es el probable autor o partícipe del hecho incriminado y que aquél ofrece riesgo fundado de insolvencia, peligro de ocultamiento o desaparición de sus bienes (303.3)

Cuando media sentencia condenatoria, aún no firme, procede el embargo sin contracautela, ni justificación de la probabilidad delictiva. En los casos de condena firme, se requerirá al afectado el cumplimiento de las responsabilidades civiles, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa (303.7).

128) ¿Qué peculiaridades presenta la ejecución del embargo?

Las siguientes: a) ningún pedido dirigido a impedir o dilatar el embargo es admisible, y b) sólo luego de producida la ejecución se notifica a las partes el mandato de embargo (304).

129) ¿Es impugnable el mandato de embargo?

Sí, dentro del tercer día de notificada la resolución, y sin efecto suspensivo (304.3).

130) ¿Puede solicitarse la variación y el alzamiento del embargo?

Sí, conforme a las previsiones del CPC (617). La resolución judicial, en estos casos, se tomará previo traslado a las partes.

El levantamiento del embargo se producirá de inmediato cuando se sustituya el monto establecido, por su consignación a nombre del Juzgado emisor de la medida, salvo que éste considere menester oír a las partes.

El embargo se alzará, de oficio o a pedido de parte, también, cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme, procediéndose, en su caso, a determinar los daños y perjuicios ocasionado por la medida (306, 308)

131) ¿Cuándo procederá la desafectación?

Cuando se acredita fehacientemente ante el Juez de la investigación preparatoria que el bien o derecho afectado pertenece a persona distinta al imputado o tercero civil.

La tercería se interpondrá ante el Juez Civil, con citación obligatoria del Fiscal Provincial en lo Civil (308).

132) ¿Existen otras medidas de coerción real?

Ellas son las siguientes: a) la inhibición, inscribible en los Registros Públicos, del imputado o del tercero civil para disponer o gravar sus bienes, b) el desalojo preventivo y consiguiente ministración provisional de posesión, en casos de usurpación, c) las medidas anticipadas tendientes a evitar la permanencia del delito o la pro-

longación de sus efectos, d) las medidas preventivas contra las personas jurídicas, en tanto existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de vinculación de aquellas con éste, bajo los supuestos del artículo 105 del CP, y e) la pensión alimenticia anticipada, en determinados delitos (310– 315).

Todas las medidas de coerción real podrán variarse, sustituirse y cesar, con arreglo al principio de proporcionalidad, lo que se decide judicialmente previo traslado a las partes (315).

La última medida de coacción que contempla el código es la incautación de los efectos, instrumentos y objetos del delito permitidos por ley, practicada de inmediato, por peligro en la demora, por la policía o fiscalía y seguida de resolución confirmatoria judicial (316). El mandato judicial previo es indispensable cuando no existe tal peligro y se concederá si concurre riesgo de que la disponibilidad de los bienes agrave o prolongue las consecuencias del delito o facilite la comisión de otros (317).

Al concretarse la incautación el operador a cargo tendrá especial cuidado en registrar e individualizar los bienes y respetar las disposiciones que garantizan la corrección y eficacia de la diligencia, asegurar, además, su custodia y administración (318).

La reglas del código deben concordarse con las previsiones de los artículos 102 y 103 del CP, atinentes al decomiso, total o parcial, de los objetos e instrumentos de la infracción.

Interrogantes, casos prácticos y simulaciones (VI, 253 – 320)

- 1) **Medidas de coerción personales:** Detenciones (259 – 267), prisión preventiva (268 – 285), incomunicación (280 – 282), detención domiciliaria (290), comparecencia (286 – 292), internación preventiva (293 – 294), impedimento de salida (295, 296), suspensión preventiva de derechos (297 – 301)

- **Detención preliminar judicial (artículo 261 CPP)**

Interesados en afrontar eficazmente el intranquilizador incremento de las extorsiones, el Ministerio Público y la Policía organizan un grupo operativo para que recoja información que permita identificar a los malhechores dedicados al secuestro extorsivo. Luego de un arduo trabajo de varias semanas, los integrantes de este equipo son informados que en las extorsiones se encuentran involucrados varios sujetos prontuariados que eventualmente arriban a la ciudad, cometen sus fechorías y emprenden retirada a otros lugares del país. Siguiendo esta pista, los policías a cargo ubican el paradero de Juan Astute Vivón, Arturo Velomi Full y José Furiogo Molestor, hospedados los tres en un hotel de ínfima categoría. Al revisar su historia criminal constatan que Juan y Arturo, efectivamente registran antecedentes policiales y judiciales por robo agravado. Montada de inmediato una operación de vigilancia y seguimiento, los policías aprecian que los tres sospechosos diariamente recorren la zona comercial de la ciudad, permanecen varias horas en el interior de importantes tiendas y bancos, y se retiran luego de tomar algunas notas, abordando un vehículo particular conducido por Benito Silenciate Inadver, joven universitario conocido como "Niño viejo". De esto aprovechan los investigadores para fotografiarlos disimuladamente y mostrar las imágenes a varios agraviados, dos de los cuales, Sergio Platinín Ricón y Manuel Fortunas Ahit coinciden en identificar y señalar a Juan Astute Vivón como uno de los cinco delincuentes que cinco meses atrás los secuestraron y obtuvieron un ingente rescate de sus familiares. Para consolidar su caso, los policías confían en el arribo a la ciudad de otros tres agraviados que han confirmado su presencia, en cuatro días más, luego de volver de viaje de provincias aledañas, pues son agentes comerciales.

- 1) ¿Cuál ha de ser la tónica del trabajo fiscal-policial en el desarrollo de las investigaciones de delitos cuya frecuencia genera desasosiego, inseguridad e intranquilidad ciudadanas?

- 2) ¿Cómo deben planificarse y ejecutarse las diligencias preliminares de investigación, en este tipo de situaciones?
 - 3) ¿La policía podía detener a los sospechosos cuando se encontraban en la zona comercial de la ciudad?
 - 4) ¿Los ciudadanos que se percatan de las actividades de Juan y sus compañeros en el centro comercial podrían arrestarlos y entregarlos a la autoridad (260)?
 - 5) ¿Qué relaciones guarda la detención preliminar judicial con la flagrancia delictuosa (259)?
 - 6) ¿Qué argumentos puntuales esgrimirá el Fiscal para recabar del Juez de la Investigación Preparatoria una orden o mandato de detención preliminar judicial contra los sospechosos?
 - 7) ¿Podría efectuarse la audiencia de convalidación de la detención preliminar judicial sin la concurrencia del imputado?
- Simulación de la audiencia de convalidación de la detención preliminar judicial (266):
 - a) Argumentación fiscal
 - b) Posición de la defensa de los imputados detenidos
 - c) Resolución judicial
 - 1.1.) Prisión preventiva (268), incomunicación (280), detención domiciliaria (290), comparencia simple y restrictiva (291, 287), impedimento de salida (295)
 - César Mañasi Paradín, de 67 años, catedrático universitario, dedicado esposo, padre de familia, enfermo de cáncer a la próstata, ha sido sindicado por su nieta XYZ, de 13 años de edad, de haberla convencido, invocando citas filosóficas y religiosas, para sostener relaciones sexuales. Efectuado el examen médico-legal, la menor presenta desgarros recientes, acreditativos de coito vaginal. Las pericias psiquiátrica y psicológica realizadas por especialistas del

Instituto de Medicina Legal, concluyen que la menor evidencia el síndrome de víctima de abuso sexual, destacando, además, el enorme conflicto que atraviesa al denunciar, por un lado, a su abuelo, y, por el otro, admitir que antes de los hechos le tuvo gran cariño y se sintió muy unida a él. La incriminación contra César es firmemente mantenida por la perjudicada desde la temprana declaración que rinde ante el fiscal. El inculcado niega los cargos, pero admite que dos días antes de la denuncia, con conocimiento de los padres, que salieron al cine, se quedó al cuidado de su nieta XYZ.

- 1) El Fiscal a cargo ¿debe pedir la detención preliminar judicial de César o requerir directamente su prisión preventiva?
- 2) ¿Cuáles son los fundados y graves elementos de convicción referidos a la existencia del delito y la vinculación de César con éste, que expondrá el Fiscal?
- 3) ¿La referencia al delito grave que efectúe el Fiscal se basará en la pena conminada o abstracta por el delito imputado a César, o en la prognosis de sanción concreta?
- 4) ¿Qué clase de peligro procesal destacará el Fiscal?
- 5) ¿Qué novedad trae el Código de 2004 en materia de peligro procesal, comparado con el de 1991?
- 6) ¿La prisión preventiva que se imponga a César podrá sustituirse o atenderse con una medida cautelar alternativa?
- 7) ¿Qué relación existe entre el plazo razonable y la prisión preventiva?
- 8) ¿Si el Juez no atendiera el requerimiento fiscal de prisión preventiva qué medida cautelar despacharía?
- 9) ¿La impugnación del mandato de prisión preventiva (278) habilita los recursos de apelación y casación?
- 10) ¿Es correcto identificar la revocatoria de la prisión preventiva con su cesación (283)?

- 11) ¿La comparecencia simple y la restrictiva (291, 287) son medidas coercitivas que pueden concurrir con el impedimento de salida (295) e incomunicación (280), y recaen exclusivamente sobre el imputado?
 - 12) ¿Es posible cambiar la comparecencia simple y restrictiva por prisión preventiva (279, 287.3)?
 - 13) ¿Existe vinculación entre comparecencia restrictiva y medios electrónicos de control?
- Simulación de audiencia de determinación de prisión preventiva (271):
 - a) Argumentación fiscal
 - b) Posición de la defensa del imputado
 - c) Resolución judicial

1.2) Internación preventiva (293)

- Raúl Loquíl Furis, convencido que sus alucinaciones eran reales, acató las órdenes que, según él, el demonio le dio mientras dormía, y acuchilló mortalmente a un modesto transeúnte. Durante varios años, permaneció impune hasta que la policía acopió fundados indicios de su condición de agente del crimen.
 - 1) ¿Qué medida coercitiva requerirá el Fiscal contra Raúl?
 - 2) ¿Las condiciones personales de Raúl podrían provocar la incoación de un proceso especial (Libro Quinto)?

1.3) Suspensión preventiva de derechos (297 – 301)

- Manuel Arino Panez, al fabricar pan mezcla descuidadamente harina con una sustancia pulverulenta, que cree es levadura, cuando en verdad se trata de insecticida, provocando que tres de sus clientes fallezcan

- 1) ¿Bastará la condición de panificador de Manuel para imponerle la suspensión preventiva de su oficio o industria?
- 2) ¿La prohibición al imputado de acercarse al ofendido o su familia, y la de apartamiento del hogar que compartiere con aquél exige que el delito incriminado esté conminado con pena de inhabilitación?

1) **Medidas de coerción reales**

- 1.1) **Embargo (302 – 309)**. Elaborar una solicitud de embargo y la resolución judicial que lo confiere.
- 1.2) **Orden de inhibición (310)**. Plantear una solicitud de inhibición para que el imputado no disponga o grave sus bienes y la resolución que la acoge.
- 1.3) **Desalojo preventivo (311)**. Formular una solicitud de desalojo preventivo y la resolución que dispone la ministración provisional del predio materia de usurpación.
- 1.4) **Medidas anticipadas (312)**. Pedir una medida anticipada para mantener el status quo en un inmueble objeto de daños y elaborar la resolución que la otorga.
- 1.5) **Medidas preventivas contra las personas jurídicas (313)**. Simular una audiencia de determinación de medidas preventivas contra una empresa minera comprendida en un proceso por delito de contaminación mediante vertimiento de relaves.
- 1.6) **Pensión anticipada de alimentos (314)**. Solicitar una pensión anticipada de alimentos a favor de los menores hijos de la víctima asesinada.
- 1.7) **Incautación (316 – 320)**. Simular una audiencia de confirmación judicial de la incautación impuesta por el Fiscal sobre un vehículo utilizado durante un robo agravado.

- 2) **Medidas restrictivas de derechos para buscar pruebas (202 – 241)**
 - 3.1) **Control policial de identidad (205).** Debatir las previsiones a adoptarse para evitar que esta medida reproduzca las inconstitucionales “batidas” policiales fundadas en perjuicios raciales o sociales.
 - 3.2) **Controles policiales en delitos graves (206).** Discutir los presupuestos que habilitan estos controles en vías, lugares o establecimientos públicos para identificar transeúntes, registrar vehículos y revisar superficialmente efectos personales.
 - 3.3) **Vídeo vigilancia (207).** Elucidar los presupuestos de esta medida y su práctica en lugares públicos y en el interior de inmuebles y lugares cerrados. Discutir la procedencia de escuchas domésticas.
 - 3.4) **Pesquisas (208).** Discutir los motivos de éstas con relación a la comprobación del estado de personas, lugares, cosas, rastros y otros efectos materiales; en su caso, a su recojo o conservación y al levantamiento de planos, tomas fotográficas y cualquier otra operación técnica.
 - 3.5) **Retenciones (209).** Proponer un caso en el que la pesquisa requiera que no se ausenten las personas halladas en el lugar o comparezca cualquier otra.
 - 3.6) **Registro de personas (210).** Proponer un caso en el que proceda registrar a una persona por considerarse que oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, comprendiendo además la revisión de sus vestimentas, equipaje, bultos que porte y vehículo.
 - 3.7) **Intervención corporal (211 – 213).** Plantear diversos supuestos en los que proceda un examen corporal que importe pruebas de análisis sanguíneos, genético-moleculares, otras intervenciones y exploraciones radiológicas; así como en los que resulten viables pequeñas intervenciones para extraer sangre y tomar muestras de piel o cabello.

- 3.8) Examen corporal para prueba de alcoholemia (213). Debatir en torno a la práctica de exámenes para comprobar tasas de alcoholemia en aire aspirado y mediante prueba en sangre u otros fluidos.
- 3.9) Allanamiento (214 – 217). Elaborar una solicitud de allanamiento y registro domiciliario y la resolución que los autoriza.
- 3.10) Exhibición e incautación de bienes (218 – 223). Destacar la importancia de la cadena de custodia como mecanismo de aseguramiento y regularidad de la incautación.
- 3.11) Exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados (224 – 225). Simular la audiencia de determinación de la clausura de la investigación por existir secreto de Estado.
- 3.12) Interceptación e incautación postal (226 – 229). Simular la audiencia de re-examen judicial de la interceptación e incautación de la correspondencia.
- 3.13) Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas y análogas (230 – 231). Simular la audiencia de re-examen judicial de esta medida.
- 3.14) Aseguramiento e incautación de documentos privados. Extensión de la medida a los documentos contables y administrativos (232 – 234). Plantear un caso en el que la policía o fiscalía aseguran esta documentación e inmediatamente después el representante del Ministerio Público solicite la orden de incautación.
- 3.15) Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (235, 236). Proponer casos en los que resulte necesario adoptar estas medidas y describir el alcance de las mismas.
- 3.16) Clausura o vigilancia de locales e inmovilización (237 – 241). Plantear supuestos en los que el Fiscal, luego de haber impuesto estas medidas por razones de urgencia, solicita al Juez la resolución confirmatoria.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<info@grijley.com>,
en el mes de octubre de 2014.

