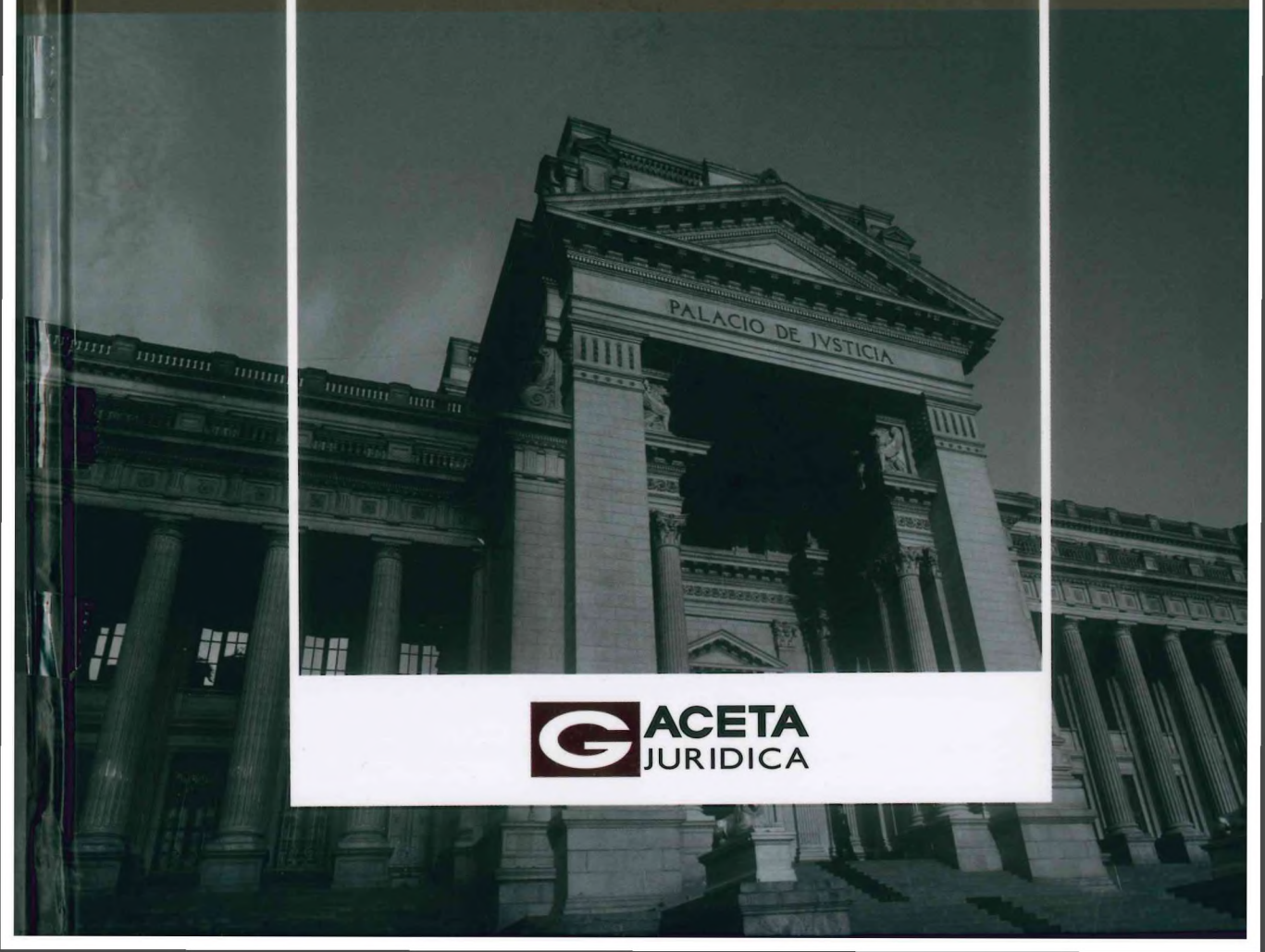
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

DERECHO PENAL
Y POLÍTICA CRIMINAL

PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

Lavado de activos | Criminalidad organizada
Consecuencias jurídicas del delito | Alta corrupción
Tráfico ilícito de drogas | Inseguridad ciudadana
Reformas punitivistas



GACETA JURIDICA

DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL
Problemas contemporáneos

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

DERECHO PENAL
Y POLÍTICA CRIMINAL

PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

Lavado de activos | Criminalidad organizada
Consecuencias jurídicas del delito | Alta corrupción
Tráfico ilícito de drogas | Inseguridad ciudadana
Reformas punitivistas

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores Lima - Perú / ☎(01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL
Problemas contemporáneos

© Víctor Roberto Prado Saldarriaga
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: junio 2019
5570 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2019-06420
ISBN: 978-612-311-638-5
Registro de proyecto editorial
31501221900534

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Martha Hidalgo Rivero y Jennifer P. Gutiérrez Arroyo

GACETA JURÍDICA S.A.
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Junio 2019
Publicado: julio 2019

A todos aquellos, los presentes y los ya ausentes,
que me formaron y me brindaron sus enseñanzas,
motivación y ejemplo para ejercer con vocación y compromiso
la carrera de Profesor universitario y Magistrado.

Al cumplirse treinta y cinco años desde que todo comenzó.

"Alguien sostendrá quizá que las cosas no pueden ser de otra manera: el derecho penal debe excluir a las personas contra las cuales se lo activa. A veces se utiliza ese 'deber' en sentido descriptivo, para recordarnos rasgos al parecer inevitables de nuestro mundo social y político: el derecho penal es y sólo puede ser una técnica por medio de la cual los poderosos oprimen a los desvalidos y los gobernantes controlan a una población sometida; de esto se seguiría que, si vamos a dedicarnos a hacer teoría normativa sobre el derecho penal, debemos promover su abolición, junto con todo el aparato de poder estatal, o bien buscar maneras de mejorar su funcionamiento inevitablemente opresivo. Más a menudo, sin embargo, el 'deber' se entiende de manera normativa: el derecho penal tiene que ser excluyente, porque quienes cometen delitos pierden su estatus de ciudadanos.

Mi objetivo es resistirme a ambos tipos de 'deber', sostener que podemos y deberíamos aspirar a un derecho penal democrático que sea inclusivo y no excluyente; un derecho penal apropiado para que los ciudadanos de un sistema político republicano se lo impongan a sí mismos y unos a otros. Así, también prestaré atención a algunos de los diferentes roles sociales y jurídicos (roles con una fuerte dimensión normativa) que los ciudadanos pueden desempeñar en relación con el derecho penal"

(Antony Duff. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015, pp. 26-27).

PRÓLOGO

Se denomina países emergentes a aquellos que han alcanzado un crecimiento económico sostenido pese a mantener su condición subdesarrollada. Actualmente se identifica en el mundo a 28 países con economías emergentes entre los que se encuentra el Perú. Entre sus principales características macroeconómicas destaca una actividad productiva concentrada en los sectores económicos primario y secundario. Asimismo, un pronóstico favorable de crecimiento sostenido del Producto Bruto Interno y una presión inflacionaria baja; y también una reducción continúa de las tasas de desempleo y pobreza. En el plano político estos países van alcanzando estabilidad, a la vez que continuidad democrática y gobernabilidad, con notable afirmación del Estado de Derecho y del Sistema de Justicia. Los principales retos actuales de los países emergentes se relacionan con reactivar la demanda interna; promover una mejor apertura hacia el comercio exterior, potenciando la competencia de sus mercados locales; así como mejorar los indicadores microeconómicos que les permita elevar el estándar de calidad de los servicios estatales y de vida de su población.

El Perú ha adquirido la condición de país de economía emergente en las dos últimas décadas. Actualmente, además, es considerado como la quinta economía más grande en la región americana. Sin embargo, el Perú también se ubica entre los países con más alto nivel de informalidad. Esta situación es el riesgo más relevante para su crecimiento y desarrollo en su expectante condición de país emergente. Según diversas fuentes, en la actualidad en el Perú el 60 % de la producción se realiza informalmente. El 70 % de las empresas son informales y 7 de cada 10 peruanos trabaja de manera informal. En ese mismo contexto, el 40 % de la fuerza laboral está autoempleada en microempresas informales lo que determina que más de 10 millones de peruanos trabajen sin beneficios laborales ni protección social. Se estima que la economía informal en el Perú representa un 30 o 35 % del Producto Bruto Interno. Al

respecto, los especialistas demandan superar esa grave presencia de la informalidad en nuestra economía, atacando sus principales causas, especialmente las trabas burocráticas, las altas tasas tributarias y los sobrecostos laborales.

Y cerrando esta breve caracterización del entorno social peruano del siglo XXI, se puede señalar, con consistente preocupación, que el Perú del tercer milenio es también un país con altos indicadores de percepción de inseguridad ciudadana y de riesgos de victimización. En ese sentido, son interesantes los hallazgos de un sondeo de opinión practicado entre la población urbana del país. En dicho estudio realizado por el INEI, se detectó que "para el semestre septiembre 2017-febrero 2018, de la población de 15 y más años de edad del área urbana que cuenta con vigilancia en su zona o barrio, el 84.9 % tiene sensación de inseguridad de ser víctima de algún hecho delictivo en los próximos doce meses, mientras que de la población que no cuenta con vigilancia en su zona o barrio, el 86.0 % manifiesta tener sensación de inseguridad de ser víctima de algún hecho delictivo" (INEI. *Estadísticas de Seguridad Ciudadana setiembre 2017-febrero 2018*. Informe Técnico N° 2. Marzo de 2018. Lima. 2018, p. 63). Posteriormente, la misma fuente ha dado a conocer otros indicadores importantes correspondientes al periodo julio-diciembre de 2018, los cuales están referidos a la prevalencia de la percepción de la inseguridad ciudadana en los departamentos del país. Al respecto el INEI señaló lo siguiente: "Según los resultados del presente semestre en análisis (julio-diciembre 2018), los departamentos con mayor percepción de inseguridad son: Tacna (94.6 %), Huancavelica (93.1 %), Arequipa (92.0 %), Lima (91.2 %), Cusco (91.2 %), Madre de Dios (90.6 % 9 y Lambayeque (90.3 %). En comparación con los resultados del semestre similar del año anterior (julio-diciembre 2017), el departamento de Apurímac presenta el mayor aumento de percepción de inseguridad, en tanto que, Áncash e Ica presentan la mayor disminución en puntos porcentuales de percepción de inseguridad (Instituto Nacional de Estadística e Informática. Informe Técnico. Estadísticas de Seguridad Ciudadana. Julio-diciembre 2018. INEI. N° 1. Enero de 2019. p. 71).

No cabe duda, pues, que la realidad actual caracteriza al Perú como país emergente, informal e inseguro. De allí, pues, que la presencia de la criminalidad y de las respuestas de política criminal que diseña el Estado peruano quedan, en gran medida, determinadas por esas variables socioeconómicas. Por ende, la producción de su normativa jurídico-penal refleja también la influencia de esos fenómenos en las prioridades de las políticas públicas y en el diseño y funcionamiento de los organismos que integran el sistema penal. Resulta, por tanto, interesante y pertinente evaluar el impacto real de toda esa

coyuntura y proceder político en las variables que explican etiológicamente el proceso de incremento e innovación de la delincuencia. Temática que, por lo demás, siempre ha motivado nuestro trabajo intelectual y docente desde que nos iniciáramos en el estudio del control penal en nuestro país.

Ahora bien, el año 2019 tiene un especial significado para el desarrollo de mi actividad profesional y académica. En efecto, en los meses de abril y agosto, respectivamente, habré cumplido 35 años como abogado y docente universitario. Es, pues, una grata coincidencia, el que dé a conocer en ese contexto de recuerdos, experiencias y logro de metas personales, esta nueva publicación.

Su origen, en realidad, fue una sugerencia que me formuló GACETA JURÍDICA para editar un compendio o antología de los diferentes textos que a modo de artículo o ensayo había dado a conocer, en la última década, de manera dispersa y asistemática, en revistas especializadas, libros colectivos o en conferencias académicas. La propuesta editorial me resultó, pues, motivante a partir, justamente, de constatar lo que para mi carrera y trayectoria como Catedrático de Derecho Penal y Magistrado del Poder Judicial, me correspondía conmemorar el presente año.

Por todo ello, este libro que hemos titulado **Derecho Penal y política criminal**, más que materializar un objetivo intelectual, lo que pretende, realmente, es ser un testimonio de reconocimiento y gratitud, a todas aquellas personas, naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que a lo largo de tres décadas y media, me hicieron beneficiario de su apoyo incondicional, tanto para mi formación académica, como para poder concretar mi afición por la investigación del sistema penal, la docencia universitaria y el ejercicio de la judicatura. Esta obra, en consecuencia, es una sentida forma de decirles a todos ellos, gracias por darme la oportunidad y aliento para llegar a ser lo que hoy soy. Pero, también una oportunidad de mostrar una visión panorámica de la realidad actual del control penal en el Perú.

La estructura interna del libro se organiza a partir de cuatro áreas temáticas, las que, en esencia, constituyen los espacios de especialización que he abarcado durante el ejercicio de mi experiencia publicista desde mi primera publicación (*Política criminal peruana.* Cultural Cuzco. Lima. 1985), hasta la más reciente (*La dosimetría del castigo penal. Modelos reglas y procedimientos.* Ideas Solución Editorial. Lima. 2018). Es así que en una primera parte, se reúnen textos vinculados con las características actuales de la Política Criminal peruana y de las reformas ocurridas en el Código Penal de 1991, como consecuencia de la inseguridad ciudadana y el populismo punitivista.

Luego, la segunda parte está dedicada al tratamiento de diferentes tópicos referidos a las consecuencias jurídicas del delito, especialmente en lo concerniente a la determinación judicial de la pena. La tercera parte comprende problemas y contenidos alusivos al delito de lavado de activos, resaltando entre ellos la incidencia relevante de la informalidad y la crisis jurisprudencial que generó una controvertida sentencia de casación vinculante. Finalmente, la cuarta y última parte de la obra, la componen comentarios vinculados a la criminalidad organizada y a sus manifestaciones más sensibles en la legislación vigente como son los delitos de organizaciones criminales, tráfico ilícito de drogas y financiación del terrorismo.

Confiamos, pues, que esta compilación sobre el control penal en el Perú emergente de nuestro tiempo, sea de utilidad para quienes quieran tener una aproximación criminológica , político criminal y dogmática sobre la evolución reciente de la legislación penal nacional. Debo, finalmente, agradecer a mi hija Ana Nilda Victoria Prado Manrique y a mi adjunto de docencia Jairo Muñoz Virú, quienes me han ayudado a corregir y organizar los textos originales, así como a redactar la bibliografía y el índice general del libro.

Prof. Dr. h. c. mult. Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA
Catedrático de Derecho Penal
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

Primera parte

POLÍTICA CRIMINAL

Giro punitivo y decisiones de política criminal[1]

I. CRIMINALIDAD Y CONTROL PENAL EN EL SIGLO XXI: EL GIRO PUNITIVO

Ya transitando la segunda década del siglo XXI, la criminalidad continúa siendo un problema sensible, controvertido y complejo que sigue promoviendo nuevos enfoques y mutaciones teóricas sobre su etiología y manifestaciones contemporáneas. En ese contexto, en su interpretación criminológica, político-criminal o dogmática se continúan ensayando explicaciones y contenidos que muchas veces concluyen entrecruzándose o perdiéndose entre las nebulosas de la más abstracta generalidad. Pese a lo cual, su análisis y visualización social sigue recibiendo el aporte constante de nuevos datos y hallazgos provenientes de variadas líneas de investigación empírica.

Sumamente parcial ha resultado, pues, históricamente, atribuir la presencia de la criminalidad al proceder interactivo de "hombres delincuentes", como a la influencia determinante de "entornos criminógenos" o a la imposición discriminatoria y estigmatizante de "Estados criminalizadores" (Cfr. Fernando Gil Villa. *Introducción a las teorías criminológicas. Por qué rompemos con la norma*. Tecnos. Madrid. 2013; Germán Silva García. *Criminología. Teoría sociológica del delito*. ILAE. Bogotá. 2011; David Garland. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. 1ª edición. 2ª reimpresión. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2010, p. 66 y ss.; Christopher Birkbeck. *Criminología comparada: estudios de caso sobre delincuencia, control*

(1) Publicado originalmente en: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa. Lima. 2016, pp. 27-51.

social y moralidad. Editorial Dykinson. Madrid. 2012; Massimo Pavarini. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* 7ª edición. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1999; Sarnoff A. Mednick y S. Giora Shoman. *Nuevas sendas en criminología.* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1981; Denis Szabó. *Criminología y política en materia criminal.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1980).

Al respecto, ya desde finales del siglo pasado distintos especialistas reconocían todas estas limitaciones o desviaciones científicas. Por ejemplo, MANTOVANI llegó a sostener que "también en el campo de la Criminología, vale, más que nunca, la constatación general que cada teoría, cada ideología, tienen en sí mismas verdades y excesos, así que el progreso verdadero no podrá hacerse más que de la aceptación de los puntos verdaderos y del rechazo de los excesos y de los radicalismos, algunos de los cuales pueden surgir y surgen debido a los propios factores criminógenos" (Ferrando Mantovani. *Il Problema della criminalità.* Padova. 1984, p. 314). Poco operativas, por tanto, a la vez que insatisfactorias, resultaron ser para los países subdesarrollados todas estas hipótesis explicativas y que fueron mayormente ensayadas o construidas desde países centrales. Siempre quedó la preocupación funcional y empírica de que el problema criminal podría englobar, en nuestros entornos sociales, todas esas opciones etiológicas e incluso muchas más.

Sin embargo, también ha sido una constante el concederle a toda esta sucesión de discursos una utilidad multifactorial que abría puertas de acceso a un proceso de entendimiento de la criminalidad a partir de sus variables y consecuencias económicas, políticas o culturales. Efectivamente, como reflexionaba BRUNO, hacia finales del siglo pasado, concentrándose en la criminología de la delincuencia asociada al consumo de drogas, las teorías desarrolladas "no son suficientes, por sí solas, a la explicación de las causas de un fenómeno que es complejo y multicausal pero ellas sirven todavía a una mejor comprensión de sus aspectos y de sus manifestaciones" (Cfr. Francesco Bruno. "Aspetti sociologici e criminologici delle tossico-dipendenze". En: *Città, Crimine e Desvianza*, Anno II. N° 3. Bologna, 1980, p. 75).

Similar criterio sustentó el autor clásico de la época LÓPEZ REY Y ARROJO, al sostener que todas "las teorías expuestas y otras que pueden agregarse muestran que cada una de ellas es un aspecto, más o menos originalmente expresado, del complejo proceso de la causación criminal que, como todo, se halla constantemente en evolución y no puede condensarse en una sola teoría. En realidad ello confirma que la criminalidad es expresión de un desarrollo de facetas múltiples que si bien pueden reducirse a lo social, económico,

cultural, biológico, psicológico, religioso y político no se agotan exactamente en lo que se entiende por cada uno de dichos conceptos o en la suma total de ellos" (Cfr. Manuel López Rey y Arrojo. *Compendio de criminología y política criminal*. Madrid. 1985, p. 36).

Lo rescatable, entonces, de todo este proceso evolutivo, para realidades como la peruana, sigue siendo la demanda histórica e impostergable de iniciar una indagación propia del problema criminal a partir de la situación o presencia concretas y específicas de la criminalidad en su entorno social. Esto significa que solo concediendo una utilidad relativa a la teoría foránea podemos intentar el desarrollo de una criminología aplicada para el Perú. Persistir, en cambio, en recepcionar como necesariamente adaptable lo investigado sobre y para el extranjero, en torno de la delincuencia o sus esquemas de punición, nos puede conducir a elaborar, improvisar o validar opciones de política criminal que, lejos de coadyuvar a una reforma eficaz y eficiente de la prevención y control del delito, sirvan, únicamente, a la legitimación del fracaso represivo y a la acentuación de nuestra dependencia cultural y tecnológica.

Sin embargo, lo antes señalado no significa, obviamente, que se desechen todos aquellos soportes teóricos que pueden compatibilizarse con el entendimiento de aspectos criminológicos propios de la sociedad peruana del presente. Especialmente de los que se han configurado en los últimos treinta años y que parecen estar asociados a la inevitable influencia de variables propias de lo que se ha denominado en los países centrales la **"modernidad tardía"**. Por el contrario, ellos nos pueden servir de punto de partida para la interpretación de sus visibles conexiones con diversas formas de exclusión social y económica que también operan como factores criminógenos relevantes en amplios sectores de nuestra población. Pero que, además, contribuyen sistémicamente a un mejor entendimiento de la actual caracterización y orientación que adquieren el diseño, la intensidad, así como las prácticas de implementación de las políticas estatales de control penal.

A este nivel estimamos correcta la posición de ITURRALDE, al evaluar la utilidad para Latinoamérica de los planteamientos sociológicos sobre la teoría de la criminalidad y el control formulados por GARLAND con base en las realidades británica y estadounidense. Según el autor colombiano: "El análisis multidimensional y multidisciplinario de la sociología del castigo es muy valioso para estudiar el caso latinoamericano, pues también contribuye a ponerlo en contexto y en su justa dimensión. Gracias a la perspectiva comparativa y multidisciplinaria de dicha sociología, se pueden superar las falsas ideas sobre el carácter excepcional y único de la criminalidad y la violencia

en Latinoamérica, así como las afirmaciones tremendistas que la acompañan ('tenemos una cultura de la violencia'; 'nada cambia, todo sigue igual'; 'estamos destinados a vivir en medio de esta situación trágica'). Las características de los campos penales en Latinoamérica no son el simple resultado de las decisiones y políticas que gobiernos elitistas y autoritarios han adoptado a través de la historia para controlar a una población indisciplinada e inclinada a delinquir. Son más bien el resultado de factores y procesos sociales, económicos y culturales más amplios y complejos que además se vinculan, de forma cada vez más estrecha, a las transformaciones que se producen a nivel global" (Cfr. Manuel A. Iturralde. "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías". Estudio preliminar al libro de David Garland. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes. Bogotá. 2007, p. 115).

Es más, muchas investigaciones de este estilo permiten también validar o revisar planteamientos clásicos o críticos sobre el rol que contemporáneamente cumple el Estado al momento de **decidir y colocar las etiquetas** de lo *criminal* sobre todo aquello que estima riesgoso para su seguridad. Especialmente, porque a través de muchos de estos estudios es posible identificar un novedoso modo de generar e introducir desde el Estado diversos procesos políticos, los cuales suelen, ahora, planificarse y justificarse siempre desde una inseparable vinculación con el control del delito. Esto es, sirven para hacer visible y patente una tendencia en el Estado contemporáneo a **gobernar a través del delito**, como señala SIMON (Cfr. Jonathan Simon. *Gobernar a través del delito*. Gedisa Editorial. Ciudad de México. 2011, p. 31 y ss.). Al respecto, cabe mencionar, como ejemplo, la compatibilidad de dicho enfoque y **praxis** con lo ocurrido recientemente en el Perú.

En efecto, a mediados de junio de 2015, el Poder Ejecutivo solicitó facultades legislativas delegadas al Congreso de la República para aplicar estrategias de reactivación económica y financiera. Este requerimiento no fue bien recibido por los partidos de oposición que hicieron conocer su voluntad de rechazarlo. Sin embargo, ante tal eventualidad el Gobierno decidió acompañar su pedido inicial con un variado bloque de medidas contra la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana. Es más, el propio ministro del Interior de aquel entonces llegó a anunciar públicamente que si no se concedían las facultades legislativas para legislar sobre esta materia, **"aumentará la delincuencia"** (Cfr. Mariela Balbi. "Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe". En: diario *El Comercio*. Edición del 14 de junio de 2015, p. A6). El desenlace político no se hizo esperar y en el Parlamento cesaron los cuestionamientos y se concedieron, en

gran medida, las facultades legislativas solicitadas (Cfr. Jorge Saldaña-Martín León y Giovanna Castañeda. "Logro parcial del Ejecutivo". En: diario *El Comercio*. Edición del 19 de junio de 2015, p. A2). Sin embargo, este tipo de reacción política ha tenido su expresión más extrema con la inédita y desesperada declaración de un **estado de emergencia en la provincia constitucional del Callao,** a inicios de diciembre de aquel año, con la finalidad de contrarrestar la activa presencia alcanzada por las bandas dedicadas a la criminalidad violenta y al tráfico ilícito de drogas en dicha localidad (Cfr. Considerandos del Decreto Supremo N° 083-2015-PCM del 4 de diciembre de 2015). Con acierto HERNÁNDEZ BREÑA ha calificado a esta drástica medida como una nueva expresión de un **"populismo punitivo"** que hoy caracteriza las decisiones de política criminal del Estado peruano, pero cuya principal debilidad es su temporalidad: "El Perú no ha sido ajeno al populismo punitivo. Lo observamos casi a diario en propuestas para aumentar las penas, instaurar la pena de muerte, entregar armas letales y no letales a serenazgos, entre otras cosas como declarar estados de emergencia. El populismo punitivo se instala fácil en el debate político, pero se va con dificultad. Genera empatía inmediata con buena parte de la población y oscurece propuestas más inteligentes y menos emocionales (...). Si bien el estado de emergencia aumenta la probabilidad de que un delincuente sea detenido, este mismo sabe que ese mayor riesgo es temporal. ¿Cómo reacciona? Muda sus operaciones de distrito o bien se repliega por un tiempo en labores lícitas (según Ciudad Nuestra, el 87 % de sentenciados trabajaba el mes anterior a su detención) (...). Salvo excepciones, no necesitamos más estados de emergencia, sino que del Estado y de quienes quieren liderarlo emerjan ideas más pensadas. Requerimos más inteligencia, no actuar bajo emergencia" (Wilson Hernández Breña. "Inseguridad ciudadana. Estado de inteligencia". En: diario *El Comercio*. Edición del 18 de diciembre de 2015, p. A32).

Por tanto, hoy en día, deviene también en pertinente y necesario recuperar como escenario importante y primario, de toda evaluación sobre el significado real de las políticas públicas contra el delito, la revisión analítica de las circunstancias o metodologías que determinan y se emplean en la producción legislativa penal. Cabe señalar que también en este dominio se han renovado los debates y los esquemas teóricos.

Estas renovadas perspectivas pueden también ser útiles para caracterizar y visibilizar mejor las orientaciones que prevalecen actualmente en los procesos de criminalización, sobrecriminalización o neocriminalización que acontecen con inusitada frecuencia en la realidad nacional. El examen, pues, de la oportunidad, viabilidad y consistencia de los mismos debe constituir también

un objeto determinante para todo enfoque explicativo y serio sobre la cuestión criminal. Por lo demás, se trata de un discurso renovado y menos lineal o sesgado que aquel que aplicó la **criminología crítica** de base marxista entre los años sesenta y ochenta del siglo pasado (Cfr. Elena Larrauri. *La herencia de la criminología crítica.* 2ª edición. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2009, p. 245 y ss.). Como nos recuerda CARTUYVELS: "El estudio del fenómeno de la 'criminalización primaria' o de la creación de la ley penal fue muy popular en los años 70, pero el interés por esta materia ha disminuido desde los años 80. Esto se debe sin duda al hecho de que cierta criminología crítica ha perdido fuerza. Esta criminología estaba dedicada especialmente a subrayar la naturaleza política profunda del proceso legislativo, mostrando los conflictos de intereses y valores que subyacen en la adopción de una ley penal que se pretende neutral. Desde 1985, el avance del neoliberalismo, por una parte, y una creciente ideología del consenso, por otra parte, descalificaron gradualmente esta sociología conflictual y modificaron los temas objeto de la criminología. A partir de ese entonces, se dio escasa importancia a la elaboración de la ley penal y a sus condicionantes morales, sociales y políticos. En cambio, surgió un gran interés por su aplicación" (Cfr. "Las amenazas a la seguridad ciudadana y la respuesta político criminal: Una perspectiva belga". José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro. Editores. En: *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, p. 179).

Por ejemplo, algunos autores representativos de aquella época y tendencia criminológica han procurado, en las últimas décadas, actualizar y adaptar sus hipótesis explicativas de la criminalización, a las características y tipologías de la nueva criminalidad de siglo XXI. En tal sentido, si bien mantienen su hipótesis explicativa central que considera que toda creación de delitos y de identificación de potenciales delincuentes constituyen expresiones de un acto de poder discriminatorio y estigmatizante de las clases vulnerables; estas, sin embargo, ya no se representan solo en los pobres o proletarios, sino que comprenden a los desplazados, a los inmigrantes, a los informales y a los activistas contestatarios (medioambientalistas o **"indignados"**), mayormente distribuidos entre las clases medias y medias altas o emergentes. Es así que YOUNG, en un innovado discurso, identifica como los nuevos sujetos vulnerables y destinatarios potenciales de la criminalización estatal a aquellos núcleos sociales subalternos que han ido surgiendo por la interacción de fenómenos psicosociales como la inseguridad, la inmigración ilegal, el fundamentalismo religioso o los radicalismos ecologistas y de género; pero también a aquellos que

emergen de procesos estructurales colaterales como la globalización o la crisis financiera internacional. En su concepto son estos **"otros"** la base de configuración de la delincuencia en el del siglo XXI. Y de los cuales se brinda en la política criminal imágenes manipuladas y percepciones estereotipadas como promotores etiológicos de la proliferación de los riesgos sociales e individuales de victimización. Sin embargo, como destaca el autor citado, estos procesos de definición de los delitos y de los delincuentes suelen ser inescrupulosos, más directos, abiertos y generalizables: "Mientras 50 años atrás hablamos de motivos de represión, de desplazamiento y oculto deseo, sería común hoy en día que nada de esto se permita para perturbar el racionalismo del neoliberalismo. Hoy el mundo es transparente, no podemos entender los verdaderos motivos de la trasgresión, o más pertinentemente, los verdaderos motivos de los que tratan de elevar los sistemas de control y castigo. La malicia, las energías de la humillación, las calidades transgresoras de la violencia están ocultas. Vamos a recordar, por un momento, las caras sonrientes de los carceleros en Abu Grahib o el autosatisfecho orgullo de los mártires grabado antes de salir a bombardear y suicidarse. No solo, entonces, la racionalidad se hizo unidimensional y absolutista, sino que la irracionalidad es ignorada y negada" (Jock Young. *El vértigo de la modernidad tardía.* Ediciones Didot. Buenos Aires. 2012, p. 239).

Por tanto, todo parece indicar que la criminalidad y su configuración legal siguen siendo procesos funcionales a su tiempo. Sobre todo porque el estigma y la carga negativa de la criminalización actual no ha cambiado ni se ha invisibilizado. A este nivel, pues, el proceder y el efecto psicosocial parecen seguir siendo los mismos, pero ya no focalizados exclusivamente en las tipologías más o menos convencionales del sicario precoz o del asesino serial, sino en otras calidades más comunes a las personas como su ideología, su cosmovisión o su opción disidente. Como señala SILVA GARCÍA: "Dentro del proceso de criminalización, la imposición de un estigma juega un papel muy importante como fuente para la selección de las conductas y personas criminalizables. La actividad de estigmatización parte del reconocimiento o identificación de un elemento de diferencia en otros sujetos, transformándolo en una marca negativa, desde la cual no solo se distinguirán las limitaciones o características propias de la diferencia, sino que además se le endosarán otra serie adicional de atributos de desprestigio" (Cfr. Germán Silva García. *Criminología. Teoría sociológica del delito.* Ob. cit., p. 229 y ss.). En efecto, esas son las bases de construcción y descripción de los delincuentes del tercer milenio ("delincuentes transnacionales" o "delincuentes aspiracionales").

Otro rasgo distintivo de la política criminal de nuestra época es el notorio sesgo hiperpunitivo o sobrecriminalizador o populista, pero siempre oportunista y en el corto plazo disfuncional, que adopta la intervención penal del Estado. La calidad simbólica de esta orientación legislativa, como pone de relieve DÍEZ RIPOLLÉS, "a corto plazo no solo deja sin satisfacer sus objetivos pragmáticos declarados, sino que produce efectos devastadores en la estructura de racionalidad del derecho penal" (Cfr. José Luis Díez Ripollés. *La política criminal en la encrucijada.* Editorial B de F. Buenos Aires. 2007, p. 192). Desde esta línea instrumental el acto criminalizador cobra, pues, mayor gravedad. Pero, además, adquiere un radical y socializable significado belicista como señala YOUNG: "No solo hay una cercana simetría entre la etiología y el fenómeno del delito y el castigo (particularmente de delitos violentos y de estados de violencia), sino que hay también un cercano paralelo con los delitos ocurridos en la guerra (en ambos lados), en el terrorismo y su respuesta, y en el desarrollo y la promulgación del genocidio. Además, hay sorprendentes similitudes entre la violencia del delito convencional y la de la guerra y los paralelos entre la guerra contra el delito y la guerra misma" (Cfr. Jock Young. *El vértigo de la modernidad tardía.* Ob. cit., p. 45).

La reciente experiencia legislativa penal española, por aludir a un modelo europeo más cercano a nuestro entorno, y que viene siendo examinada exhaustivamente por DÍEZ RIPOLLÉS, pone en evidencia sucesivas transformaciones normativas de escalada represiva y con afectación notable de derechos y garantías fundamentales. Lo común a todos estos cambios es la carencia de una justificación político-criminal razonable. La críticas formuladas por el jurista citado a este modelo nos suenan también familiares si evocamos lo acontecido con los últimos decretos legislativos que han modificado el Código Penal peruano: "Resulta obligado recordar una vez más que el código penal se ha convertido, en manos de nuestros agentes políticos, en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de las emociones colectivas. Nada que ver con la olvidada consideración de este cuerpo legal como una constitución en negativo, que declara mostrar una estabilidad equivalente a ella a la hora de fijar sus principios y contenidos" (Cfr. José Luis Díez Ripollés. *Delitos y penas en España.* Catarata. Org. Madrid. 2015, p. 10).

La realidad internacional y nacional demuestran, pues, en el presente, un fortalecimiento político y una exitosa asimilación psicosocial de que lo penal debe ser considerado como el remedio necesario e insoslayable que pueden aplicar los Estados frente a la criminalidad y otros conflictos sociales asociados

a ella. De allí que quede, para muchos, "justificado" el que se exaspere su uso y se pierda toda racionalidad o control sobre su eficacia y consecuencias directas o colaterales.

En este contexto, pues, se va aislando, contradiciendo o invisibilizando el discurso garantista predominante de los juristas de las décadas finales del siglo XX, que proclamaban como consigna fundamental el empleo minimizado o subsidiario del poder punitivo estatal y su necesaria legitimación constitucional. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE sostenía en aquel entonces que si bien "la solución al problema de la criminalidad no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo. Pero en lo momentos presentes, en una sociedad avanzada, posindustrial y posmoderna, debe buscarse un punto de equilibrio, provisionalmente satisfactorio, en el eterno conflicto entre prevención general y prevención especial, entre sociedad e individuo, entre los legítimos deseos de funcionalidad y eficacia de los instrumentos jurídicos sancionatorios y la salvaguardia de la libertad y la dignidad de las personas" (Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal y control social*. Jerez. 1985, pp. 127-128).

Ese mismo discurso racionalizador del uso del castigo penal también era expuesto, en aquellos años, pero en sus propios términos, por los juristas anglosajones que promovían un modelo garantista equivalente y al que denominaban retribucionismo prevencionista o republicano. Por ejemplo, BRAITHWAITE Y PETTIT, con base en la experiencia penal australiana, sostenían que el "[c]ontrol del poder significa proteger a los ciudadanos frente al abuso de poder otorgándoles derechos contra los poderosos; estos últimos estarán sometidos a restricciones vinculadas con la rendición de cuentas. La búsqueda de la reprobación se refiere a que las prácticas de la justicia penal deben diseñarse para exponer a los delincuentes a la desaprobación de la comunidad de manera constructiva. Y la búsqueda de reintegración implica que deben realizarse esfuerzos sistemáticos con que restaurar el goce pleno del dominio para las víctimas del delito, así como para los delincuentes que fueron condenados" (John Braithwaite y Philip Pettit. *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015).

Hoy en día, en cambio, estas reflexiones y exigencias parecen pasar a ser parte de un evocable **anhelo** que resulta cada vez más difícil de incentivar o mantener en la gerencia ideológica del Estado de la modernidad tardía. Es más, ese tipo de discurso se hace menos intenso e influyente al momento del debate oficial, social o técnico de la criminalidad. Esto es, se le restringe y se le desplaza, cuando no se le sustituye, por otro contenido y **praxis** de **giro punitivo** (***punitive turn***), el cual encuentra una rápida validación colectiva mediante la

continua cobertura mediática y cotidiana sobre las coordenadas, reales o no, de un incontenible ascenso que, se afirma, registra la delincuencia. Se trata, como lo pone de relieve WACQUANT, de un nuevo enfoque político-criminal represivo, que se muestra exitoso al pretender enlazar una aparente reacción dinámica contra la victimización ciudadana, con un "diligente" estilo de gobierno que, sin embargo, realmente procura aprovechar o encubrir otras contingencias propias de la inseguridad social de nuestro tiempo, como el paro globalizado o la protesta colectiva ante la supresión o reducción de los principales subsidios sociales a modo de ajustes financieros. En definitiva, "un innovador modelo neoliberal que busca mantener el empoderamiento del Estado, magnificando lo criminal y ensayando continuas reformas penales como dique de contención frente a las carencias y demandas sociales" (Cfr. Loïc Wacquant. "Forjando o Estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social". En: Loïc Wacquant *et al. Questao penal no capitalismo neoliberal.* Editora Revan. Río de Janeiro. 2012, p. 11 y ss.).

A este nivel, pues, el problema criminal y el control penal hoy son reinterpretados como conflictos de seguridad y de gobernanza. A los cuales el Estado debe responder rápida y radicalmente para no ser desbordado o colapsado. La ideología que sustenta estos enfoques enfatiza, pues, la necesidad de aplicar "violencia contra violencia". Y ello supone o justifica el empleo de todos los medios que sean idóneos para "neutralizar al enemigo, disidente o indignado". Esto es, sin quedar sujetos a ningún límite mínimo de racionalidad o proporcionalidad, sino, más bien, de populismo o de aparente y efímera eficiencia. Como advierte VAN SWAANINGEN, esta tendencia suele caracterizarse del modo siguiente: "La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que '**el ciudadano siempre tiene la razón**', presupone que el público, quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura. Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos" (Cfr. René Van Swaaningen. "Revirtiendo el giro punitivo". En: *Revista Derecho Penal.* Año I. N° 1. 2012, p. 270).

Recientes estudios de opinión aplicados en el Perú también registran un proceder análogo en la clase política y en la ciudadanía. Por ejemplo, el INEI detectó en sus encuestas de victimización que "[e]n el año 2014, a nivel nacional urbano, el 85,8 % de la población de 15 y más años de edad percibe que en los próximos doce meses puede ser víctima de algún hecho delictivo que atente contra su seguridad" (Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Victimización en el Perú. 2010-2014.* INEI. Lima. Julio de 2015, p. 145). En otra encuesta realizada por Ipsos Perú, la muestra dio a conocer que la percepción de

la inseguridad ciudadana se ha elevado hasta alcanzar al 90 % de los encuestados. Asimismo, el 96 % se manifestó "a favor de que los menores de edad dedicados al sicariato sean sentenciados con penas iguales a los mayores de edad" (Cfr. Lourdes Fernández y Paolo Rivas. "La percepción de inseguridad aumenta de 73 % a 90 % en los últimos años". En: diario *El Comercio*. Edición del 23 de junio de 2015, p. A8). Al respecto, el exministro del Interior Wilfredo Pedraza declaró lo siguiente: "Adolescentes que cometen delitos graves deben recibir penas más severas" (Ibídem. p. A8). En el cuadro siguiente se puede observar la evolución de la percepción de inseguridad entre la población urbana nacional.

1. Percepción de la inseguridad ciudadana en el área urbana

Ámbito de estudio	Año					Variación porcentual
	2010	2011	2012	2013	2014	(2014-2013)
Nacional urbano	79,2	86,2	84,9	87,6	85,8	-1,8
Ciudades de 20 000 a más habitantes	80,8	87,8	86,3	89,1	87,1	-2,0
Centros poblados urbanos entre 2000 y menos de 20 000 habitantes	75,1	81,5	81,1	83,4	82,0	-1,4

Fuente: Tomado y reelaborado de la publicación del INEI *Victimización en el Perú 2010-2014*. Lima julio 2015, p. 146.

Por consiguiente, las desmedidas coordenadas y prácticas punitivistas de esta "nueva" política criminal han rebasado sin escrúpulos todo límite constitucional que acuñaron hasta fines del siglo XX los modelos **bienestaristas y garantistas**.

Lo que prevalece en el presente es la agudización de un giro punitivo que algunos analistas políticos, incluso, llegan a estimar que trasciende a la producción legislativa, encubando un peligroso **neoautoritarismo** que va logrando internalizarse, en los distintos segmentos sociales, como el exclusivo y excluyente modelo estatal de responder al imparable desborde de la criminalidad. En coherencia con esta tendencia, las propuestas electorales de los

partidos políticos en el Perú vuelven hoy a pronunciarse por el retorno de la pena de muerte, la utilización de las fuerzas armadas en el control de las calles, la aplicación de formas crueles de autojusticia y la rebaja de la edad de la capacidad penal; sin dejar de mencionar la introducción de medidas controvertidas, como el uso de la escucha o vigilancia electrónica o la existencia de cárceles privadas. En torno a ese panorama, por ejemplo, se ha sostenido que: "El aumento del autoritarismo en el Perú es natural por el desborde de la criminalidad. ¿Qué está pasando? El Gobierno, los políticos, la civilidad, en general, no están dando una respuesta a la inseguridad ciudadana. En los años 80, cuando hubo terrorismo, tampoco reaccionaron y ahí la sociedad desde abajo hacia arriba reclamo orden" (Cfr. Víctor Andrés Ponce. "Declaraciones al diario *Perú.21*". En: diario *Perú.21*. Edición del 22 de junio de 2015, p. 5). Los datos que se consignan en el siguiente cuadro, correspondientes a una encuesta realizada por GFK, muestran que el margen de apoyo social a las propuestas de endurecimiento punitivo, como alternativa a la inseguridad ciudadana, formuladas por los políticos nacionales es bastante alto.

2. Nivel de apoyo social a medidas punitivas contra la inseguridad ciudadana

		NIVEL SOCIOECONÓMICO		
		NSE A/B	NSE C	NSE D/E
Cadena perpetua para asesinos de policías y violadores	95 %	95 %	95 %	94 %
Mejora de las condiciones de las comisarías	95 %	97 %	97 %	93 %
Mayor trabajo preventivo contra la delincuencia	94 %	98 %	95 %	93 %
Penas más duras para los delincuentes, sin ningún beneficio penitenciario	94 %	96 %	95 %	92 %
Treinta años de cárcel como mínimo para los asaltantes con armas	93 %	93 %	92%	94 %
Más policías en las calles	93 %	96 %	93 %	92 %

Que las Fuerzas Armadas salgan a las calles para ayudar a la policía	85 %	77 %	81 %	89 %
Eliminación del sistema 24 x 24 para la policía	61 %	72 %	64 %	57 %

FUENTE: Tomado y reelaborado de la encuesta nacional realizada por GFK sobre un total de 1267 personas a nivel urbano-rural. Resumen publicado en el diario *La República*. Edición del 20 de diciembre de 2015.

Lamentablemente, todo lo expuesto parece indicar que al menos en el futuro inmediato las políticas públicas contra la criminalidad tendrán la misma orientación en su diseño y contenido. En consecuencia, pues, cabe calificar de poco consistentes aquellas hipótesis que, sin mayor sustento empírico –desde lo económico, filosófico o político–, persisten en sostener que el mero mejoramiento, aún sensible, de los indicadores macroeconómicos o financieros producirán, necesariamente, la disminución, renuncia o abolición del uso excesivo y desproporcionado del *ius puniendi* estatal. Tampoco que esto último dependa, exclusivamente, de la tendencia ideológica de quien formula o implementa la política criminal. Como bien discierne LAMAS LEITE: "No se puede patrocinar una tesis más o menos simplista según la cual la concepción político-criminal de izquierda caminaba en el sentido de la descriminalización, al paso que la derecha era marcadamente penalizadora y que agravaba el carácter aflictivo de las sanciones. En Europa, las izquierdas tienen también un discurso punitivo y han sido responsables de alteraciones legislativas típicas del *punitive turn* de las que han sido señaladas. De hecho, estamos asistiendo a pretensiones neocriminalizadoras típicas de izquierda como la de la violencia de género" (Cfr. André Lamas Leite. "Nueva penología, *punitive turn* y Derecho Penal: *quo vadimus*? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna". En: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* N° 2. Abril de 2013, p. 23). En otros términos, la práctica del giro punitivo se ha hecho transversal a las ideologías contemporáneas del poder.

Efectivamente, la actual práctica legislativa en materia penal, como formalización o expresión de las políticas públicas contra la criminalidad, parece afinarse y practicarse con igual sesgo a la exageración e irracionalidad punitiva tanto en países centrales como en países emergentes o en vías de desarrollo. Diferentes estudios comparativos sobre esta materia ponen en evidencia tales características (Cfr. José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino

y Susana Soto Navarro. Editores. *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2005).

Ahora bien, en la búsqueda de una explicación a este alineamiento y simetría, autores como VOGEL atribuyen una responsabilidad relevante a los procesos de **evaluación multilateral o armonización legislativa.** Los cuales vienen acompañando, desde mediados de los años ochenta del siglo pasado, a diversos convenios internacionales de índole político-criminal. Estos instrumentos, de exigente eficacia vinculante, se constituyen en las guías y catálogos que prefijan estándares ineludibles para la construcción y aplicación de la legislación penal interna de los Estados, especialmente en relación con determinadas modalidades de criminalidad como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, la trata de personas, la corrupción o la financiación del terrorismo, etc. Según destaca el citado jurista alemán, "ante todo es la creciente internacionalización o regionalización, europeización por ejemplo, del Derecho penal y del Derecho procesal penal lo que fomenta el 'concurso de sistemas penales': Cuando se pretenden estándares cada vez más comunes para el Derecho penal y procesal penal de cada país y los sistemas penales nacionales se aproximan cada vez más, cuando estos cooperan cada vez más estrechamente para perseguir la delincuencia transnacional, entonces no cabe ya que ningún sistema penal nacional se recluya en un 'perfecto aislamiento'. Antes bien, la perspectiva comparada, que hasta ahora había permanecido en el marco teórico de la dogmática penal y procesal penal, adquiere un eminente sentido práctico y político: ¿Qué sistema penal es un buen contrincante, cual un aguafiestas, cual un completo 'miserable'? Esta presión competitiva y eventualmente reformista no puede ser en absoluto menospreciada, máxime si proviene de países fuertes como Estados Unidos" (Cfr. Joachim Vogel. "Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional". José Luis Díez Ripollés, Ana María Prieto del Pino y Susana Soto Navarro. Editores. *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada.* Ob. cit., p. 256). Una lectura propia de esta tendencia ha sido también expuesta por PÉREZ CEPEDA, quien la asocia a un paradigma de la seguridad que se expresa en la configuración y ejercicio normativo o práctico de lo que denomina los "espacios macrosecuritarios de tipo supraestatal" (Cfr. Ana Isabel Pérez Cepeda. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno.* Iustel. Madrid. 2007, p. 49 y ss.).

Con relación al Perú, basta con repasar los objetivos y estrategias contenidos en los planes nacionales contra el lavado de activos y la financiación del

terrorismo, la trata de personas, la corrupción o la estrategia nacional contra el tráfico ilícito de drogas, para identificar lo acertado de dicho diagnóstico.

II. CRIMINALIZACIÓN, SOBRECRIMINALIZACIÓN Y NEOCRIMINALIZACIÓN

Pero ¿qué caracteriza a una decisión político-criminal que se formaliza en una ley penal como criminalizadora, sobrecriminalizadora o neocriminalizadora?

Al respecto, históricamente las opiniones teóricas formuladas y los conceptos asignados parecen no haber alcanzado todavía un consolidado consenso. Es más, las divergencias entre los enfoques o contenidos propuestos se remontan, incluso, a la doctrina clásica que se ha ocupado del tema desde mediados del siglo pasado (Cfr. Fritz Sack. "Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der Labeling Approach". En: *Kriminologisches Journal* N° 4. 1972, p. 3 y ss.; Heinz Zipf. *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch.* Heiderberg-Karlsruhe. 1980, p. 111 y ss.; Conseil de L'Europe. *Rapport sur la Decriminilization.* Strasbourg. 1980; Georges Levasserur. "Le probleme de la Depenalisation". En: *Archive de Politique Criminelle* N° 6, p. 53 y ss.; Lola Aniyar de Castro. "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 14.1981, p. 345 y ss.).

Ahora bien, es evidente que la criminalización, la sobrecriminalización y la neocriminalización constituyen decisiones políticas conexas y frecuentes en la reacción que adoptan y aplican los Estados contra la criminalidad. En tal sentido, una primera aproximación a sus características y diferencias debe partir de sus relaciones de identidad. En efecto, en todas ellas subyace un objetivo común, que es la prevención y el control penal de conductas sociales que se valoran como negativas, perjudiciales o disfuncionales a los estándares colectivos de convivencia, legitimidad y tolerancia. Todas cumplen un mismo rol prohibicionista y sancionador de tales actos a los que descalifican otorgándoles la condición de delictivos y punibles. Sin embargo, entre ellas hay diferencias que responden a factores de oportunidad, intensidad y selección. Esto es, si bien todas son respuestas represivas del Estado para con el delito, el significado y los alcances de todas ellas no son los mismos. En efecto, la criminalización opera siempre como un género o antecedente que sirve de soporte para la configuración de modalidades derivadas o especiales como la sobrecriminalización y la neocriminalización. Estas últimas, pues, se formulan y formalizan como un complemento o una especialidad de aquella. Por consiguiente, podemos conceder a cada una de ellas las siguientes nociones operativas:

- **Criminalización:** Concretamente, criminalizar es decidir que una conducta social lícita y tolerada pase a formar parte de lo ilícito penal y, por tanto, que se penalice su ejecución a la vez que se considere delincuente a su autor. Con el lenguaje criminológico de los interaccionistas equivaldría al acto político de **"pegar las etiquetas"** de lo criminal y extender los límites de lo penal. Una decisión criminalizadora, por ejemplo, fue la que incorporó al Código Penal el delito de minería ilegal con el Decreto Legislativo N° 1004 (Cfr. artículo 307-A). Otro ejemplo reciente lo encontramos en la Ley N° 30407 sobre protección y bienestar animal, que ha introducido también en nuestra legislación penal fundamental el delito de abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres (Cfr. artículo 206-A).
- **Sobrecriminalización:** Se expresa como medidas complementarias que intensifican la punibilidad y punición de una conducta criminalizada. Es decir, inciden en potenciar el efecto punitivo que debe recaer como consecuencia negativa sobre el delito. Este tipo de decisiones político-criminales tienen la función de hacer más severa la represión de un hecho punible mediante disposiciones que acentúan su persecución penal o que inciden en la intensidad de las sanciones penales aplicables o en la mayor rigidez del régimen de ejecución penal que le corresponde. Son modalidades frecuentes de sobrecriminalización las siguientes:

  1. Modificar cualitativa o cuantitativamente la pena del delito haciendo más grave su extensión y efectividad.
  2. Incorporación o extensión de la pena de muerte o de prisión perpetua.
  3. Suprimir para el acto criminalizado todo tipo de flexibilización punitiva (aplicación de medidas alternativas o efectos prémiales) o de reducción del cumplimiento de penas (prohibición de toda clase de beneficios procesales o penitenciarios de excarcelación).
  4. Incorporación de circunstancias agravantes específicas.
  5. Inclusión de circunstancias agravantes cualificadas.
  6. Eliminación de circunstancias atenuantes privilegiadas.
  7. Ampliación diferenciada de los plazos de prescripción de la acción penal o de la pena.
  8. Declarar la imprescriptibilidad de los delitos y penas.
  9. Reducir la edad mínima de la capacidad penal o imputabilidad etárea.

10. Constitución de tribunales de excepción.
11. Juzgamiento de delitos y delincuentes comunes por tribunales militares.
12. Prohibición de acceso a procesos constitucionales de la libertad como el hábeas corpus.

La experiencia histórica del Derecho Penal peruano ha conocido la aplicación concreta de todas estas modalidades y tanto en el contexto de gobiernos de facto o de los elegidos por voluntad popular (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Derecho Penal y política. Política penal de la dictadura y la democracia en el Perú*. Eddili. Lima. 1990, p. 51 y ss.; del mismo: *Código Penal. Estudio preliminar, legislación, jurisprudencia e índices*. Palestra Editores. Lima. 2011, p. 25 y ss.). Ejemplos recientes de sobrecriminalización son la Ley N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado y la Ley N° 30304, que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por delitos de colusión y peculado. Pero también el Decreto Legislativo N° 1229, que excluye la aplicación de la vigilancia electrónica personal para condenados por determinados delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Así como el Decreto Legislativo N° 1204, que incrementó las penas del delito de pandillaje pernicioso previsto en el artículo 148-A del Código Penal.

- **Neocriminalización:** Estas decisiones están vinculadas a una noción de igualdad en la incidencia del control penal, ya que se realizan mediante la criminalización de conductas que se valoran como socialmente negativas pero que solo pueden ser practicadas desde los estratos de poder económico, político o tecnológico. Esto es, con ellas se busca sancionar penalmente modalidades sofisticadas de abuso de poder como los denominados delitos de empresa o de cuello blanco, la compleja cibercriminalidad o el encubierto espacio de los crímenes de Estado.

  El Código Penal de 1991 desarrolló una clara tendencia neocriminalizadora al incluir, por ejemplo, delitos financieros y contra el medio ambiente (Cfr. Títulos X y XIII). Reformas posteriores han incorporado delitos contra los derechos humanos (Cfr. Ley N° 26926) y delitos informáticos (Cfr. Ley N° 30096). Pero también en la actualidad se ubican procesos de neocriminalización a partir de enfoques de género (Cfr. Andrés Quinteros y Pablo Carbajosa. "Intervención psicosocial con personas que ejercen violencia de género". *Victimología 8. Violencia familiar-conyugal*. Encuentro Grupo Editor. Córdoba. 2010, p. 59 y ss.). Esto es, que buscan contrarrestar las prácticas abusivas y de violencia contra las mujeres y que se

han manifestado en el Perú con la criminalización del feminicidio (Cfr. artículo 108-B), a través de la Ley N° 30068, la punibilidad del acoso sexual (Cfr. artículo 176-B) que aportó el Decreto Legislativo N° 1410 y la Ley N° 30314 (Cfr. artículos 1 al 6) y las reformas introducidas en los delitos de lesiones, omisión de actos funcionales o denegatoria de apoyo policial por la Ley N° 30364 (Cfr. primera disposición complementaria modificatoria).

Cabe agregar que la experiencia internacional y nacional muestra que, frecuentemente, las razones que inducen a un Estado a decidir criminalizaciones, sobrecriminalizaciones o neocriminalizaciones son mayormente coyunturales. La controvertida Ley N° 30336, del 30 de junio de 2015, que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para legislar en materia de seguridad ciudadana, la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado, permite vislumbrar desde su génesis y articulado igual orientación político-criminal (Cfr. artículo 2).

En este contexto, desde la teoría criminológica y penal se formulan reiteradas recomendaciones de orden estratégico (mejor información para el planeamiento de una política criminal preventiva) o táctico (mejor aplicación de la política criminal represiva), para promover el uso racional del poder punitivo que ellas contienen. Sin embargo, en atención a lo que se ha expuesto anteriormente, todo parece indicar que la política criminal contemporánea continuará priorizando exclusivamente opciones legales de criminalización, sobrecriminalización y neocriminalización. Ahora bien, son tres los efectos disfuncionales generados por el uso permanente y desmedido de esta clase de política criminal. El primero se manifiesta como una incontenible "inflación penal". El segundo se concreta en un fortalecido hacinamiento carcelario. Y el tercero radica en la notable ineficacia que suelen demostrar los indicadores cualitativos y cuantitativos que emergen de los diversos procedimientos de evaluación y retroalimentación que se aplican a este tipo de decisiones. Efectivamente, estos datos empíricos revelan constantemente, tanto en las estadísticas de criminalidad como en las encuestas de victimización que se difunden a nivel mundial, regional o nacional, que la criminalidad organizada y violenta mantiene un crecimiento sostenido. En otros términos, que incrementar los delitos y las penas o sobrepoblar inhumanamente las cárceles no evita el delito ni detiene la delincuencia.

Y paralelamente a tales efectos, se detecta, también, con mayor incidencia en los países periféricos sudamericanos, una evidente apatía del Estado por conocer la realidad criminal de cada sociedad. Lo cual, para muchos, constituye

una variable condicionante que explica, en gran medida, el predominio y predilección de las políticas públicas criminalizantes. Es más, a estas constataciones y actitudes cabe agregar también un componente psicosocial edificado con base en una consolidada sensación de inseguridad ciudadana y que es manipulado activamente desde diferentes sectores sociales (medios de prensa, partidos políticos y otras organizaciones de la sociedad civil) como un instrumento importante de influencia, que valida y amplía las políticas de **giro punitivo** contra la delincuencia. Por ello, no resulta infrecuente que muchas medidas de sobrecriminalización hayan sido formuladas, requeridas o asimiladas como "adecuadas o indispensables" por sectores importantes de la población. Lo cual quedó también evidenciado con la notable "validación ciudadana" que mereció de antes mencionada e inédita **declaración de un estado de emergencia contra la delincuencia** en el Callao.

Todas estas variables e indicadores nos permiten ratificar, pues, la percepción de que nuestro momento histórico se caracteriza no solo por la presencia transversal de la criminalidad, sino también por el despliegue internacional o internacionalización de una política criminal de orientación hiperrepresiva. Como destaca ITURRALDE, es evidente que en el presente, tal vez con mayor intensidad que en cualquier otro contexto histórico, no solo hay un efecto global económico, sino también punitivo. Sin embargo, lo que caracteriza a nuestra realidad con proyecciones preocupantes de futuro es que "las respuestas penales se preocupan cada vez más por los efectos del crimen (bien sea para prevenirlos, minimizarlos o castigar duramente a sus autores) que por sus causas" (Cfr. Manuel A. Iturralde. "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías". Ob. cit., p. 114 y ss.). Esto último resultaba poco imaginable y abiertamente contrario al núcleo duro de los programas garantistas que prevalecieron en los modelos críticos del Derecho Penal de mediados de los años setenta del siglo anterior, y que, además, se proyectaron exitosamente en la mayoría de los códigos penales iberoamericanos de la época.

Resulta, pues, hoy por hoy, sumamente común que en las nuevas leyes penales se haga un uso desmedido, aunque socialmente legitimado, de un "derecho penal de función simbólica". Ese de excesos y fraudes que tanto denunció y rechazó HASSEMER, por ser "capaz, a corto plazo, de echar por tierra los esfuerzos de mucha décadas por conseguir un derecho penal equilibrado y moderno" (Winfried Hassemer. *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch. Barcelona. 1984, p. 95).

Inseguridad ciudadana y justicia penal en el Perú[2]

I. SOBRE LA INSEGURIDAD CIUDADANA

Comenzaremos señalando que la inseguridad ciudadana es en la actualidad una problemática transversal y común de los países latinoamericanos. No se trata, pues, de un suceso focal o aislado que se presenta o agudiza únicamente en el Perú. Las experiencias recientes de Colombia, México, Brasil o El Salvador nos muestran que este fenómeno contemporáneo posee una efectiva a la vez que dinámica capacidad de inserción y extensión en nuestras sociedades, lo que ha promovido, en las dos últimas décadas, el surgimiento de diferentes enfoques y estudios que han procurado explicar su etiología, efectos y experiencias de control. Al respecto, es relevante lo señalado por KESSLER, quien afirma que "ni la alta tasa de delitos ni la preocupación social aparecieron de repente" (Gabriel Kessler. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2011, p. 72). En efecto, sus orígenes parecen vislumbrarse en el pasado inmediato de la región, ligado a procesos transicionales, de consolidación democrática y de aguda crisis social que han experimentado, en mayor o menor dimensión, varios países latinoamericanos. Sin embargo, lo significativo en el presente es que el problema de la inseguridad ha ido adquiriendo un repentino dinamismo e intensidad que para muchos se ha tornado incontrolable.

En segundo lugar, es pertinente recordar, en torno a su naturaleza, que la inseguridad ciudadana ha sido generalmente entendida e identificada como un

(2) Publicado originalmente en: *LEX. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas.* Año XII, N° 14, Lima, 2014, pp. 135-159.

sentimiento o como una percepción de temor, que experimenta y que internaliza un colectivo social de poder ser una víctima potencial o real de un delito. Y, especialmente, de modalidades de criminalidad violenta como los homicidios, los robos, los secuestros, las extorsiones o las violaciones de la libertad sexual. Como destacan RICO y CHINCHILLA: "Desde hace más de dos decenios, el tema de la inseguridad ciudadana constituye uno de los principales problemas sociales de casi todos los países de América latina, cuyos ciudadanos están hondamente preocupados por fuertes incrementos de las tasas de criminalidad –en particular de los delitos violentos–, se sienten cada vez más inseguros en sus personas y bienes, y expresan su insatisfacción con respecto a la respuesta estatal ante el fenómeno delictivo" (José María Rico y Laura Chinchilla. Seguridad ciudadana en América Latina. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2002, p. 5).

Un tercer aspecto que también cabe precisar es que las principales consecuencias psicosociales y políticas que resultan de la inseguridad ciudadana se expresan como reacciones de crítica y pérdida de credibilidad que se activan entre la población contra los poderes del Estado, a los cuales se imputa el negativo estado de cosas y a quienes se exige acciones inmediatas y drásticas contra la delincuencia. Esto último es captado y procesado por las agencias oficiales como oportunidades de mostrar una actitud decidida y firme contra la delincuencia, a través de coyunturales y rápidas reformas políticas y legales de tendencia sobrecriminalizadora y simbólica, de cuya razonable ineficacia se suele, luego, culpar con mayor frecuencia a la incapacidad o inconsecuencia de determinados sectores públicos como la Policía, el Ministerio Público o el Poder Judicial. En efecto, como lo evidencian diferentes estudios empíricos, "en lo atinente a las consecuencias políticas, la criminalidad y el sentimiento de inseguridad suelen originar presiones de la población sobre las autoridades públicas con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema. Estas presiones suelen concretarse en exigencias de medidas más represivas. Tanto en el plano legal (aumento de las penas, instauración de la pena de muerte), como en el plano policial (otorgamiento de más amplios poderes a los cuerpos policiales) y hasta el parapolicial (actuación de grupos armados similares a los tristemente famosos escuadrones de la muerte), así como en el recurso a operativos policiales de 'limpieza social' mediante la ejecución de redadas o la imposición del 'toque de queda' para neutralizar la acción de pandillas juveniles, o al patrullaje conjunto ejército-policía. Asimismo, ante la ineficiencia de la reacción estatal, se están dando casos alarmantes de recurso a una justicia de 'mano propia' con (...) elevado número de linchamientos populares. Todo esto conlleva aspectos impropios de una

sociedad democrática y representa un serio peligro para la consolidación de un Estado de Derecho" (José María Rico y Laura Chinchilla. *Seguridad ciudadana en América Latina*. Ob. cit., pp. 40-41).

La realidad descrita es compatible en muchos aspectos con lo que viene aconteciendo en el Perú emergente del tercer milenio, incluyendo el desborde de los efectos negativos mencionados, así como también la difundida actitud de los sectores sociales y políticos del país de asociar constantemente el incremento visible de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana con continuas disfunciones de la praxis policial, fiscal o judicial. Es más, a sus órganos estratégicos u operativos no solo se les descalifica por ineficientes, sino que también se les considera inoperantes y hasta penetrados por la corrupción. Sin embargo, un examen aproximativo de la etiología de la inseguridad ciudadana requiere evaluar otros aspectos estructurales que identifiquen de modo más integral el actual contexto situacional donde ella se manifiesta. No es, pues, suficiente explicarla solo a partir de las malas prácticas del control de la criminalidad que se suelen atribuir a los operadores del sistema penal o al mero incremento cuantitativo de las encuestas de victimización a cuyos resultados, siempre alarmantes, acceden cada vez con mayor frecuencia e interés una gran mayoría de peruanos. Como tampoco lo sería el proceder desconociendo la concurrencia episódica de buenas prácticas y desarrollos jurisprudenciales que ha producido la judicatura penal nacional en la última década, para entender mejor la estructura y operatividad de la criminalidad violenta y organizada. Sobre todo en la actual coyuntura que se ve caracterizada por la reciente puesta en vigor de la Ley N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado.

En efecto, un enfoque coherente del significado de la inseguridad ciudadana en nuestra sociedad demanda revisar e integrar otros componentes económicos, culturales y sociológicos que definen la realidad peruana del presente, como son la informalidad y la presencia de flujos constantes de riqueza de origen ilegal. Al respecto, es importante tener en cuenta lo señalado por los especialistas, quienes destacan que se ha "demostrado, más allá de cualquier duda razonable, que el relieve que hoy se atribuye a la criminalidad y a los peligros que amenazan la incolumidad física de los individuos y sus haberes está íntimamente conectado con el sentimiento de precariedad y procede en simultáneo con la desregulación económica" (Roberto Cornelli. *Miedo, criminalidad y orden*. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2012, p. 235). Por consiguiente, trataremos, pues, a continuación, de ensayar una perspectiva y un balance puntual de la criminalidad e inseguridad ciudadana en el Perú con base en la visibilización de tales aspectos, los cuales han

permanecido por mucho tiempo alejados del interés de la escasa criminología aplicada nacional. Especialmente, porque consideramos necesario identificar qué factores económicos, psicosociales y políticos son los que inciden y condicionan las manifestaciones y características relevantes que ha adquirido la criminalidad organizada y violenta, así como la inseguridad ciudadana en un país de economía emergente como el Perú.

II. INSEGURIDAD CIUDADANA E INEFICACIA DEL CONTROL PENAL

La presencia transversal de la criminalidad y la inseguridad ciudadana en el Perú no puede interpretarse solo como creaciones mediáticas o de "criminología mediática", como diría ZAFFARONI (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *La cuestión criminal.* 3ª edición. Grupo Editorial Planeta. Buenos Aires. 2012, p. 215 y ss.), o mostrarían, sobre la realidad española, las sólidas investigaciones realizadas en este dominio por el Observatorio de la Delincuencia en Andalucía (Cfr. Elisa García España y Fátima Pérez Jiménez. *Seguridad ciudadana y actividades policiales.* Observatorio de la Delincuencia en Andalucía. Málaga. 2005, p. 175 y ss.).

Lamentablemente todo apunta a que se trata de una contrastable realidad, la que en el presente tiende a potenciarse o extenderse de manera dinámica y diversificada (Cfr. IDL. *Seguridad ciudadana. Informe Anual 2013. Crisis política, temores y acciones de esperanza.* Instituto de Defensa Legal. Lima. 2013, p. 11 y ss.; Augusto Townsend K. "Lo que implica la inseguridad". Suplemento Día 1. Diario *El Comercio.* Edición del 19 de mayo de 2014, p. 2). Y, como una consecuencia primaria y directa de tal problemática, se ha producido un esperado efecto político que se expresa en la masiva descalificación que los actores sociales aplican sobre el Estado y los poderes públicos que lo representan (Cfr. Raúl Ferrero. "Poderes del Estado ¿cuestionados?". En: diario *El Comercio.* Edición del 7 de julio de 2014, p. A25). Esta disconforme actitud ciudadana también se manifiesta en recientes encuestas de opinión, que muestran una sensible caída en la aprobación de la gestión del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Más grave aún, en una encuesta nacional urbana de GfK, realizada en mayo de 2014, el 74 % de la población entrevistada señaló que el Gobierno **"no combate la delincuencia** y el 78 % indicó que lo poco que hace el Estado en ese dominio está **"muy mal"** (Cfr. *Encuesta GfK. Encuesta nacional urbana de mayo de 2014. Resultados del estudio de opinión preparado por GfK*, pp. 11-12).

Ahora bien, los pocos estudios criminológicos o criminalísticos, así como las aún dispersas estadísticas oficiales que circulan en el país, suelen también dar la razón a la percepción ciudadana de inseguridad y de clara tendencia al crecimiento que tienen actualmente la criminalidad violenta y la criminalidad productiva o emergente en el Perú. Algunos cuadros nos grafican esta tendencia, a partir de datos relacionados al número de internos delincuentes y de menores infractores de la ley penal que están sujetos a sanciones privativas de libertad. En efecto, en torno a la prevalencia de internos cumpliendo penas privativas de libertad por delito cometido, en los centros penales a nivel nacional, el estándar mayor corresponde a condenados por delitos violentos (violación, robo, extorsión, secuestro y homicidio) y le sigue el tráfico ilícito de drogas. La mismas líneas cuantitativas y cualitativas por frecuencia delictiva, son detectadas en el caso de menores con medidas socioeducativas de internación en los albergues tutelares del país.

PREVALENCIA DE PERSONAS RECLUIDAS EN EL PERÚ POR DELITOS ASOCIADOS A LA INSEGURIDAD CIUDADANA (A DICIEMBRE 2013)

Delito	Total	Procesados	Sentenciados
Total general	67,597	36,670	30,927
Robo con agravantes	20,895	11,980	8,915
Tráfico ilícito de drogas	16,526	9,238	7,288
Violación sexual y actos contra el pudor	12,358	5,170	7,188
Homicidios simples y calificados	4,000	1,978	2,022
Hurto agravado	3,262	2,048	1,214
Tenencia ilegal de armas	1,879	1,204	675
Secuestro	798	364	434
Extorsión	798	527	271
Incumplimiento de la obligación alimentaria	771	327	444
Lesiones graves	699	372	327
Delito de terrorismo	545	246	299
Otros delitos	5,066	3,216	1,850

Fuente: Unidad de estadística del INPE.

PREVALENCIA DE MENORES INTERNOS EN EL PERÚ POR DELITOS ASOCIADOS A LA INSEGURIDAD CIUDADANA (2008-2012)						
Materias	2008			2012		
	Cerrado	Abierto	Total	Cerrado	Abierto	Total
Total	**2,523**	**1,603**	**4,126**	**3,497**	**1,704**	**5,201**
Tenencia ilegal de armas	24	16	40	89	26	115
Tráfico ilícito de drogas	137	29	166	215	68	283
Hurto (variantes)	298	202	500	422	238	660
Robo - robo agravado	1,218	764	1,982	1,818	779	2,597
Lesiones (variantes)	87	129	216	123	146	269
Violación sexual	464	200	664	517	216	733
Homicidio (variantes)	174	49	223	185	48	233
Secuestro	7	4	11	8	3	11
Pandillaje	59	36	95	52	39	91
Otros	55	174	229	68	141	209

Fuente: Poder Judicial - Gerencia de Centros Juveniles.

Sin embargo, como resaltan los criminólogos nacionales, estas estadísticas y tendencias solo ratifican la visibilidad preeminente de una criminalidad convencional y violenta pero siempre fracasada. Esto es, en ellas no se identifica la coexistencia de formas no convencionales de criminalidad organizada exitosa como la vinculada a delitos de lavado de activos, trata de personas o minería ilegal. Lo que se detecta en realidad, según JARIS MUJICA, es "una gran concentración en un número limitado de delitos que parecen no estar relacionados directamente con el crimen organizado o con el desarrollo de sistemas complejos, sino con la violencia estructural, el pequeño delito y la violencia cotidiana" (Declaraciones de Jaris Mujica. Director del Laboratorio de Criminología Social del Departamento de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Al otro extremo, y para poder entender el nivel de desempeño que en torno a la realidad descrita ha instrumentalizado el Estado a través del sistema

penal, analizaremos únicamente la actividad de la judicatura penal, ya que ella concentra y realiza las principales funciones materiales del *ius puniendi,* como son emitir fallos de condena y, sobre todo, determinar e imponer penas legales y justas. Al respecto, para desarrollar un examen en lo posible sistemático e integral, cabe plantear y resolver tres preguntas conectadas entre sí: ¿qué ha hecho, qué no ha hecho y qué puede realmente hacer la judicatura penal peruana en torno al crecimiento de la criminalidad organizada y violenta, así como en relación al arraigo psicosocial de la inseguridad ciudadana en nuestra población? En otros términos, qué indicadores contrastables del desempeño de los jueces penales les hacen, en mayor o en menor medida, responsables de que la mayor parte de la ciudadanía peruana tenga miedo a ser víctima de delitos. Pero también cuáles inciden en que ella se sienta desamparada por la ineficiencia y desinterés de sus autoridades y que, además, opte por procurar y aplicar sus propios medios de seguridad (colocación de videocámaras, alarmas electrónicas, servicios particulares de guardianías, seguros domiciliarios, etc.), llegando, incluso, en no pocos casos, a ejercitar prácticas directas de **autojusticia**, como suele ocurrir en determinadas localidades del país como Cajamarca, San Martín, Puno o Junín. Estas actitudes hacen notoria la desconfianza hacia el Estado y dañan "el tejido social para el desarrollo económico y político", como advierte CHAPARRO (Cfr. Hernán Chaparro. "La ciudad y los perros". En: diario *La República.* Edición del 1 de junio de 2014, p. 2).

Al respecto, es necesario comenzar destacando que el Poder Judicial ha mantenido, al menos en la última década, una expresa voluntad institucional por procurar estar a la altura de las sensibles funciones y competencias que para reprimir la delincuencia violenta y organizada le fija la legislación penal vigente. Al menos en un plano declarativo así lo han comunicado sus principales autoridades y órganos estratégicos. Por ejemplo, en el primer trimestre de 2014 el presidente del Poder Judicial declaraba a los medios de prensa lo siguiente: "La población puede estar tranquila porque los jueces están respondiendo a las necesidades de la sociedad frente al incremento de la delincuencia (...). Los jueces han endurecido drásticamente las condenas a los delincuentes (...). La cifra de sentencias que imponen penas mayores a siete años de prisión se han incrementado en un 50 % (...). Ya no existe aquella figura en que un delincuente se amparaba en los beneficios penitenciarios para recuperar su libertad a los dos o tres años de haber sido condenado a cárcel efectiva, eso ya no ocurre y es trabajo del Poder Judicial (Declaraciones del presidente del Poder Judicial Enrique Mendoza Ramírez en el portal web del Poder Judicial, publicadas el 28 de febrero de 2014).

Sin embargo, las estadísticas sobre una operatividad judicial penal eficiente, al menos en los últimos años, parecen indicar una realidad muy diferente de la que anuncian sus cuadros orgánicos. Esto es, los datos oficiales del propio Poder Judicial tienden a demostrar que el desempeño efectivo y analítico de los jueces penales expresa, en una gran mayoría de casos concretos, notorias deficiencias al momento de condenar y sancionar debidamente a la criminalidad violenta u organizada. Lo que conlleva reconocer que, de momento, en la **praxis** jurisdiccional aún hay una brecha importante entre querer y poder cumplir con los estándares que la ley fija para el tratamiento penal del delito y de los delincuentes. Esta constatación empírica disfuncional motiva múltiples consecuencias negativas para la institución judicial. En especial, que la expectativa social y la clase política se sientan frustradas reiteradamente. Es decir, que interpreten y difundan que los jueces no hacen lo que deben hacer en favor de un control efectivo de la criminalidad. O, lo que es institucionalmente más dañino aún, que se generalice e internalice entre la población, mediante los medios de comunicación social y desde otros poderes públicos un mismo discurso "prejuiciado" que atribuye a los órganos judiciales incompetencia o corrupción.

Algunos datos empíricos pueden ser útiles para comprender mejor las dimensiones de la imagen negativa que, a partir de la inseguridad ciudadana y del crecimiento de las tasas de criminalidad, se cierne sobre el Poder Judicial desde su entorno psicosocial y político.

De hecho, y en términos puntuales, es notorio que las encuestas muestran que la población peruana no ve al Poder Judicial como una institución pública que realmente combata la delincuencia y la inseguridad ciudadana. Esto es, que sus operadores jurisdiccionales actúen ante tales problemas acuciantes de la realidad del país con eficacia y acierto. En ese contexto, por ejemplo, las críticas más agudas se suelen estructurar a partir de **doce prácticas negativas** que se atribuyen comúnmente a los jueces y que en su mayoría pueden ser verificables empíricamente. La ciudadanía considera que son ellas las que fortalecen la inseguridad ciudadana a la vez que amparan la impunidad de la delincuencia. A continuación haremos un listado de las mismas con base en su prevalencia psicosocial:

1. Predominio de condenas a penas privativas de libertad de eficacia suspendida (suspensión de la ejecución de la pena).
2. Aplicación benevolente y al margen de la ley de penas leves por desconocimiento o corrupción.
3. Ausencia de aplicación de penas restaurativas o reparadoras como la prestación de servicios a la comunidad.

4. Prevalencia de una ideología de exceso garantista a favor del delincuente y en perjuicio de los intereses de las víctimas.
5. Altos registros de absoluciones o sobreseimientos por delitos graves con ausencia de motivación o con motivación aparente.
6. Frecuentes excarcelamientos inesperados y no justificados de personas detenidas por la policía y el Ministerio Público en flagrancia o con la calidad de habituales o reincidentes.
7. Aplicación indebida de mandatos de comparecencia o de variación a comparecencia restringida.
8. Dilación escandalosa de procesos seguidos a organizaciones criminales y que luego generan la libertad de los procesados por cumplirse el plazo legal o un plazo razonable de prisión preventiva.
9. Menosprecio valorativo de la prueba indiciaria en delitos de criminalidad organizada.
10. Aplicación escasa o sesgada de las normas y procedimientos regulados en el Nuevo Código Procesal Penal para juzgar a la criminalidad organizada.
11. Concesión irregular de beneficios penitenciarios.
12. Ausencia de procesamiento y aplicación de sanciones penales a personas jurídicas involucradas con el crimen organizado.

De todas ellas solo nos interesa examinar la consistencia de tres. Se trata de aquellas que resultan ser las más recurrentes en los sondeos de opinión y que, a la vez, resultan calificadas como las más comprometidas con la internalización masificada de la inseguridad ciudadana. En concreto, nos referimos a aquellos cuestionamientos que aluden a una alta tasa de penas privativas de libertad que se imponen con ejecución suspendida, a la constante aplicación de penas leves o benignas, y a la excarcelación frecuente de personas que fueron detenidas en condición de flagrancia o que tenían la condición de reincidentes o habituales. Cabe señalar que al menos las dos primeras tienen una conexión muy directa con la determinación judicial de la pena.

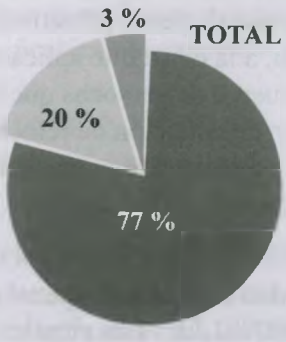
Por lo demás, desde una perspectiva psicosocial, filosófica o política, la conexión entre inseguridad ciudadana y efectividad de la sanción penal es plenamente compatible, como lo ha destacado CORNELLI: "Los rituales penales se construyen en torno a los sentimientos que pretenden ordenar; las audiencias judiciales se estructuran de modo tal de permitir representar y evocar

emociones como el respeto a la ley y el odio al criminal, que sirven para descargar elementos agresivos. Las instancias punitivas encuentran un lugar para expresarse en las vistas judiciales y el juicio penal asume un rol simbólico central en la contención del miedo y en la afirmación del orden" (Roberto Cornelli. *Miedo, criminalidad y orden*. Ob. cit., p. 328).

Al respecto, los datos estadísticos apuntan a reconocer que las tres opciones críticas que hemos elegido para nuestro análisis son en gran medida fundadas. En efecto, ellas encuentran un respaldo empírico en diferentes fuentes cuantitativas. Es más, las propias estadísticas oficiales del Poder Judicial también las validan. Por ejemplo, en torno al volumen excesivo de penas privativas de libertad que son impuestas con carácter suspendido, así como a la recurrencia ilegal a penas leves o de extensión benigna, las fuentes judiciales consultadas registran los siguientes datos: solo entre los meses de enero a noviembre de 2013 se pronunciaron en el país 58,513 condenas a penas privativas de libertad. Ahora bien, de ese total, 44,889 condenas, esto es, alrededor del 77 % de los casos, fueron a penas suspendidas. Pero, además, esta información también indica que similar porcentaje de fallos condenatorios supuso la imposición de penas privativas de libertad con una extensión no superior a los cuatro años. Aunque cabe precisar también que en ese periodo, se detectó un escaso 20 %, equivalente a 12,060 condenas, donde la judicatura impuso penas privativas de libertad con cumplimiento efectivo, incluyendo 100 casos en los cuales la pena fue de cadena perpetua. Por consiguiente, las dos primeras disfunciones observadas resultan, preocupantemente, verificadas con las líneas de frecuencia descritas.

PREVALENCIA DE PERSONAS CONDENADAS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD SUSPENDIDAS

(ENERO-NOVIEMBRE 2013. SOBRE UN TOTAL DE 58,513 CONDENADOS)



Pena suspendida
Pena efectiva
Otras

PENA	TOTAL
Pena suspendida	44,889
Pena efectiva (incluye 100 condenas a cadena perpetua)	12,060
Otras (multas, prestación de servicio a la comunidad, etc.)	1,564

Fuente: Poder Judicial.

Ahora bien, para examinar la tercera disfunción atribuida a la justicia penal nos remitiremos a los reportes estadísticos emitidos por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). En ellos también encontramos guarismos y porcentajes preocupantes sobre la excarcelación de reincidentes o habituales, así como de los liberados al poco tiempo de habérseles decretado prisión preventiva. En este último supuesto, podría tratarse de excesos jurisdiccionales recaídos en quienes son identificados en el argot penitenciario como los PPG o "Presos por gusto". Al respecto, las estadísticas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre la aplicación del Código Procesal Penal de 2004 señalan que entre julio de 2006 y setiembre de 2013 se formularon 21,846 requerimientos fiscales de prisión preventiva y que los jueces declaran fundados 17,913, lo que equivale al 82 % del total. En ese contexto, el INPE informa que sólo en el mes de diciembre de 2013 fueron liberadas 1671 personas y de las cuales 439, equivalentes al 31 % de los casos, tenían más de un ingreso carcelario. En consecuencia, la tercera crítica es también, en gran medida, corroborable.

PREVALENCIA DE PERSONAS LIBERADAS POR DISPOSICIONES JUDICIALES CON MÁS DE UN INGRESO CARCELARIO (SÓLO EN DICIEMBRE DE 2013 SOBRE UN TOTAL DE 1,671 RECLUSOS)

TIPO DE LIBERTAD	TOTAL	NÚMERO DE INGRESOS AL PENAL										TOTAL (R)	TOTAL % (R)
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	13		
Totales	1,671	1,232	283	80	35	14	13	4	3	5	2	439	100 %
Comparecencia restringida	248	217	21	7	0	1	2	0	0	0	0	31	7 %
Absolución	285	211	50	9	6	1	3	1	2	2	0	74	17 %
Suspendida condicional	185	142	28	8	5	1	1	0	0	0	0	43	10 %
Suspendida en su ejecución	56	50	4	1	0	0	0	1	0	0	0	6	1 %
Cese de medida de internamiento "comparecencia"	75	61	11	2	1	0	0	0	0	0	0	14	3 %
Sobreseimiento	36	32	4	0	0	0	0	0	0	0	0	4	1 %

Libertad inmediata	43	29	9	2	1	0	2	0	0	0	0	14	3 %
Arresto domiciliario	39	31	7	0	0	1	0	0	0	0	0	8	2 %
Otro tipo de libertad	232	163	48	14	4	1	2	0	0	0	0	69	15 %
Pena cumplida con rendición	170	92	35	22	10	5	2	1	0	2	1	78	18 %
Pena cumplida	164	94	43	10	8	4	1	1	1	1	1	70	16 %
Semilibertad	103	86	15	2	0	0	0	0	0	0	0	17	4 %
Liberación condicional	35	24	8	3	0	0	0	0	0	0	0	11	3 %

Fuente: Unidad estadística del INPE.

A partir, pues, de las constataciones realizadas, resulta razonable sostener la hipótesis de que a las agencias oficiales de prevención y control de la criminalidad, entre ellas el Poder Judicial, les corresponde una cuota sensible de responsabilidad en la internalización de las percepciones de inseguridad ciudadana y de ineficacia estatal para reprimir la delincuencia violenta y organizada. Esto es, que no vienen cumpliendo un rol decisivo en el control del delito, por lo que se demanda de ellas acciones idóneas para corregir su actual desempeño (Cfr. Oscar Valdés Dancuart. "Los retos en seguridad ciudadana". En: diario *El Comercio*. Edición del 29 de junio de 2014, p. A 20; Gino Costa. "Sugerencias para una política de seguridad". En: diario *El Comercio*. Edición del 28 de julio de 2014, p. A11).

Sin embargo, no es posible soslayar de un análisis objetivo, los aportes e iniciativas que en los últimos siete años también ha promovido el Poder Judicial para revertir el alto grado de desconfianza social que lo afecta. Lo lamentable es que aún la judicatura no ha logrado hacer conocer a la población tal actitud y prácticas proactivas. Y en este encubierto escenario están integradas importantes **líneas de acción positivas** que son compatibles con los programas oficiales y multisectoriales de control y represión de la criminalidad violenta u organizada. De ellas consideramos pertinente referirnos a las siguientes:

1. **La elaboración y remisión al Congreso de la República de un Proyecto de Ley que sirvió para la elaboración de la Ley N° 30076 Ley Contra la Inseguridad Ciudadana.** Este documento reformuló e innovó normas penales, procesales, penitenciarias y relativas a medidas socioeducativas de internación. Además, de este Proyecto surgió el nuevo modelo de determinación judicial de la pena que hará posible que, en adelante, toda pena que imponga un órgano jurisdiccional sea predecible, motivada y justa.

2. **Se han redactado múltiples acuerdos plenarios sobre aspectos controvertidos de las normas penales relacionadas con la criminalidad violenta y organizada**. Entre ellos cabe destacar los referentes a la configuración de reglas para la mejor aplicación de las disposiciones sobre reincidencia y habitualidad; así como la definición de criterios hermenéuticos para la correcta calificación jurídica de delitos complejos como el lavado de activos, el tráfico de drogas y la trata de personas. Merece especial atención el acuerdo plenario que definió pautas para la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas involucradas en la comisión o encubrimiento de delitos. Estas disposiciones han sido, luego, recogidas por la Ley N° 30077 Ley Contra el Crimen Organizado, que las incorporó al Código Penal como artículo 105-A.

3. **Participación activa y directa en la formulación e implementación de propuestas estratégicas importantes y multisectoriales contra la criminalidad e inseguridad ciudadana**. Entre estos lineamientos de políticas públicas, cabe mencionar el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana, el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo, el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal y el Plan Nacional de Política Criminal Priorizado sobre Delitos Patrimoniales. Asimismo, el Poder Judicial, como integrante del Consejo Nacional de Política Criminal (Conapoc), ha sido el promotor y conductor fundamental de la creación del **Observatorio Nacional de la Criminalidad**, que será un órgano técnico que concentre información empírica y produzca inteligencia estratégica para adoptar las mejores decisiones de política criminal preventiva y represiva de la criminalidad violenta y organizada.

4. **Intervención institucional en la formulación y redacción multisectorial de la Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado**. Además, el Poder Judicial ha sido el primer sector que ha aprobado oficialmente este importante documento que permitirá

una interoperactividad efectiva y eficaz en procedimientos de pesquisas y de investigación especial de la criminalidad.

ACCIONES POSITIVAS REALIZADAS POR EL PODER JUDICIAL CONTRA LA CRIMINALIDAD Y LA INSEGURIDAD CIUDADANAS

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

1. Elaboración de un Proyecto de Ley de reformas a los Códigos Penal, Procesal Penal, de Ejecución Penal y de Niños y Adolescentes que sirvió de base a la Ley N° 30076.

2. Participación activa en el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (Conasec), en el Consejo Nacional de Política Criminal (Conapoc) y la Comisión Ejecutiva Multisectorial Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento de Terrorismo (Contralaft).

3. Intervención institucional directa en la elaboración e implementación del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana, el Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, el Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal y el Plan Nacional de Política Criminal Priorizado Específicamente en lo Relacionado a Delitos Patrimoniales.

4. Coordinación y conducción de la creación y operatividad del Observatorio Nacional de la Criminalidad.

5. Elaboración y aprobación de múltiples acuerdos plenarios sobre delitos y consecuencias jurídicas relacionados al control y represión de la criminalidad violenta y organizada.

6. Directivas de la presidencia del Poder Judicial para la correcta aplicación de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de beneficios penitenciarios.

7. Participación institucional en la elaboración de la guía de actuación conjunta contra la delincuencia y el crimen organizado.

8. Programas continuos de capacitación en determinación judicial de la pena y delitos de criminalidad organizada.

Es evidente, entonces, a partir de las medidas descritas, que el Poder Judicial ejercita un compromiso material con las políticas públicas que se diseñan para contrarrestar la presencia relevante de la criminalidad en el país. Por consiguiente, el Poder Judicial, al igual que los demás sectores integrantes del sistema penal, están obligados en la coyuntura actual a redoblar sus esfuerzos y hacerlos más perceptibles a la población, solo así les será posible atenuar la

inocultable cuota de responsabilidad que se les suele atribuir en la configuración del estado de inseguridad ciudadana que vive la sociedad peruana. Sobre todo si recientes estadísticas del Poder Judicial también registran datos relevantes en torno al número de condenas por delitos violentos y con aplicación de penas severas como la cadena perpetua, tal como se consigna en el cuadro siguiente.

PERSONAS CONDENADAS POR DELITOS VINCULADOS A LA INSEGURIDAD CIUDADANA

PERIODO	ENERO-DICIEMBRE 2013		ENERO-MAYO 2014	
Total general	**56,693**	**100 %**	**15,284**	**100 %**
Condenados por delitos contra el patrimonio sobre el total general	17,566	29 %	4,060	27 %
Condenas a penas de cadena perpetua sobre el total general	100	0,16 %	22	0,03 %

Fuente: Poder Judicial.

Al respecto, las tareas inmediatas se vinculan, principalmente, con el desarrollo de programas conjuntos de capacitación intensiva que integre a jueces, fiscales y policías, a fin de asegurar una eficiente aplicación de las nuevas Leyes N°s 30076 y 30077. Si bien se trata de una gran oportunidad que tienen las agencias del sistema penal de poder reconciliarse con la población y superar esa mala imagen de ser instituciones generadoras de inseguridad ciudadana, constituye también un gran reto. En efecto, la puesta en vigor de la Ley N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado coloca un escenario definitivo para el Estado y sus políticas públicas contra la delincuencia y la inseguridad ciudadana. Su posicionamiento, pues, en este contexto, solo puede expresarse y explotarse, positivamente, como una práctica inteligente, eficiente y prudente. Esto es, como un planeamiento estratégico y operativo capaz de proyectar un mensaje claro de compromiso contra la criminalidad capaz de agotar, o

cuanto menos reducir, la marcada indiferencia y desconfianza que hoy predominan en el colectivo nacional.

Ahora bien, es importante señalar que la Ley N° 30077 se visualiza en diferentes aspectos de su articulado como de compleja implementación. Por ejemplo, ella pone en vigor el Código Procesal Penal para los veintiún delitos que sus disposiciones califican como modalidades de crimen organizado. Asimismo, coloca a la Sala Penal Nacional como el órgano jurisdiccional que deberá asumir las principales responsabilidades operativas de su idoneidad práctica (Cfr. artículos 3 y 4).

Pero también la Ley N° 30077 contiene varios artículos que han sido construidos con una técnica legislativa oscura y deficiente, por lo que demandarán necesarios esclarecimientos jurisprudenciales, como en lo referente a la determinación de la multa aplicable a título de consecuencia accesoria a las personas jurídicas involucradas con la criminalidad; así como en lo concerniente a la duplicación de los plazos de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos por integrantes de una organización criminal; y, también, en torno a la precisión de los límites máximos de las penas conminadas que correspondan a las circunstancias agravantes cualificadas (Cfr. artículos 22 y 23).

CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY N° 30077
(LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO)

1. Es una ley especial, integral y sobrecriminalizadora que sigue a la Convención de Palermo.
2. De estructura similar a las leyes existentes en otros países de la región como México, Colombia, Nicaragua, Venezuela y Costa Rica.
3. Reúne normas programáticas, sustantivas, procesales y de cooperación judicial internacional en materia penal.
4. Da vigencia plena al Código Procesal Penal para delitos de criminalidad organizada.
5. Regula un amplio catálogo de delitos de criminalidad organizada considerando veintiún modalidades.
6. Concentra en los órganos de la Sala Penal Nacional la competencia de investigación y juzgamiento de procesos complejos.
7. Define reglas de determinación de consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas incorporando el artículo 105A.
8. Entró en vigor el 1 de julio de 2014.

De hecho, una variable determinante para la debida implementación de la nueva legislación contra el crimen organizado es, sin lugar a dudas, de orden financiero. La política, como se ha enfatizado siempre, solo puede ser el arte de lo posible. Aquí es donde el compromiso del Estado debe hacerse necesariamente tangible. Por ejemplo, la implementación de las nuevas competencias y funciones que la Ley N° 30077 da al Poder Judicial requiere de recursos suficientes que se integren en un presupuesto razonable y de ejecución oportuna. La cifra representativa de ello ha sido calculada en cerca de 44 millones de nuevos soles anuales. De ese requerimiento ya se ha concedido contablemente al Poder Judicial algo más de 21 millones de soles.

PRESUPUESTO REQUERIDO Y ASIGNADO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 30077 (EN MILLONES DE SOLES)

PRESUPUESTO ANUAL REQUERIDO POR EL PODER JUDICIAL	
1. Personal y obligaciones sociales	S/ 15,720,863
2. Bienes y servicios	S/ 13,504,940
3. Adquisición de activos no financieros	S/ 14,943,388
TOTAL	**S/ 43,819,191**

PRESUPUESTO ASIGNADO POR EL ESTADO (SOLO SEGUNDO SEMESTRE 2014)	
1. Personal y obligaciones sociales	S/ 7,800,000
2. Bienes y servicios	S/ 7,000,000
3. Adquisición de activos no financieros	S/ 6,500,000
TOTAL	**S/ 21,300,000**

Sin embargo, la ejecución material o gasto real de dicho presupuesto demanda el cumplimiento de plazos y procedimientos que impiden su aplicación inmediata. Por tal razón, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de la Resolución Administrativa N° 228-2014-CE-PJ del 27 de junio de 2014, ha tenido que crear sesenta nuevos órganos jurisdiccionales especializados y que tendrán a su cargo los procesos vinculados a la Ley N° 30077. No obstante, en tanto se habilitan estas nuevas unidades judiciales, con carácter transitorio y con adición a sus funciones ordinarias, se ha delegado la aplicación de

las competencias de la Ley Contra el Crimen Organizado a los órganos jurisdiccionales que fueron creados para atender los casos de delitos funcionariales contra la Administración Pública (Cfr. Leyes N°s 29574 y 29648). Es evidente que todos los operadores de estos órganos judiciales deben ser sometidos, como ya se señaló, a programas intensivos y continuos de capacitación sobre los contenidos, ritos e innovaciones que contempla la Ley N° 30077.

PRIMERAS ACCIONES DE IMPLEMENTACIÓN DE COMPETENCIAS ASIGNADAS POR LA LEY N° 30077

Por Resolución Administrativa N° 228-2014-PJ del 27 de junio de 2014, se han creado en nueve distritos judiciales y en la Sala Penal Nacional, según la distribución siguiente:

	CORTE	JIP	JPU	JPC	SPA	TOTAL
1	Apurímac	2	1		1	4
2	Ayacucho	2	2			4
3	Callao	3	3	1	1	8
4	Huancavelica	1	1			2
5	Junín	2	2			4
6	Lima	6	5	1	1	13
7	Sala Penal Nacional	2	2	1	1	6
8	Lima Este	2	1			3
9	Lima Norte	3	2	1	1	7
10	Lima Sur	4	3	1	1	9
TOTAL GENERAL		**27**	**22**	**5**	**6**	**60**

Ahora bien, es pertinente precisar que las acciones inmediatas de habilitación de la Ley Contra el Crimen Organizado deben surgir de decisiones coherentes y prudentes que minimicen todo riesgo de imprecisión o incertidumbre. De allí que motiven nuestra atención dos aspectos de las medidas de implementación, acordadas recientemente por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y que consideramos que deben revisarse:

1. La ubicación de los nuevos órganos jurisdiccionales deben ser compatibles con los objetivos de la ley. Las localidades elegidas por el

Consejo Ejecutivo no son, en principio, zonas críticas que registren alta incidencia de criminalidad violenta, por lo que, quizá, se deba de pensar otros distritos judiciales, preferentemente los de la costa norte y sur del país.

2. Deben crearse más juzgados penales colegiados y salas de apelaciones. Los delitos contemplados en la Ley N° 30077 como de criminalidad organizada tienen en su mayoría penas conminadas superiores a seis años, lo que coloca, legalmente, un mayor número de potenciales procesos penales fuera de la competencia de los Juzgados Penales unipersonales y que, en la tabla de creación del Consejo Ejecutivo, son cuatro veces más (veintidós) que los juzgados colegiados, que solo son cinco, incluso una unidad menor que las salas de apelaciones.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES

Lo expuesto e identificado en torno a la inseguridad ciudadana y la actuación contra la criminalidad organizada, desplegada desde la judicatura penal nacional, nos permite plantear las siguientes conclusiones:

1. La inseguridad ciudadana es un problema real de la sociedad peruana.
2. Las agencias estatales de prevención y control del delito, y de modo especial la judicial, tienen responsabilidad directa en la actual percepción de inseguridad ciudadana que comparte mayoritariamente nuestra población.
3. La Ley N° 30077 es una gran oportunidad para superar prácticas disfuncionales de la justicia penal que permitan recuperar la confianza ciudadana en el ejercicio debido y eficaz de las funciones jurisdiccionales.
4. Las nuevas competencias que toca asumir a las unidades especializadas serán, también, un indicador relevante para medir la capacidad que ellas poseen para gestionar con eficiencia la prevención y el control de la criminalidad violenta y organizada en el país.

Los 25 años del Código Penal de 1991[3]

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1991 ha cumplido 25 años de vigencia. Sin embargo, esta importante efeméride transcurre en un ambiente enrarecido por la incertidumbre que genera la persistente actitud del legislador nacional de derogarlo y reemplazarlo por un nuevo texto legal que, a pesar de su positiva voluntad de integrar y compatibilizar la normativa producida en dicho periodo a través de cerca de seiscientas modificaciones a su articulado original, sigue mostrando notables y graves deficiencias de técnica legislativa, así como contradictorios enfoques de política criminal.

Corresponde, pues, en una coyuntura tan especial, como lo es el advenimiento de un bicentenario nacional de vida republicana, revisar todo lo acontecido en ese cuarto de siglo. Y, claro está, para poder rendir un debido homenaje que sea compatible con la trascendencia social, política y cultural que dicha efeméride amerita, deviene en idóneo y pertinente realizar un breve recuento histórico que analice el tránsito y las importantes transformaciones que le ha tocado experimentar a tan significativo instrumento de control social formal.

II. EL PROCESO DE REFORMA

Comenzaremos señalando que la realidad del país hacia finales del siglo pasado era muy diferente de la actual. Por aquel entonces los efectos sensibles

(3) Publicado originalmente en: *25 años de vigencia del Código Penal*. 12ª edición. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2016, pp. 5-14.

de una inflación galopante y de la activa presencia de grupos terroristas eran las principales características de la sociedad peruana. En ese grave contexto socioeconómico se venía gestando, desde mediados de los años ochenta, un consenso político y académico en torno a la necesidad de reformar el Código Penal de 1924 o, cuanto menos, de actualizar plenamente sus disposiciones. Las razones que hacían oportuna y pertinente tal intención reformista eran formalmente varias. Por ejemplo, la promulgación del Decreto Ley N° 17581, o **Unidad de Normas para el Cumplimiento de Sentencias Condenatorias**, había convertido en inoperante al sistema plural de penas privativas de libertad que reunía cuatro modalidades (internamiento, relegación, penitenciaría y prisión). La remozada normativa carcelaria del país indicaba, pues, que se debían unificar estos tipos de sanciones (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Política criminal peruana.* Cultural Cuzco. Lima. 1985, p. 269 y ss.).

Asimismo, la presencia emergente de manifestaciones de criminalidad no convencional como el terrorismo, las desapariciones forzadas de personas o el tráfico ilícito de drogas, que venían mostrando notables incrementos en las estadísticas policiales de aquel entonces, carecían de una regulación propia en el Código Penal, dando lugar a una vasta y dispersa compilación de normas penales complementarias que requerían de una pronta codificación. Paralelamente, la criminalidad convencional violenta se había extendido en las principales ciudades del país, generando un sentimiento socializado de inseguridad ciudadana que servía de excusa permanente para la implementación sostenida de una oportunista política criminal de telediario. La cual se manifestaba a través de continuas modificaciones legales que fueron distorsionando y desconociendo la utilidad de los principios generales del Código Maúrtua. Por último, era también evidente que varios delitos, como el aborto, los delitos contra las buenas costumbres, la riña, el duelo o el adulterio, requerían un serio replanteamiento sobre su relevancia político-criminal y su eventual despenalización o descriminalización (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Derecho Penal y política: política penal de la dictadura y la democracia en el Perú.* Eddili. Lima, 1990, p. 64 y ss.).

Pero también una provechosa jurisprudencia, configurada y consolidada a lo largo de sesenta años de vigencia del Código del 24, había señalado las limitaciones de *lege lata* y las propuestas de *lege ferenda* que debían tomarse en cuenta para una aplicación judicial menos dubitativa de la ley penal vigente. En términos similares, aunque en menor medida, se había pronunciado la doctrina penal nacional. Un ejemplo de estas indicaciones lo daban las continuas pugnas hermenéuticas sobre las posibilidades de la reincidencia ficta en

la condena condicional (Cfr. Corte Superior de Justicia de Lima. *Jurisprudencia penal.* Cultural Cuzco. Lima. 1988, p. 110) o sobre la punibilidad de la tentativa en el delito de autoaborto (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Política criminal peruana.* Ob. cit., pp. 96-97).

· En síntesis, pues, hacia inicios de los años noventa las posiciones a favor de una revisión y modificación, parcial o total, del Código Penal de 1924 eran las predominantes. En lo que nunca hubo consenso fue en la metodología que tal revisión integral o focalizada requería. Para unos debía aplicarse un proceso pausado y con amplía participación de la sociedad organizada. Para otros, la evaluación del Código Maúrtua debía ser rápida y a su cargo deberían quedar los especialistas. Esta última opción fue la que finalmente prevaleció, con lo cual la reforma penal pasó a ser un tema de iniciados y donde al grueso de la sociedad peruana solo le toco cumplir un rol pasivo. Esto es, sin mayor acceso ni intervención en las distintas etapas del proceso, en la provisión de sus insumos criminológicos básicos, ni mucho menos en el control de las grandes decisiones de política criminal que aquella sesgada reforma fue adoptando entre setiembre de 1984 y abril de 1991 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "Reforma penal: *¿quo vadis* Perú?". En: *Debate Penal* Nº 3. 1987, p. 481 y ss.). Por su parte, la clase política fue creando las condiciones necesarias para la viabilidad de ese concéntrico modelo de cambios. En efecto, el Poder Ejecutivo fue asegurando, a lo largo del periodo reformista, la subordinación del Poder Legislativo, el cual, en más de una ocasión, le concedió facultades legislativas para controlar plenamente el ritmo y orientación final de la reforma. Esto último se hizo patente en el sospechoso giro que adquirieron las fórmulas legales sobre flexibilización del aborto en los proyectos finales de 1991. Dicha praxis, por lo demás, privó a la nación de un amplio debate sobre los contenidos de una de las leyes de mayor y compleja repercusión social, como lo es un Código Penal (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Comentarios al Código Penal de 1991.* Editorial Alternativas. Lima. 1993, pp. I-II).

Pero, pese al aparente hermetismo tecnocrático que fue asumiendo el proceso reformista, muchos interesados fuimos aportando, desde la actividad académica, algunas iniciativas aisladas que procuraban coadyuvar a una mejor reflexión de quienes tuvieron a su cargo las responsabilidades de los cambios. De aquel periodo, como muestra de tales inquietudes y preocupaciones, nos correspondió sustentar una conferencia que titulamos "Política criminal y reforma del Código Penal", el 13 de junio de 1985 en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En esa ocasión dimos a conocer algunos problemas y temas que entendíamos debían

ser objeto de planteamiento y debate para renovar el Código Maúrtua. Un pasaje de aquel discurso fijaba una hoja de ruta al respecto: "Consideramos que toda reforma como proceso de observación de la problemática criminal y de adopción de decisiones adecuadas requiere un sistema metodológico coherente. De un lado, se necesita un mínimo conocimiento de la realidad y, de otro lado, un conjunto de patrones o principios que sirvan de punto de partida y de límite a toda decisión político-criminal. En síntesis, debemos saber cómo se presenta el problema criminal y desde dónde y hasta dónde podemos atacarlo con el Derecho Penal sin que ello signifique inseguridad jurídica ni arbitrariedad estatal y, mucho menos, dispersión de recursos".

Cabe también destacar que una característica común del proceso reformista que llevó a la promulgación del Código Penal de 1991, fue su exagerada vocación **importadora** del derecho y de la política criminal foránea. Para algunos críticos, como HURTADO POZO, se trató de un grave defecto que propició el abuso del empleo de la recepción jurídica hasta límites intolerables (Cfr. José Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal. Parte general* I. 3ª edición. Grijley. Lima. 2005, p. 129). Tal proceder del legislador fue generando efectos colaterales negativos de mayor trascendencia técnica que las aparentes ventajas que la traslación normativa parecía involucrar. Efectivamente, en no pocas ocasiones, el afán modernista del legislador, unido al escaso nivel de información que precedía a la elección y adopción de las fuentes legales extranjeras, determinó que se introdujeran instituciones que carecían de antecedentes en nuestra legislación o que se recepcionaran fórmulas legislativas incompletas y no validadas en su país de origen. Ello fue lo que aconteció, por ejemplo, con la recepción de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (artículo 105), las que, siguiendo el modelo español, carecían de reglas de determinación judicial para su aplicación concreta, lo cual no fue advertido ni enmendado por el codificador peruano.

Otro rasgo disfuncional del proceso de reforma fue el escaso interés que él suscitó entre los diferentes sectores de la población nacional. Incluso en el cotidiano espacio de los medios de comunicación la reforma penal fue también objeto de marginación y desinterés. Es más, pese a que estos mantuvieron siempre una línea de información sensacionalista sobre los altos registros de la violencia y de la inseguridad ciudadana, dedicaron escasa atención a los trabajos de las comisiones revisoras. A lo sumo, algunos diarios locales se limitaron a publicar breves comentarios escritos por profesores universitarios. En síntesis, pues, fue evidente que la reforma penal fue un suceso político social elitizado y ajeno al peruano de a pie, el cual respondió al mismo, de modo consciente o inconsciente, con el ostracismo y la indiferencia.

Ahora bien, en lo concerniente a su técnica legislativa y su visión político-criminal, el proceso reformista tuvo importantes aciertos y contradicciones que conviene resaltar. Al respecto, uno de los principales objetivos de la reforma legislativa que concluyó con la promulgación del Código Penal de 1991, fue concentrar la tipificación y sanción de todo hecho punible dentro de un mismo instrumento legal sistematizado. Con ello se pretendía evitar y suprimir la coexistencia paralela de una vasta variedad de leyes penales especiales o accesorias que también tipificaban y sancionaban delitos y de las cuales rara vez tomaba conocimiento la población. Por ejemplo, los delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana se encontraban regulados por la Ley N° 24939. Los delitos de defraudación tributaria, en cambio, fueron incluidos en el Código Tributario de 1966. Otros delitos, como la omisión de asistencia familiar o el tráfico ilícito de drogas, también estaban previstos en normas periféricas o complementarias como la Ley N° 13906 y el Decreto Ley N° 22095, respectivamente.

También fue un postulado esencial que inspiró aquel tránsito reformista el promover la inclusión de controles normativos para evitar que las futuras criminalizaciones y sanciones, que surgieran de la siempre voluble política criminal nacional, se fueran apartando paulatinamente de los límites punitivos propios de un Estado social y democrático de derecho, modelo político que había sido asumido y validado por la Constitución de 1979. Por tal razón estratégica se incluyó, desde los proyectos iniciales de setiembre y octubre de 1984, un Título Preliminar que reunía expresamente los principales principios garantistas de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Todo sobre el Código Penal.* Tomo I. Idemsa. Lima, pp. 23-24).

Igualmente, es pertinente mencionar que la voluntad reformista que inspiró sucesivamente a los diferentes proyectos siempre excluyó toda posibilidad de formalizar la pena de muerte, pese a que la misma se hallaba constitucionalizada desde 1979. Igualmente rechazó la incorporación de penas privativas de libertad de duración indeterminada, así como las discutibles agravantes cualificadas por reincidencia o habitualidad. Es más, en coherencia con una postura minimalista, el legislador de la reforma impulsó relevantes cambios e innovaciones de claro sentido despenalizador. Por ejemplo, promovió la inserción de un amplio catálogo de penas y medidas alternativas a las penas privativas de libertad de corta y mediana duración, como la prestación de servicios a la comunidad o la limitación de días libres; así como la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena y la conversión de penas (Cfr. Víctor Roberto Prado

Saldarriaga. *Las consecuencias jurídicas del delito del Perú*. Gaceta Jurídica. Lima. 2000, p. 195 y ss.).

Paralelamente, la cuota de modernidad normativa que también animó, por ese entonces, a los codificadores nacionales los llevó, como se ha mencionado anteriormente, a propiciar una amplia recepción o importación del Derecho Penal extranjero a través de un conjunto de interesantes fórmulas legales sobre la omisión impropia o el actuar en nombre de otro.

En lo concerniente a criminalizaciones y neocriminalizaciones, la actitud del legislador patrio fue también entusiasta, pero poco coherente. Por ejemplo, se incorporó en la parte especial un desordenado espectro de delitos económicos (delitos contra las prácticas restrictivas de la competencia, delitos contra el consumidor, delitos financieros, etc.), que contrastaba con el reducido sistema de delitos contra los derechos humanos. Incluso, pese a su coyuntural novedad, ninguno de los proyectos que fueron posteriores a la Convención de las Naciones Unidas, de 1988, sobre Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, optaron por tipificar delitos no convencionales y de criminalidad organizada como el tráfico de precursores o el lavado de activos (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "El tratamiento penal del tráfico y consumo de drogas: un primer acercamiento al Código Penal de 1991". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Volumen 49. Años 1991-1992, p. 385).

Es relevante precisar que por diferentes factores etiológicos, la reforma penal de 1991 omitió concretar algunos cambios que resultaban indispensables para generar una modificación positiva de las prácticas funcionales que desarrollaban las agencias e instancias del sistema penal nacional, especialmente la Judicatura y el Ministerio Público. En efecto, por un lado, ninguno de los sucesivos proyectos se preocupó por reorganizar las reglas sobre determinación judicial de la pena y las concernientes a la aplicación de la reparación civil. Por otro lado, tampoco las iniciativas reformistas se esforzaron por superar las dudas preexistentes en torno al significado y relevancia penal de la posesión de drogas para el propio consumo personal.

Son también de mencionar la timidez y el conservadurismo con los cuales el reformado Código Penal de 1991 abordó aspectos controvertidos de la política criminal de su tiempo, como los relacionados con la flexibilización del régimen prohibicionista del aborto, la legalización de la eutanasia o el control penal sobre las denominadas conductas sexuales no violentas o provocadoras (estupro fraudulento, proxenetismo, pornografía o atentados al pudor público). Igual reacción se observó en la configuración y tratamiento de delitos

emblemáticos de corrupción administrativa como el peculado, la malversación de caudales públicos, la colusión, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. En todas estas infracciones el estándar de penalidad no resultaba proporcional con el significado antijurídico de la conducta criminalizada.

· Sin embargo, pese a sus virtudes y defectos, el Código Penal de 1991 respondía a una visión político-criminal democrática, mínima y garantista. Esta fue, sin lugar a dudas, una de sus principales fortalezas. Más aún, su vocación humanista y constitucional fue seguida, luego, por otras reformas no menos importantes que hicieron suya aquella ideología. Ese fue el caso de los movimientos y proyectos que impulsaron la promulgación paralela de un Nuevo Código Procesal Penal, el cual ya se insinuaba como tributario de la oralidad y del modelo acusatorio adversarial. Y, también, de aquellos que gestaron un Código de Ejecución Penal apoyado en un tratamiento resocializador y en una adscripción formal al régimen progresivo técnico.

III. LA CONTRARREFORMA

Lamentablemente, la inestable coyuntura política y económica que preexistía en el país en las dos últimas décadas del siglo pasado, la cual acompañó desde sus primeros años la vigencia del Nuevo Código Penal, resultó ser su principal corriente opositora. En ese conflictivo contexto, la agudización de la violencia subversiva, unida al desborde de la inseguridad ciudadana, expresada sobre todo en el incremento cotidiano de delitos sensibles a la población nacional, como el robo, el secuestro y la violación de menores, fueron creando las condiciones necesarias para una avasalladora contrarreforma. Por lo demás, el autogolpe del 5 de abril de 1992 impuso al país un forzado receso del marco constitucional, a la vez que anuló verticalmente la autonomía y los contrapesos de las instituciones democráticas. Con ese telón de fondo autoritario, la reforma penal fue agotando rápidamente su discurso garantista, hasta ser desplazada por una **contrarreforma** que desde sus inicios adopto un **modelo represivo y sobrecriminalizador,** que subordinó sus principios rectores y los condicionó a dictatoriales razones de Estado. En menos, pues, de un año de vigencia, la ecuanimidad de los tipos penales y de las penas de la parte general y de la parte especial del novísimo Código Penal fueron objeto de continuas y reiteradas modificaciones que consolidaron sin mayores escrúpulos una **política criminal de emergencia** e instauraron como **praxis** un uso coyuntural y simbólico de las decisiones de criminalización. (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Comentarios al Código Penal de 1991.* Ob. cit., p. 163 y ss.).

El retorno a la democracia, a inicios del siglo XXI, así como la vigencia de una nueva Constitución a partir de 1993, no lograron devolverle al Código Penal de 1991 su anterior filosofía y orientación político-criminal. Tampoco se evidenciaron cambios importantes en el panorama criminológico de inseguridad ciudadana que vivía el país. Todo lo contrario, en este nuevo escenario sociopolítico, las leyes posteriores siguieron acentuando su ya exagerada funcionalidad punitiva. Al respecto, resulta pertinente graficar esta tendencia usando como ejemplo las recurrentes modificaciones que ha sufrido el artículo 189, que contiene el catálogo de circunstancias agravantes específicas que corresponden al delito de robo regulado en el artículo 188. El texto original de dicha disposición regulaba solo siete circunstancias agravantes y la pena máxima establecida era de ocho años de pena privativa de libertad. En la actualidad podemos reconocer tres bloques de agravantes de distinto grado o nivel punitivo y una pena máxima de cadena perpetua. Algo similar ocurrió con los cambios experimentados por el delito de secuestro previsto en el artículo 152 y que fue el primero de los delitos comunes que llegó a ser sancionado con la pena indeterminada de cadena perpetua. En el caso de los delitos de violación de menores previstos en el artículo 173, no solo se incrementaron las penas, sino que, además, el legislador optó, injustificadamente, por extender los alcances de la tutela penal absoluta a la indemnidad sexual a los menores de dieciocho años de edad, pese a que en el caso del delito de actos contra el pudor de menores, regulado en el artículo 176-A, se conservó como límite de la protección un umbral etareo por debajo de los catorce años de edad.

No obstante, durante este periodo de la vigencia del Código Penal de 1991, y en alineamiento a los postulados sobrecriminalizadores de la contrarreforma, también se produjeron algunas reformas aisladas no menos trascendentes. Por ejemplo, la Ley N° 28730, del 13 de marzo de 2006, modificó las reglas para la determinación de la pena en supuestos de concurso real de delitos (artículos 50 y 51), asimilando un drástico principio rector de acumulación de penas. Es más, en dicho marco político-criminal, no resultó del todo inesperado que el legislador decidiera con la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, la reincorporación de circunstancias agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad (artículos 46-B y 46-C), las cuales fueron, luego, objeto de sinuosas modificaciones orientadas todas ellas a hacer más sensibles sus efectos punitivos. Es más, años después, se fueron sumando otras agravantes cualificadas basadas en el empleo de menores en la ejecución de los delitos o por abuso del parentesco del agente con la víctima (artículos 46-D y 46-E).

En lo concerniente a las faltas, también ocurrieron cambios legislativos repentinos e inéditos. Es así que se reformularon las normas sobre las faltas contra el patrimonio o pequeños hurtos, a fin de que ellas puedan ser sancionadas con penas privativas de libertad efectivas. En este dominio, igualmente, se incorporaron modificaciones en el artículo 46-B para posibilitar la reincidencia por faltas; así como se introdujo el artículo 50-A, dedicado al concurso real de faltas. Sin embargo, de modo desconcertante, ninguna de estas normas fue introducida en el Libro Tercero, que era la ubicación sistemática natural que les correspondía.

Ha sido también una involución negativa, en el tránsito de los 25 años de la vigencia del Código Penal de 1991, el precoz abandono de su función unificadora de lo punible y delictivo. Efectivamente, la gran mayoría de los delitos fiscales (defraudación tributaria, contrabando, etc.), los delitos de terrorismo y el delito de lavado de dinero, entre otros, han sido extraídos de su parte especial o han sido criminalizados en leyes complementarias o especiales, como la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 813), la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008) y la Ley Contra el Lavado de Activos (Decreto Legislativo N° 1106). Igualmente, gran parte de los otrora innovadores delitos económicos, como las formas de abuso de poder económico o la publicidad engañosa, han sido despenalizados y trasladados al ámbito administrativo de competencia del Indecopi por el Decreto Legislativo N° 1034 del 25 de junio de 2008.

La frecuente "huida al Derecho Penal" se constituyó, pues, en el rasgo más característico de la contrarreforma y que lamentablemente ha trascendido al presente. En efecto, la inclusión continua de nuevas criminalizaciones ha ido extendiendo y saturando la parte especial, generando con ello una notoria desarmonía interna. Al respecto, cabe señalar que entre mayo de 1991 y mayo de 2016 se ha incorporado al Código Penal un número significativo de nuevos delitos. Muchos de estos ilícitos han ingresado a nuestra legislación acompañados de sus respectivos catálogos de circunstancias agravantes. Por ejemplo, hoy encontramos infracciones penales tan específicas y no del todo necesarias, como el delito de maltratos y crueldad contra animales o de sicariato, regulados en los artículos 206-A y 108-C, respectivamente. O, también, el delito de comercialización ilegal de alcohol metílico previsto en el artículo 288-A o el delito de ensamblado, comercialización y utilización en el servicio público de transporte de omnibuses sobre chasis adulterados, sancionado por el artículo 279-E. Igualmente, coexisten con aquellas nuevas conductas criminalizadas otros ilícitos de aparente complejidad o sofisticada configuración, como el delito de hurto mediante la fabricación de dispositivos para la

decodificación de señales de satélite portadoras de programas al que se alude en el artículo 186-A, o el delito de clonación o adulteración de terminales de telefonía celular que contiene el artículo 222-A.

Otro efecto negativo de esta irresponsable hipertrofia delictiva ha sido la distorsión producida en la configuración original de varios tipos penales. Quizás el ejemplo más representativo de esta temeraria técnica legislativa se encuentra en la actual redacción del artículo 200 del Código Penal, originalmente destinado a reprimir el delito de extorsión. Como consecuencia de las modificaciones que introdujo en esta disposición el Decreto Legislativo Nº 982, del 22 de julio de 2007, el párrafo cuarto de dicha norma se refiere a una conducta asistemática y confusa, relacionada con la participación en una huelga de un funcionario. Algo similar se aprecia en el artículo 298 que reúne las circunstancias atenuantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas. En efecto, el texto legal del inciso 3 no guarda relación con el rol funcional de dicha norma, pues ha sido destinado a tipificar un nuevo delito de comercialización o distribución de pegamentos sintéticos que expelen gases de propiedades psicoactivas, como los derivados del tolueno.

Ahora bien, la exagerada corriente criminalizadora adoptada por la contrarreforma difiere abismalmente de la casi imperceptible acción descriminalizadora del legislador, la cual en un lapso de 25 años solo se ha manifestado en una ocasión, para suprimir el delito de desacato que se encontraba tipificado en el artículo 374.

IV. INFLUENCIA TRANSNACIONAL Y NECESIDAD DE UNA NUEVA REFORMA

No ha sido menos significativa la influencia que en todo este tiempo ha ejercido la política criminal internacional, dimanante de convenios globales o regionales (ONU, OEA, CAN), en la ampliación de los delitos y de las penas en nuestra legislación penal fundamental. La búsqueda globalizada de una armonización legislativa o de una estrategia universal contra la criminalidad organizada, lo que algunos denominan el **Derecho Penal transnacional,** ha obligado al legislador nacional a incorporar un significativo elenco de nuevos delitos relacionados con esta criminalidad de proyección global (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada.* Idemsa. Lima. 2006, pp. 30-31). Así se han incluido novedosos tipos penales en la parte especial para sancionar delitos no convencionales como el feminicidio (artículo 108-B), la trata de personas (artículo 153), la pornografía infantil (artículo 183-A), el tráfico de

armas químicas (artículo 279-A), el tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A), los actos de discriminación (artículo 323) o de manipulación genética (artículo 324), así como el cohecho transnacional (artículo 397-A), la revelación indebida de identidad de agentes encubiertos, colaboradores eficaces, peritos o testigos protegidos (artículo 409-B).

Ahora bien, ya a 25 años de distancia de la puesta en vigor del Código Penal de 1991, se discute formalmente sobre su renovación parcial o su sustitución integral. En tal sentido, en lo últimos diez años se vienen dando a conocer de manera bastante discreta proyectos de un Nuevo Código Penal. Por tanto, en este inesperado marco de latente reforma legislativa, resulta pertinente exigir del legislador, prudencia, coherencia y responsabilidad. En ese sentido, es necesario exigir que toda vocación de cambios debe empezar reconociendo que la realidad nacional en este cuarto de siglo ha cambiado notablemente en muchos aspectos. Lo cual si bien puede hacer evidente el requerimiento de un Nuevo Código Penal, aconseja, también, que estos se formulen y validen como el resultado sereno de un paulatino análisis de la variables que identifican la problemática de criminalidad que hoy afronta el país. En este nivel, la experiencia internacional puede marcar un punto de partida o de contraste en lo concerniente a las tendencias y manifestaciones del problema criminal del tercer milenio y que la OIM destaca del modo siguiente:

- Han aparecido nuevas actividades delictivas y las antiguas adquieren nuevas modalidades.
- Cada vez existen más grupos delictivos organizados.
- Se evidencia un aumento en el número de países afectados por el crimen organizado transnacional.
- Existe mayor flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad de las organizaciones delictivas a las condiciones sociales, a los mecanismos de seguridad de los Estados, a la geografía territorial, entre otros.
- Las estructuras organizacionales de los grupos criminales se están enraizando dentro de los procesos sociales, económicos, políticos y culturales de las sociedades (Organización Internacional para las Migraciones. *Protección de personas ante el crimen organizado transnacional*. CAD Impresiones. Lima. 2013, p. 20).

También resulta pertinente tomar en cuenta el sentido estratégico que le toca asumir a toda reforma legislativa en una coyuntura que JEAN-FRANÇOIS GAYRAUD califica como correspondiente a un **mundo criminalizado** y donde

la presencia silenciosa, pero activa y expansiva, de la criminalidad organizada se constituye en un componente funcional a las ideologías, los estilos de gobierno y los paradigmas psicosociales. En efecto, la realidad actual hace evidente que "el crimen organizado ha abandonado la marginalidad y se ha instalado en el corazón de nuestros sistemas políticos y económicos" (Jean-François Gayraud. *El G9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado.* Ediciones Urano. Barcelona. 2007, p. 17).

Hoy cabe caracterizar al Perú como un país de economía emergente pero con altos registros de informalidad. Y donde, además, concurren muchas condiciones favorables para el crecimiento constante de la delincuencia violenta y organizada, lo cual promueve el desarrollo y consolidación de una economía ilegal o sumergida, la cual aporta millonarias ganancias que pasan a formar parte de lo que los economistas y sociólogos contemporáneos llaman el **"producto criminal bruto"**. El cual conlleva la necesidad de activar y fortalecer mecanismos o prácticas idóneas de lavado de activos capaces de asegurar que el capital ilegalmente obtenido por la criminalidad pueda **"perder su mal olor"** y mezclarse en el torrente opaco de la informalidad como señalan ELMAR ALVATER y BIRGIT MAHNKOPF (*La globalización de la inseguridad: trabajo en negro, dinero sucio y política informal.* Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008, p. 193). Otro componente disfuncional de esa realidad se refleja también en el desencanto que hacia las políticas públicas y el desempeño estatal contra el crimen expresa la ciudadanía y que se deja notar en múltiples encuestas y estudios de opinión, que coinciden en señalar que para los peruanos en la segunda década del siglo XXI es la delincuencia **el principal problema social y político del país**.

Finalmente, en lo político es de admitir que tales percepciones, exageradas o no, reales o aparentes, sobre la delincuencia e inseguridad, son en el presente comunes y transversales a muchos otros países de la región. Ello ha generado una secuencia de efectos inéditos y negativos, que han alcanzado identidad propia como subrepticios estilos de gobierno, que procuran integrar siempre las políticas públicas de naturaleza social o económica, con las que corresponden a la prevención o el control del delito. Es más, las primeras suelen construirse o justificarse, siempre, a partir de la afirmación reiterada de la urgencia de acciones y medidas complementarias de indispensable contenido penal que incluyen la aplicación extrema de estados constitucionales de excepción. De esta manera, pues, se han hecho frecuentes y cada vez más directos, o menos encubiertos, los programas o estrategias que reproducen formas de **"gobernar a través del delito"** o de explotar psicosocialmente las ventajas

simbólicas que ofrecen a la clase política, los modelos de política criminal basados en el **"gobierno de la penalidad".**

Todo, pues, parece indicar que el futuro inmediato de nuestra legislación penal fundamental continuará signado por el predominio del **giro punitivo**. Esto es, por igual opción político-criminal que aquella que ha caracterizado a las más recientes modificaciones y adiciones introducidas en el Código Penal de 1991 por la Ley N° 30076 o por los decretos legislativos de 2015 contra la inseguridad ciudadana y la criminalidad organizada. Todas ellas, con elocuentes rasgos representativos entre los que destacan el redescubrimiento de las penas privativas de libertad, la ordinarización de la sobrecriminalización, el colapso carcelario y una recurrente socialización de los medios y estructuras del control penal. Por tanto, si algo hay que decir para resumir el valor histórico, social y político de ese Código Penal que vio la luz en abril de 1991 sería **"que todo tiempo pasado fue mejor"**.

Personas expuestas políticamente y corrupción: el caso peruano[4]

I. CORRUPCIÓN Y PERSONAS EXPUESTAS POLÍTICAMENTE EN EL PERÚ

Para los expertos una **persona expuesta políticamente (PEP)** es aquella que, por su cargo o función, adquiere y ejerce poder e influencia determinantes en un entorno social, económico o político concreto.

En la última década del siglo XX, el Estado peruano, así como la comunidad nacional, sufrieron una concertada agresión criminal de parte de este tipo de personalidades. En aquel contexto, diferentes fuentes identificaron a Vladimiro Montesinos Torres, un asesor del entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori, como el principal gestor y el hombre clave de una amplia y extendida red criminal, conformada por personas políticamente expuestas, dedicadas a la sumisión, copamiento y corrupción del aparato estatal.

Efectivamente, las investigaciones y procesos que se fueron adelantando contra el mencionado ex asesor presidencial demostraron que el *modus operandi* utilizado mayormente se caracterizó, justamente, por la captación e integración en **células o puntos nodales** de finalidad ilícita de funcionarios, personalidades y actores importantes del ámbito político, económico, financiero, así como de los principales medios de comunicación social. A todos ellos Montesinos los fue sometiendo y vinculando a su proyecto criminal en diferentes oportunidades y con distintos medios que incluyeron sobre todo el soborno. Además, todo ello se hizo bajo el objetivo aparente de consolidar en el

(4) Publicado originalmente en: *APECC. Revista de Derecho.* Año IV, N° 6, Lima, 2008, pp. 79-84.

poder al gobierno de aquel entonces, al que se estimaba indispensable para la estabilidad y desarrollo sostenido del país. Sin embargo, las actuaciones judiciales han ido demostrando que se aspiraba, en realidad, a mantener diferentes fuentes de enriquecimiento ilícito y a asegurar, a la vez, eficientes mecanismos de impunidad.

Ahora bien, para poder entender la complejidad de dicha red criminal y su negativa proyección sobre las instancias decisionales del Estado, basta con mencionar que ella logró consolidar núcleos activos en las siguientes instituciones públicas y privadas:

- Congreso de la República.
- Poder Judicial.
- Ministerio Público.
- Consejo Supremo de Justicia Militar.
- Consejo Nacional de la Magistratura.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Contraloría General de la República.
- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.
- Tribunal Fiscal.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- Sistemas de Inteligencia.
- Fuerzas Armadas.
- Policía Nacional.
- Medios de comunicación social.
- Bancos.

Además, la integración activa de funcionarios del más alto nivel en estas diferentes células operativas de la red criminal quedó puesta de manifiesto en la constatación de que entre un total de 1743 personas procesadas penalmente, en los 246 juicios penales incoados a dicha estructura delictiva, figuran –muchos actualmente ya en calidad de condenados– quienes en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori ejercieron las funciones y cargos de:

- Ministros de Estado.

- Presidente y vocales de la Corte Suprema.
- Fiscal de la nación.
- Fiscales supremos.
- Contralor general.
- Superintendente de Administración Tributaria.
- Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.
- Comandantes generales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- Funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Sin embargo, es importante destacar también que la actividad criminal desplegada por los integrantes de la denominada **Red Montesinos** no se circunscribió únicamente a actos relacionados con la corrupción administrativa, sino que trascendió e involucró a otras manifestaciones delictivas como el tráfico de drogas, el tráfico de armas y graves atentados contra los derechos humanos. Solo de modo enunciativo cabe mencionar que a los integrantes de la aludida organización delictiva se le han imputado, entre otras, las siguientes acciones ilícitas:

- Compra de congresistas "tránsfugas o topos".
- Obtención y pago de comisiones ilegales.
- Tráfico de influencias.
- Desviación y malversación de presupuestos institucionales.
- Enriquecimiento ilícito.
- Fraude electoral.
- Omisión de funciones de control.
- Interceptación de comunicaciones ("chuponeo telefónico").
- Direccionamiento de procesos judiciales.
- Exclusión de la fiscalización tributaria y presupuestal.
- Negociación colusiva de la privatización de activos públicos.
- Transacciones financieras sospechosas.
- Tráfico ilícito de drogas.
- Tráfico de armas.

- Transferencias clandestinas de capital al exterior.
- Desapariciones forzadas.
- Tortura.
- Asesinatos.
- Chantaje.
- Campañas periodísticas de desprestigio a políticos y sectores de oposición.

En cuanto al **daño económico** que sufrió el Estado peruano a través de tales actividades delictivas, no se llegó a establecer con precisión cifras definitivas. No obstante, se ha estimado que el probable volumen de transferencias al extranjero de dinero de origen ilegal, que lograron realizar las personas expuestas políticamente como beneficio ilícito de los actos de corrupción que practicaron, bordeaba conservadoramente más de 800 millones de dólares. Al respecto, es de señalar que a través de procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, y con la aplicación de acuerdos de colaboración eficaz, se ha logrado identificar, recuperar y repatriar una parte mínima de dichos ingresos ilícitos que pudieron salir del país. Efectivamente, al presente el monto del **dinero repatriado** asciende a la cantidad de 173'954,043 dólares. Además, permanecen en **condición de bloqueados** alrededor de 46'017,704.78 dólares.

Estos fondos delictivos se han ubicado en varios países como Gran Caimán, Suiza, Estados Unidos, México y también en el Perú. Sobre la base, pues, de tales cifras, el capital estatal que podría recuperarse, en el mejor de los casos, solo alcanzaría a cerca de 220 millones de dólares.

Pero ¿qué posibilitó ese eficaz saqueo que hicieron las PEP del erario nacional?

Comenzamos por señalar que las personas expuestas políticamente, imputadas por actos de corrupción de la Red Montesinos, desarrollaron tipologías bastantes convencionales para lavar sus ingresos ilegales. Sin embargo, aplicaron ingeniosos sistemas para evitar la detección interna de tales ingresos y operaciones, para lo cual aprovecharon convenientemente su posición o privilegios funcionales. En ese nivel, y por ser las más recurrentes, es de mencionar a seis de tales modalidades delictivas como las más representativas. A ellas se les ha denominado de la siguiente manera:

1. El pago de comisiones ilegales en el exterior.

2. La captación interna de ingresos ilegales y su transferencia al exterior a través de testaferros.
3. La transferencia al exterior de "fondos de inversión" obtenidos ilícitamente.
4. La circulación indirecta de dinero ilegal con participación de la banca *offshore*.
5. La transferencia al exterior de dinero ilegal con abuso de prerrogativas diplomáticas (el método hormiga).
6. La anulación del control fiscal interno de los activos de las personas expuestas políticamente a través del sistema del RUC sensible.

II. LAS DEBILIDADES PREVENTIVAS

No cabe duda de que una evaluación retrospectiva sobre los factores que determinaron o coadyuvaron a la efectividad de tales actos de corrupción y transferencia de divisas al exterior permite plantear varias hipótesis. Sin embargo, nos interesa, solamente, destacar aquellas que conciernen a las **políticas de prevención del lavado de activos** y, especialmente, a las que inciden en el **control sobre las PEP.**

Con referencia a ello, es pertinente recordar que la legislación peruana fue la tercera en Sudamérica que criminalizó como delito específico el lavado de activos. Ello ocurrió en noviembre de 1991 a través del Decreto Legislativo N° 736.

Asimismo, también es pertinente señalar que la normativa penal vigente por aquel entonces fue la que consideró las penas conminadas más severas de la región, para reprimir el lavado de activos a través de la intermediación financiera o la repatriación de capitales. Efectivamente, desde 1993 tales actos merecían penas de **cadena perpetua**. No obstante, también el Derecho peruano de la materia fue de los últimos que en ese periodo estructuraron normas preventivas del lavado de activos para el sector financiero y que constituyen una unidad de inteligencia financiera. En efecto, este tipo de medidas antilavado recién se introdujo a partir de 1997.

En el contexto de 1992-2000, el marco regulador de la prevención del lavado de activos provenientes de actos de corrupción adoleció de graves fisuras y carencias, las que fueron bien aprovechadas, cuando no generadas, por la

estructura criminal creada y activada por Montesinos y sus PEP. Entre todos esos defectos y omisiones sensibles fueron de notable relevancia los siguientes:

a) **El tipo penal del lavado de activos solo consideraba como objeto de acción del delito a los capitales y bienes originados en el tráfico ilícito de drogas**. Por tanto, los activos ilícitos provenientes de otras actividades criminales, como la corrupción administrativa o el tráfico de armas, no estaban considerados en los alcances de aquella criminalización formal. Eran pues, en ese contexto, plenamente atípicos.

b) **Las medidas preventivas que se comenzaron a regular en 1997, siguiendo el modelo de las Recomendaciones GAFI y del Reglamento de la CICAD-OEA, solo se dirigieron al ámbito exclusivo de la intermediación financiera**. En consecuencia, pues, otros sectores vulnerables a operaciones de lavado, como el mercado bursátil, el corretaje de inmuebles o el mercado de divisas, quedaron al margen de dichas normas y de sus obligaciones de control y reporte de transacciones sospechosas.

c) **La obligación de reporte de transacciones sospechosas no tenía eficientes mecanismos de supervisión, coerción y sanción**. Ello determinó que varias transferencias que realizaron personas expuestas políticamente no fueran evaluadas, objetadas ni reportadas por los bancos locales involucrados en la operación. Lo anecdótico es que algunos funcionarios de estos bancos llegaron, incluso, a asesorar a estas PEP sobre procedimientos adecuados para sacar sus ingresos millonarios del país.

d) **El reporte de una transacción sospechosa se debía hacer ante la Fiscalía de la Nación y con conocimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), ante la falta de una Unidad de Inteligencia Financiera**. Al tener la Red Montesinos células operativas en los niveles estratégicos de tales instancias públicas, no fue muy difícil controlar que los reportes promovidos fueran archivados o se aparentaran acciones de investigación que a la postre descalificaban el reporte efectuado. Ello, por ejemplo, ocurrió cuando se pretendió investigar denuncias periodísticas sobre cuentas desproporcionadas que mantenía Montesinos Torres en la banca local.

e) Por último, al igual que en otros países de la región, la **inexistencia de directivas y listados que regularan la identificación y gestión de riesgos de las personas expuestas políticamente** coadyuvó, a la vez que facilitó, la realización de operaciones de lavado de activos con los beneficios de la corrupción.

Como ya se mencionó, recién en el año 1997 la SBS expidió un primer Reglamento de Prevención del Lavado de Dinero en el Sistema Financiero. El cual, pese a seguir las propuestas del GAFI, no aportó políticas de control sobre las operaciones bancarias que registraban las PEP como tipo de clientes especiales. Por el contrario, el poder de influencia que ejercían Montesinos Torres y los miembros de su red determinó más bien que algunos bancos locales les dieran facilidades para realizar sus transferencias al exterior. Es de destacar también que el primer Manual de procedimientos de prevención contra el lavado de dinero de la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc) tampoco señaló medidas especiales para aplicar a los clientes PEP.

III. LAS ESTRATEGIAS NACIONALES DE PREVENCIÓN Y CONTROL DE LAS PEP EN EL PERÚ

Como consecuencia de las experiencias extraídas del caso Montesinos y de las observaciones planteadas al Estado peruano por el Gafisud (antecedente sudamericano del Gafilat), en sus evaluaciones de julio de 2005, la legislación nacional para la prevención y control de la corrupción y del lavado de activos ha venido adoptando, desde finales del año 2006, un conjunto de políticas y directivas de prevención aplicables específicamente a las personas expuestas políticamente. En lo esencial, todas ellas reproducían los estándares internacionales establecidos con dicho propósito desde la sexta de las Recomendaciones GAFI originales y en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Concretamente en el Derecho peruano de aquel periodo se refirieron a las PEP las siguientes disposiciones:

- La Resolución de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) del 1 de diciembre de 2006 (Resolución Conasev N° 087-2006-EF/99.10), que aprobó las Normas para la Prevención del Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Los artículos 2, literal ñ; 6 y 7 contenían disposiciones relativas a las PEP.
- La Resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del 20 de abril de 2007 (Resolución SBS N° 479-2007), sobre Normas Complementarias para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo. Trataron de las PEP el literal j del artículo 2 y el artículo 8.
- La Resolución de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú del 9 de marzo de 2007 (Resolución N° 020-2007-UIF-Perú), que aprobó la Directiva sobre Registro y Actualización de la Lista de Personas Expuestas Políticamente.

- La Resolución de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú del 24 de mayo de 2007 (Resolución N° 034-2007-UIF-Perú), referida a la Lista Inicial de Cargos Públicos calificados como de Personas Expuestas Políticamente.

Todas estas disposiciones plantearon en lo fundamental la adopción y cumplimiento de las siguientes medidas de control preventivo reforzado sobre las PEP:

1. Colaborar con los sujetos obligados para la implementación de las medidas de debida diligencia, a ser aplicadas en sus relaciones con clientes considerados PEP.
2. Considerar como personas expuestas políticamente a todas aquellas personas naturales que cumplen o hayan cumplido funciones públicas destacadas en los últimos dos años, sea en el territorio nacional o en el extranjero, y cuyas operaciones financieras puedan ser objeto de un interés público. Se incluye también en esa calidad a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y al cónyuge.
3. Los sujetos obligados deberán reforzar los procedimientos de identificación, registro y verificación de las PEP que administren recursos públicos. Especialmente se deberán cumplir las siguientes formalidades y prácticas:
   - Requerir, cuando resulte necesario, una declaración jurada sobre el origen de los fondos de la PEP.
   - Mantener información actualizada respecto a los ingresos mensuales del cliente PEP; así como sobre sus operaciones usuales, particularmente sobre su monto, periodicidad y lugar de realización.
   - Establecer una relación de las personas jurídicas vinculadas al cliente PEP.
   - Evaluar la finalidad real de la relación que busca establecer la PEP con el sujeto obligado.
   - Organizar un registro especial para los clientes PEP, donde deberán incorporarse sus datos particulares.
   - Identificar con diligencia y buen criterio el origen de los fondos del cliente PEP.
   - Realizar por lo menos una vez al año una evaluación del cliente PEP.

- La decisión de aceptación del cliente PEP estará a cargo del nivel gerencial más alto del sujeto obligado.
- Tener en cuenta el país de origen de los fondos involucrados y si este cumple con los estándares mínimos de conocimiento del cliente.
- Contar con un sistema apropiado de gestión de riesgos que permita la identificación formal del cliente PEP en los formatos respectivos; y una vigilancia permanente de su relación comercial, procurando identificar con las medidas razonables e idóneas al beneficiario final de la misma.

4. Elaborar de forma progresiva la lista de cargos públicos, cuyos titulares deben ser comprendidos como PEP. Dicha lista, sin embargo, tendrá siempre un carácter referencial y no será limitativa.
5. La inclusión de una persona en la lista PEP en ningún caso debe constituir el único criterio para que las operaciones que ella realice sean reportadas como sospechosas por los sujetos obligados.
6. La elaboración de la lista PEP así como su actualización será competencia de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Para su configuración las autoridades competentes de los sectores públicos requeridos deberán remitirle la información mínima indispensable sobre la persona cuyo cargo la califica como PEP. Dicha información, cuanto menos, debe comprender lo siguiente:
   - Nombres y apellidos.
   - Número de documento nacional de identidad (DNI).
   - Fecha de nacimiento.
   - Institución a la que pertenece.
   - Cargo que ocupa.
   - Fecha de designación en el cargo.
   - Fecha de cese en el cargo.
7. La información sobre las PEP se mantendrá en la lista de la UIF-Perú hasta por dos años posteriores a la vacancia o cese en el cargo que ocupó la persona incluida en ella. No obstante, podrán mantenerse los datos de la lista PEP, transcurrido el plazo mencionado, siempre que se estime que la persona incluida sigue ejerciendo influencia política en el país.

8. Inicialmente, la lista PEP solo será suministrada a sujetos obligados de alta importancia en el ámbito que corresponde a instancias de supervisión como la SBS y la Conasev. Posteriormente, según las prioridades que vaya identificando la UIF-Perú, la lista se pondrá a disposición de otros grupos de sujetos obligados.

9. La lista de cargos calificará como personas expuestas políticamente a titulares, funcionarios y asesores de los poderes del Estado; organismos públicos constitucionales; organismos públicos descentralizados; gobiernos regionales y locales.

En su primera versión la lista PEP incluyó un total de 29 dependencias públicas y 138 cargos funcionales.

Cabe señalar, además, que las medidas de prevención y control sobre las PEP que han sido reseñadas fueron también complementadas con otras disposiciones de carácter penal dirigidas a fortalecer su cumplimiento. En este nivel punitivo se encontraban las siguientes medidas

a) La configuración de una tipificación más amplia del delito de lavado de activos. Ello se formalizo en la Ley Nº 27765, que luego fue modificada por el Decreto Legislativo Nº 986. Esta Ley, además, contempló como agravante específica el que los actos de lavado de activos sean cometidos por un funcionario que utilice o se sirva de dicha condición.

   También la Ley citada calificó como delito autónomo y periférico al de lavado de activos, la **omisión del reporte de transacciones u operaciones sospechosas que fueran detectadas** por parte del sujeto obligado a ello. Asimismo se designó a 32 sectores económicos y financieros como sujetos a tal obligación.

b) La incorporación, con el Decreto Legislativo Nº 992, de un procedimiento especial similar al de extinción de dominio colombiano. Este procedimiento fue denominado **"pérdida de dominio".** Se consideró que sería de suma utilidad para incidir y accionar contra los testaferros y personas vinculadas a las PEP, que trataran o ayudaran a encubrir sus ingresos ilícitos. Es más, en el párrafo segundo de su artículo 1, el mencionado dispositivo estableció la siguiente política procesal: "En los casos de pérdida de dominio regulados por la presente norma, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron los efectos, sean dinero, bienes, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal y los objetos o instrumentos utilizados para su comisión se encuentren sometidos

a investigación, proceso judicial o hayan sido materia de sentencia condenatoria". Por su parte, en el artículo 4 se creó una especie de **obligación de reporte ciudadano** de bienes de dudosa procedencia. El artículo citado disponía lo siguiente:

> "Cualquier institución pública, persona natural o jurídica, Fiscal y/o Juez, que en el desarrollo de cualquier actividad o proceso tome conocimiento de la existencia de bienes de dudosa procedencia, deberá informar al Ministerio Público sobre la existencia de tales bienes que puedan ser objeto del presente proceso. Se reservará la identidad de cualquier persona natural que proporcione información a que se ha hecho referencia, sin perjuicio de brindarle las medidas de protección adecuadas.
>
> En el supuesto [de] que la información sea falsa, tendenciosa y/o con el propósito de ocasionar un perjuicio, la persona natural que proporcione la misma, asume las responsabilidades civiles, penales y/o administrativas, que la legislación prevé en estos casos".

Cabe mencionar también que, con relación a dicho tipo de reportes, el artículo 5 fijaba también una **recompensa** (retribución), equivalente al 5 % del producto que el Estado pueda obtener de la liquidación de los bienes de origen dudoso o de su valor comercial, en caso de que ellos sean adjudicados al sector público. Sin embargo, para poder asignar dicho estímulo económico se requería que la persona natural "oportunamente y de manera eficaz aporte o contribuya a la obtención de evidencias para la declaración judicial de pérdida de derechos y/o títulos".

La experiencia del caso Montesinos mostró, pues, a la sociedad y al Estado del Perú, la necesidad de construir un sistema de control preventivo más directo y eficiente sobre la integridad de las instituciones y de los funcionarios o PEP que las componen. Además, ella ha servido para que el legislador nacional atienda con mayor diligencia los riesgos y factores criminógenos que se proyectan sobre una PEP; y, por ende, diseñe instrumentos de prevención que eviten que esa situación latente pueda hacerse manifiesta nuevamente al interior del aparato estatal. Sin embargo, era también importante entender que las normas legales y las instituciones poco ayudarían a prevenir el lavado de activos y la corrupción administrativa si las PEP no llegan a internalizar una clara vocación democrática y una sólida conciencia de integridad. Y, claro está, si no se consolida ni garantiza en el país el pleno respeto a la autonomía de las instancias fiscalizadoras y al equilibrio de los poderes públicos.

IV. EL RESURGIMIENTO DE LA CRIMINALIDAD DE LAS PEP

Como se ha señalado anteriormente, se identifican como **PEP** aquellas personalidades que, por el alto cargo político, función pública, posición social o económica que ostentan, están en condiciones de ejercer poder e influencia en las decisiones y acciones que tienen lugar en una sociedad. Se trata, entonces, de personas que ocupan una ubicación estratégica y de prestigio en las esferas de actuación sensible del Estado o de una comunidad.

La tarea pendiente y que debía cumplirse en las décadas siguientes consistía, por consiguiente, en capacitar a los operadores públicos o privados para el conocimiento y aplicación de todas esas nuevas políticas y estrategias que se habían formulado e implementado para interdictar la criminalidad de las PEP. Solo así se podría consolidar un eficiente sistema de prevención y control que anule el abuso del poder y el quehacer delictivo proveniente de aquellas. Es más, en ese proceso debieron asumir un liderazgo esencial nuevas unidades orgánicas del Estado peruano, como la frustrante Oficina Nacional contra la Corrupción (ONA) y la simbólica Comisión Nacional de Alto Nivel contra la Corrupción (CAN). Sin embargo, la realidad vivida en el país en los dos últimos años hizo notorio que se había avanzado muy poco en ese objetivo.

Paralelamente, en el plano regional, el Mesecic-OEA o el Gafilat deberían, también, garantizar una armonización legislativa y operativa que asegure la eficacia de instrumentos preventivos de alerta temprana contra la corrupción de las PEP, en los países de Latinoamérica. Desafortunadamente, los sucesos derivados de casos emblemáticos, como los que en el último lustro han comprometido delictivamente a importantes empresas constructoras brasileñas, han puesto en evidencia la ineficacia material de aquellos organismos y de sus directivas regionales para impedir el resurgimiento de las PEP delincuentes, así como su eficiente involucramiento en prácticas de corrupción de sistema y de lavado de activos.

Efectivamente, la intervención de estas PEP en tipologías contemporáneas de la criminalidad organizada se ha puesto de manifiesto en diferentes casos hoy sometidos a investigación o decisión fiscal o judicial, en distintos países de la Región como los de "Lava jato" en Brasil; el de "La ruta del dinero K" en Argentina; el de "La línea" y "Empresa Portuaria QUETZAL" en Guatemala; y el de "Panamá Papers" en Panamá.

Ahora bien, en esta nueva etapa de la criminalidad de las PEP, la doctrina especializada ha optado por distinguir tres modalidades: las personas

expuestas políticamente en sentido estricto (personas que ocupan puestos de alto nivel en el sector público); las personas expuestas políticamente por extensión (comprende a los familiares y profesionales cercanos a las PEP de sentido estricto); y las personas expuestas políticamente por representación (personas que tienen un rango o posición de autoridad propia pero que se encuentra formal o fácticamente subordinada a PEP de sentido estricto). Cabe señalar también que, en la actualidad, el nivel de riesgo de involucramiento de personas expuestas políticamente en organizaciones y actividades criminales alcanza con igual intensidad y repercusión social a cualquiera de estas tres tipologías, como lo vienen demostrando los sucesos recientes que han acaecido en Latinoamérica en los casos antes mencionados.

Según los analistas especializados, lo que condiciona esta presencia recurrente y activa de las PEP en las tipologías de la criminalidad organizada contemporánea está conectado con el cargo o el espacio de poder funcional que desempeñan. Ello, unido a un inescrupuloso afán de riqueza, las lleva a sortear o anular la eficacia de los procedimientos de control; así como a aprovechar abusivamente las oportunidades que se les presentan para inducir, coaccionar o comprometer a terceros en la realización de actividades criminales que los beneficien. Por consiguiente, los especialistas del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) destacan la necesidad de reforzar la supervisión en el sector financiero y otros sectores vulnerables para prevenir la infiltración de personas expuestas políticamente que actúan como agentes de delitos de lavado de activos. Al respecto, se señala que "la información sobre personas políticamente expuestas (PEP) es altamente relevante para las instituciones financieras por tratarse de clientes considerados de alto riesgo debido a sus funciones públicas y el nivel de influencia que podrían ejercer" (Guillermo Jorge. *Identificación e intercambio de información de personas expuestas políticamente en los países de Centroamérica.* Banco Interamericano de Desarrollo. Agosto 2018, p. iii).

Sin embargo, es pertinente destacar que la sola condición de PEP no es, de ninguna manera, un equivalente de funcionarios corruptos o lavadores de activos o de un necesario perfil criminógeno. De hecho, toda administración cuenta con un nutrido sector de PEP que, por su probidad y trayectoria trasparente, siempre serán la reserva moral de las instituciones públicas. En todo caso, el ser calificado como "agentes de alto riesgo" es lo que ha motivado que nuevos instrumentos internacionales especializados hayan optado por construir, en torno a las PEP, "señales de alerta" o programas de cumplimiento e

integridad que coadyuven a hacer más eficientes y proactivos los controles ordinarios que deben aplicarse a estas personalidades. Sobre esto último, dan claros ejemplos lo regulado en el artículo 52 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la recomendación 12 de las nuevas cuarenta recomendaciones del GAFI. Así como toda la normativa interna que los Estados han derivado de dichas disposiciones y directivas de eficacia vinculante. Sobre todo, por su relevante utilidad práctica son de mencionar a las siguientes:

- **Debida diligencia:** Son aquellas políticas y medidas que inciden en demandar y fortalecen el compromiso de los sectores vulnerables y obligados con la evaluación y monitoreo continuo y diligente de las operaciones y transacciones que realicen o intenten realizar las PEP o también las cercanas a su entorno personal y funcional.
- **Identificación de beneficiarios finales de personas jurídicas y fideicomisos:** Ello corresponde a una necesidad estratégica de alerta para el control de los mecanismos de encubrimiento o desviación de los bienes o transacciones realizados por personas expuestas políticamente. Entre estos procedimientos destaca la necesidad "de registrar o poner a disposición del público en general a los beneficiarios finales". En efecto, "el estándar internacional requiere que las autoridades competentes puedan acceder a dicha información en tiempo oportuno, y recomienda que los países adopten las medidas necesarias para que también puedan hacerlo los sujetos obligados, de modo de estar en posición de cumplir con sus obligaciones de forma diligente" (Guillermo Jorge. *Identificación e intercambio de información de personas expuestas políticamente en los países de Centroamérica*. Ob. cit., p. 8).
- **Reporte de operaciones o transacciones sospechosas:** Se trata de normas y procedimientos que disponen el cumplimiento oportuno de la comunicación a las autoridades competentes de las transacciones u operaciones sospechosas que sean ejecutadas por PEP o por terceros en su nombre o beneficio. En estos casos se incluyen también formas de responsabilidad penal o administrativa para todo aquel que incumpla dicha obligación.
- **Sobrecriminalización:** Comprende la regulación y aplicación de normas penales que potencien la persecución y sanción de los delitos que sean imputados a PEP como ejecutores, partícipes o encubridores de delitos de criminalidad organizada. Entre estas medidas se encuentran el incremento de las penas, la ampliación de los plazos de prescripción, la aplicación de formas de inhabilitación y reincidencia internacional, la

configuración de circunstancias agravantes específicas o la prohibición del acceso a medidas alternativas a la privación de la libertad o de excarcelación anticipada.

- **Ineficacia de actos civiles y comerciales:** Con ellas se dispone la anulación e ineficacia de los actos civiles o comerciales que realicen o beneficien a las PEP por estar contaminados con actividades de criminalidad organizada o que provengan o deriven de aquellas, incluyendo los procedimientos de extinción de dominio.
- **Eliminación de inmunidades y prerrogativas:** Estas medidas procuran anular o restringir el poder y los riesgos de impunidad de las PEP, cuando estas gozan legalmente de privilegios de antejuicio o inmunidad de los que han abusado para realizar, facilitar o encubrir modalidades de delincuencia organizada. Al respecto, se propone entre otras opciones la suspensión inmediata y temporal del cargo.

La normativa nacional vigente, relacionada con la identificación y listado de las PEP, se encuentra contenida en la Resolución SBS N° 4349-2016 sobre funciones y cargos ocupados por PEP, así como en su Anexo. La primera de dichas normas ofrece al respecto la siguiente definición: "Las personas expuestas políticamente (PEP) son personas naturales, nacionales o extranjeras, que cumplen o que en los últimos cinco (5) años hayan cumplido funciones públicas destacadas o funciones prominentes en una organización internacional, sea en el territorio nacional o extranjero, y cuyas circunstancias financieras puedan ser objeto de un interés público. Asimismo, se considera como PEP al colaborador directo de la máxima autoridad de la institución". Por su parte, el Anexo de la Resolución SBS N° 4349-2016 precisa en sus numerales 2 y 3 que tienen la condición de PEP los que ejercen o han ejercido los siguientes cargos o funciones:

"2. (.....)

a. Presidentes, jefes de Estado o cargos similares.
b. Presidente del consejo de ministros, ministros, viceministros y secretarios generales del Poder Ejecutivo.
c. Gobernadores regionales y alcaldes o máxima autoridad de gobiernos regionales y locales, vicegobernadores regionales, regidores y gerentes de gobiernos regionales y locales.
d. Congresistas, miembros del parlamento o cargos similares; miembros de la oficialía mayor del Congreso o cargos similares.

e. Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Corte Suprema de Justicia; jueces supremos, jueces superiores (vocales), jueces especializados o mixtos, gerente general, secretario general y cargo equivalente en el fuero militar.

f. Fiscal de la Nación, fiscales supremos, fiscales adjuntos supremos, fiscales superiores, fiscales provinciales; el gerente general y el secretario general del Ministerio Público; así como cargos equivalentes en el fuero militar (fiscales encargados de la justicia militar).

g. Comandante General de la Marina de Guerra, Comandante General de la Fuerza Aérea, Comandante General del Ejército y Director General de la Policía Nacional, o cargos similares de las fuerzas armadas y de las fuerzas de seguridad pública.

h. Gerente general, gerentes o cargos de primer nivel; es decir, aquellos gerentes que son directos colaboradores del gerente general en la ejecución de las políticas y decisiones del directorio; y, directores de empresas con participación estatal mayoritaria en el capital social, como son el Banco de la Nación, el Fondo Mi Vivienda y la Corporación Financiera de Desarrollo y las cajas municipales de ahorro y crédito.

i. La máxima autoridad, directores, miembros de órganos colegiados, secretarios generales, jefes de gabinete y asesores de entidades públicas, organismos públicos reguladores y/o supervisores especializados, ejecutores y organismos constitucionalmente autónomos.

j. Embajadores, cónsules y ministros plenipotenciarios.

k. Funcionarios y servidores del órgano encargado de las contrataciones y adquisiciones, en el marco de la normativa aplicable sobre contrataciones del Estado de todas las entidades públicas. Asimismo, los titulares o encargados de las áreas de tesorería, presupuesto, finanzas y logística del sector público.

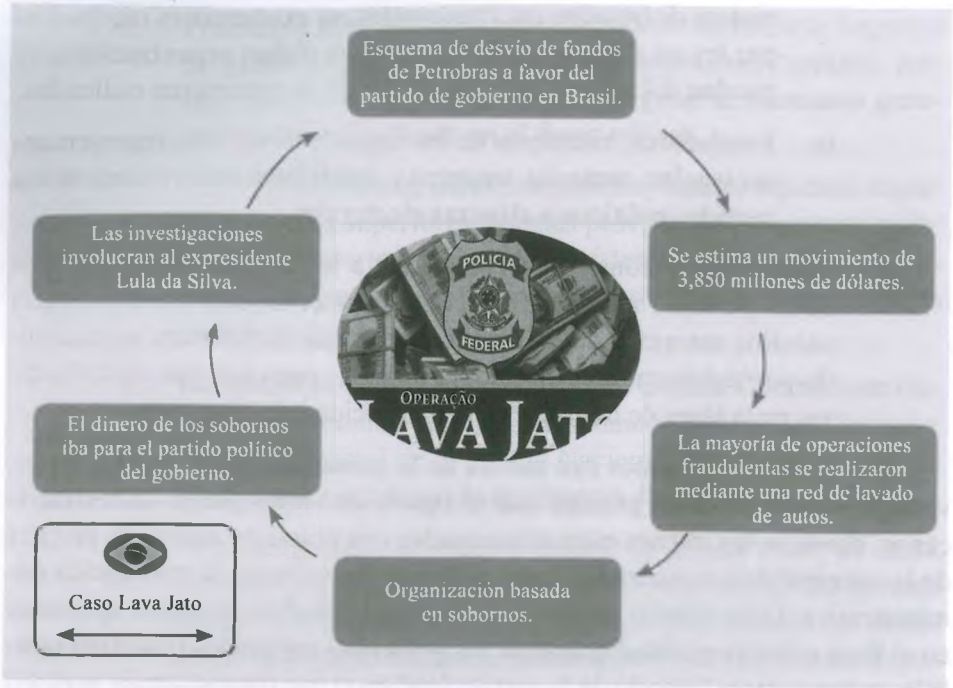
l. La máxima autoridad del organismo internacional en la ejecución de las políticas y decisiones del directorio; y sus directores o cargos similares. Debe entenderse por organizaciones internacionales a aquellas entidades establecidas mediante acuerdos políticos oficiales entre los distintos Estados, los cuales tienen el

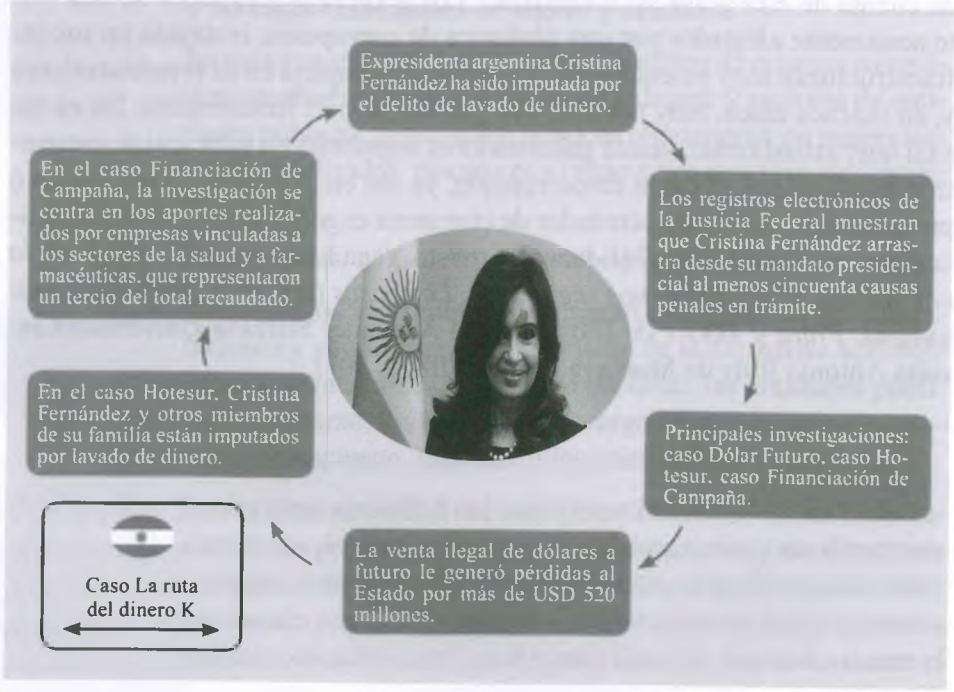
estatus de tratados internacionales, su existencia es reconocida por ley en sus propios Estados y que dichas organizaciones se puedan diferenciar del país en donde se encuentren radicadas.

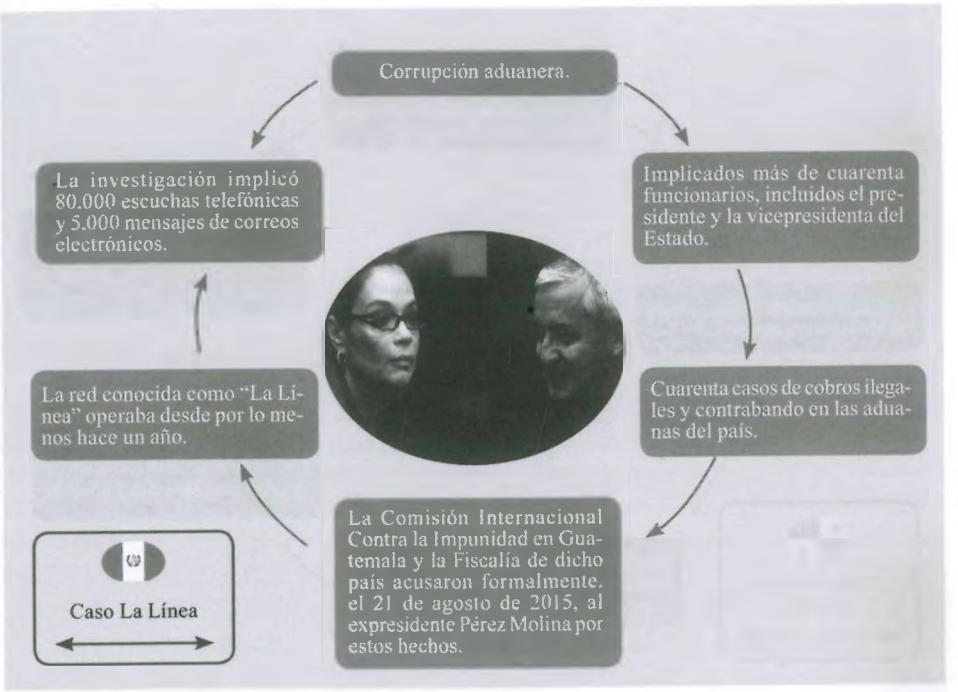
m. Fundadores, miembros de los órganos directivos, representantes legales, contador, tesorero y candidatos a elecciones de los partidos políticos o alianzas electorales.

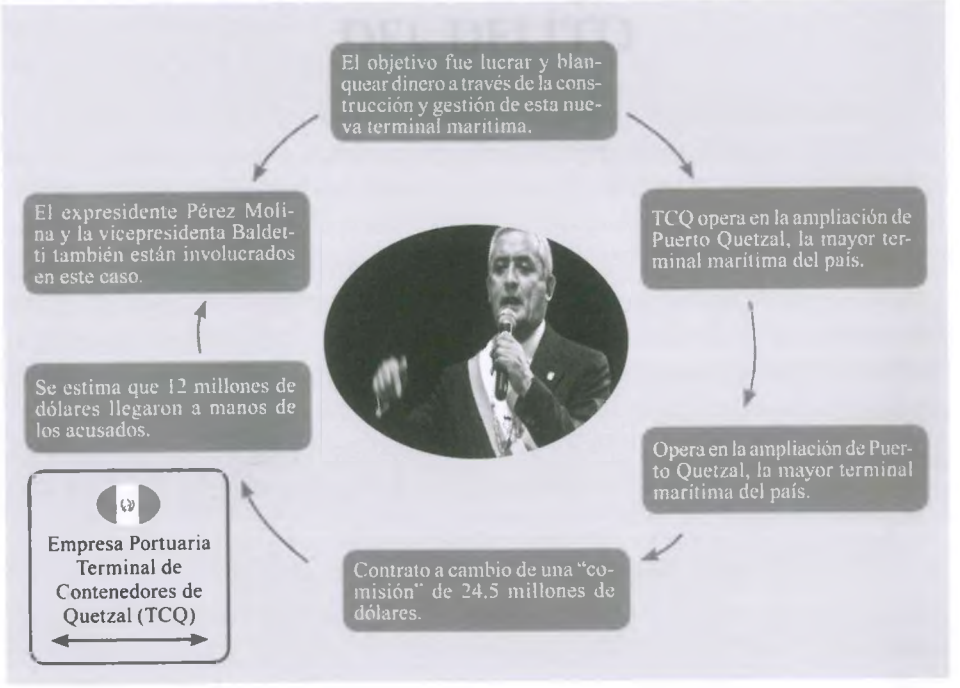
3. Asimismo, se consideran como PEP a los colaboradores directos de las personas indicadas en el listado anterior, siempre que sean la máxima autoridad de la institución a la que pertenecen, entendiendo por 'colaboradores directos' a aquellas personas que siguen a estas en la línea de mando y tienen capacidad de decisión".

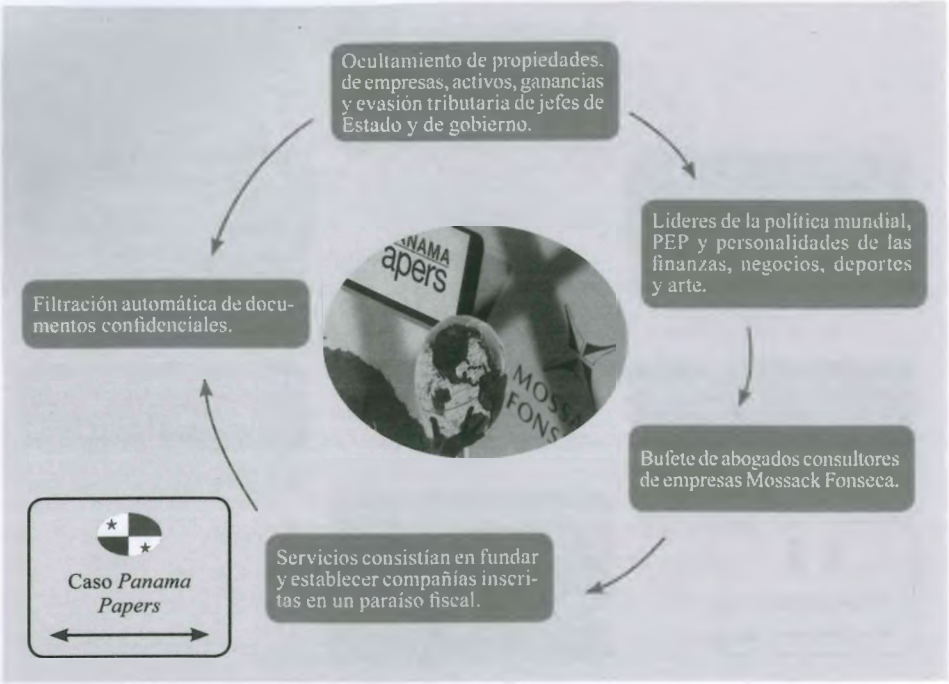
Los gráficos siguientes dan cuenta de la presencia actual de PEP en investigaciones y procesos penales que se siguen en varios países latinoamericanos, donde se les imputa estar relacionadas con prácticas delictivas propias de la criminalidad organizada, como el lavado de activos o la corrupción administrativa. Cabe señalar, en torno a ellos, que estudios recientes aplicados en el Perú sobre la realidad actual de los gobiernos regionales muestran también un inquietante "circulo de la corrupción" en el que interaccionan también PEP. Al respecto, una de las conclusiones planteadas por estas investigaciones da cuenta de esta grave problemática: "Los gobiernos regionales se han visto seriamente afectados por una dinámica de corrupción, instalada en sus infraestructuras, muy extendida en su actividad, compleja en su funcionamiento y, en muchos casos, muy naturalizada por los propios funcionarios. No es casual que, actualmente, veinte gobernadores regionales en ejercicio se encuentren involucrados en casos de corrupción, ya sea en calidad de investigados o procesados, y que hayan alrededor de cincuenta exgobernadores también procesados por estos hechos" (Eduardo Ernesto Vega Luna *et al. El círculo de la corrupción en los gobiernos regionales. Los casos de Cusco, Ayacucho, Moquegua, Piura y Madre de Dios*. Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya. Lima. 2018, p. 107).


Esquema de desvío de fondos de Petrobras a favor del partido de gobierno en Brasil.
Se estima un movimiento de 3,850 millones de dólares.
La mayoría de operaciones fraudulentas se realizaron mediante una red de lavado de autos.
Organización basada en sobornos.
El dinero de los sobornos iba para el partido político del gobierno.
Las investigaciones involucran al expresidente Lula da Silva.
POLICIA
FEDERAL
OPERAÇÃO
Caso Lava Jato


Expresidenta argentina Cristina Fernández ha sido imputada por el delito de lavado de dinero.
Los registros electrónicos de la Justicia Federal muestran que Cristina Fernández arrastra desde su mandato presidencial al menos cincuenta causas penales en trámite.
Principales investigaciones: caso Dólar Futuro, caso Hotesur, caso Financiación de Campaña.
La venta ilegal de dólares a futuro le generó pérdidas al Estado por más de USD 520 millones.
En el caso Hotesur, Cristina Fernández y otros miembros de su familia están imputados por lavado de dinero.
En el caso Financiación de Campaña, la investigación se centra en los aportes realizados por empresas vinculadas a los sectores de la salud y a farmacéuticas, que representaron un tercio del total recaudado.
Caso La ruta del dinero K


Corrupción aduanera.
Implicados más de cuarenta funcionarios, incluidos el presidente y la vicepresidenta del Estado.
Cuarenta casos de cobros ilegales y contrabando en las aduanas del país.
La Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala y la Fiscalía de dicho país acusaron formalmente, el 21 de agosto de 2015, al expresidente Pérez Molina por estos hechos.
La red conocida como "La Línea" operaba desde por lo menos hace un año.
La investigación implicó 80.000 escuchas telefónicas y 5.000 mensajes de correos electrónicos.
Caso La Línea


El objetivo fue lucrar y blanquear dinero a través de la construcción y gestión de esta nueva terminal marítima.
TCQ opera en la ampliación de Puerto Quetzal, la mayor terminal marítima del país.
Opera en la ampliación de Puerto Quetzal, la mayor terminal marítima del país.
Contrato a cambio de una "comisión" de 24.5 millones de dólares.
Se estima que 12 millones de dólares llegaron a manos de los acusados.
El expresidente Pérez Molina y la vicepresidenta Baldetti también están involucrados en este caso.
Empresa Portuaria Terminal de Contenedores de Quetzal (TCQ)


Ocultamiento de propiedades. de empresas, activos, ganancias y evasión tributaria de jefes de Estado y de gobierno.
Líderes de la política mundial, PEP y personalidades de las finanzas, negocios, deportes y arte.
Bufete de abogados consultores de empresas Mossack Fonseca.
Servicios consistían en fundar y establecer compañías inscritas en un paraíso fiscal.
Filtración automática de documentos confidenciales.
Caso *Panama Papers*

Segunda parte

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Mitos y realidades del castigo penal[5]

I. SOBRE LA FUNCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL CASTIGO PENAL

Señala con acierto RIVERA BEIRAS, luego de describir y analizar diez discursos sobre el castigo, que "la primera conclusión que puede sacarse de ello –como consecuencia evidente de la importante cantidad de discursos– es que el problema de la comprensión de la penalidad no es simple: constituye un fenómeno complejo, en ocasiones contradictorio, posee aristas diversas y filones interpretativos varios. Acercarse a comprender el sentido, los significados, las funciones, etc., del sistema penal, constituye así una tarea atractiva pero en absoluto sencilla" (Iñaki Rivera Beiras. *Recorridos y posibles formas de la penalidad.* Anthropos. Barcelona. 2005, p. 105).

Efectivamente, el castigo ha sido interpretado, conceptualizado y explicado desde diferentes enfoques. Entre ellos han destacado siempre el filosófico, el sociológico, el ético, el económico y el político. En este último contexto, por ejemplo, la noción y justificación del castigo ha procurado siempre construirse y afinarse a partir de criterios representativos de necesidades de autoridad, poder y control, que requiere satisfacer el Estado para construir la convivencia, la organización, el consenso y el desarrollo de las sociedades. Los estudios en este dominio han analizado tres problemas esenciales. En primer lugar, la noción de castigo; en segundo lugar, las modalidades del castigo; y, finalmente, las formas de imponer y administrar los castigos. Entre los clásicos de esta materia destacan las publicaciones de FOUCAULT (*Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1989), de GARLAND (David

(5) Publicado originalmente en: AA. VV. *Libro homenaje al maestro Luis E. Roy Freyre.* Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 97-121.

Garland. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social.* 1ª edición. 2ª reimpresión. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2010) y, más recientemente, de DUFF (Antony Duff. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015).

Lo que resulta una constante directa e indirecta en todos estos aportes e investigaciones es la demostración de que todo modelo político y social ha idealizado y difundido siempre una noción de castigo procurando que ella resulte afín o funcional a sus valores y estrategias de legitimación. En efecto, el *ius puniendi,* a lo largo de los tres últimos siglos, ha procurado edificar, justificar y comunicar aplicando tal metodología de compatibilidad. Por ejemplo, el Estado absolutista relacionó el castigo con el ejercicio de una voluntad autoritaria, soberana y para divina del monarca; el Estado liberal, en cambio, configuró su noción de castigo a partir del ejercicio del libre albedrío individual o económico de las personas; y el Estado social legitimó el castigo desde la idea de una intervención pública positiva, estructurada y resocializadora de los delincuentes, desviados o asociales. Sin embargo, el contraste empírico de todas estas justificaciones o alineaciones políticas del castigo ha puesto en evidencia también una actitud poco interesada por la eficacia social de aquel de cara a efectos reales de merecimiento, disuasión general, rehabilitación, inocuización o restauración frente al delito y la delincuencia. Exploraciones importantes en estos dominios han sido trabajadas, sobre todo en el ámbito anglosajón. Al respecto, ROBINSON ha mostrado con solvencia empírica y detalle las falencias y debilidades materiales de todas aquellas "justificaciones de la pena", al pretender operar únicamente como validaciones teóricas o principios morales o políticos para la "distribución de la responsabilidad penal y de la pena" (Cfr. Paul H. Robinson. *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.* Marcial Pons. Madrid. 2012, p. 31 y ss.). Sin embargo, en el ámbito eurocontinental, tales enfoques de constatación recién comienzan a ser esbozados como se observa, por ejemplo, en la variante psicosocial que sobre estos temas adopta RODRÍGUEZ HORCAJO (Daniel Rodríguez Horcajo. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad.* Marcial Pons. Madrid. 2016, p. 87 y ss.).

Ahora bien, en las sociedades de la modernidad tardía y globalizada del siglo XXI, la explicación del castigo parece encontrarse en una compleja encrucijada que, en no pocos casos, parece retroceder a los orígenes históricos de la venganza colectiva y expresiva del sentido común de los ciudadanos, frente al sufrimiento real o potencial de las víctimas o a las valoraciones y representaciones psicosociales de la inseguridad.

A esa enmarañada tendencia, son también funcionales las exigencias de atención y satisfacción para las víctimas, especialmente de aquellos delitos de expresivo impacto emocional, como la desaparición forzada de personas, la violación sexual de menores, el feminicidio o el terrorismo globalizado, las que también han adquirido en nuestro siglo una injerencia propia y socializada en la formulación y justificación del castigo. Sobre esto último, GIL GIL ha observado lo siguiente: "La pena puede tener indudables efectos beneficiosos para la víctima, el primero manifestar la injusticia sufrida y ofrecer cierta garantía de no repetición, calmando así su necesidad de justicia, devolviendo la confianza de la víctima en el ordenamiento y en la sociedad y favoreciendo su no desocialización. Pero no hay que olvidar que esos sentimientos responden al mecanismo de la reciprocidad que en última instancia sirve a la conservación del grupo y del individuo como ser social. En definitiva, aun cuando efectivamente la pena sirva para satisfacer las necesidades de reciprocidad tan inherentes a nuestro sistema de interrelacionarnos socialmente, este fin, a su vez (incluso de manera inconsciente) es instrumental a otro, y por ello no puede nunca ser extrapolado y colocado como fin en sí mismo o superior a los fines preventivos clásicos, de manera que 'los derechos de las víctimas' eclipsen o sustituyan la función de Derecho penal de protección de bienes jurídicos" (Alicia Gil Gil. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena". En: *InDret* Nº 4. Octubre de 2015, p. 31).

Las imágenes, pues, de un delincuente deliberativo, calculador, frio y ventajista se imponen hoy con mayor facilidad e intensidad en la conciencia de las personas que viven la criminalidad en tiempo real, a través de la frecuencia cotidiana de los medios de comunicación o del discurso oportunista y siempre alineado de los líderes de opinión. Y, además, todo ello es bien aprovechado por el Estado para la formación generalmente coyuntural de sus políticas de castigo a la criminalidad. Al respecto, CORNELLI, reflexionando sobre lo acontecido en Italia, señala: "El temor a la violencia –después de un periodo de relativa latencia, en el cual los ideales de libertad e igualdad guiaban el accionar colectivo– caracteriza hoy, de manera explícita, al campo político: informa las mentalidades y sensibilidades colectivas e institucionales y, de esa manera, caracteriza los actos de decisión. Al mismo tiempo, constituye un recurso de legitimación de las mismas instituciones, que alrededor de la guerra contra el crimen encuentran un eje existencial y operativo. Con el objetivo manifiesto de tranquilizar a los ciudadanos y de tornar efectivo su derecho a no tener miedo, la política difunde una cultura del temor y del control que sostiene y legitima intervenciones punitivas, en la búsqueda de una **solución**

final al problema criminal" (Roberto Cornelli. *Miedo, criminalidad y orden.* Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2012, p. 344).

La experiencia latinoamericana de las dos últimas décadas pone igualmente de relieve que en países pobres o emergentes la realidad reseñada es también una característica de esta visión contemporánea y social sobre la utilidad del castigo, como lo ha descrito KESSLER al analizar el caso argentino: "Las **olas** de inseguridad, en general, y de determinados delitos de moda eran una forma de marcar la continuidad y omnipresencia del tema; la **inseguridad** se transformó entonces en un problema público central, una categoría descriptiva de la realidad, una sección mediática estable y una cuestión que afectaba al bien común y que requería soluciones" (Cfr. Gabriel Kessler. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2011, p. 103).

El castigo penal, entonces, en el tercer milenio, se procura entender y socializar como un daño comunicador, merecido y necesario al que no debe ni puede renunciar el Estado, bajo el riesgo de acrecentar la desconfianza y el descrédito público en sus capacidades de gobernanza. Pero, además, en ese escenario, la resistencia racional a los excesos de este tipo de visión y discurso sobre el rol contemporáneo del castigo, de notoria esencia neoretribucionista y rigorista, se hace cada vez menos perceptible y vehemente en las deliberaciones o decisiones de las políticas públicas contra el delito.

El uso estatal y comunicativo del castigo pasa, pues, fácilmente, a convertirse en **un estilo de gobierno** que ofrece múltiples ventajas coyunturales que exceden el tradicional marco de la política criminal, para constituir un funcional acompañamiento táctico y meditado de otros objetivos de gobernanza como la reformulación de políticas económicas, financieras o tributarias. Lo ocurrido en el Perú, en la última década, a través de un uso reiterado de decretos legislativos para reformar y renovar el sistema penal peruano con significativo consenso social, constituye un claro ejemplo de este innovador proceso de gobernar a través del delito y del castigo. Esto es un buen referente de la manipulación política y contemporánea del significado y utilidad del castigo penal, como lo hemos expuesto en otra publicación (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa. Lima. 2016, p. 30 y ss.). Tendencia que, además, constituye la característica más representativa de la producción legislativa de aquel periodo, como lo ha verificado PRADO MANRIQUE: "Se evidencia una tendencia a la politización y populismo penal como respuesta a las demandas de seguridad de la población. Las manifestaciones más claras de esta orientación

serían la frecuente injerencia del Poder Ejecutivo en la formulación de leyes penales, mediante delegación de facultades legislativas, así como las deficiencias en el procedimiento legislativo penal (...). De ellas destacan especialmente la ausencia de un diagnostico criminológico, así como la falta de opinión de expertos que brinden argumentos racionales para la modificación de la normativa penal" (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Trabajo de fin de máster. Universidad de Málaga. Málaga. 2018, p. 78).

Es pertinente reconocer que un discurso analítico y prospectivo sobre todas estas características, compatibilidades y conexiones del castigo penal en la realidad presente ya fue expuesto con detalle hace una década por GARLAND. Según este autor, todo apuntaba a identificar y consolidar en la actualidad un rol multifuncional e integrado donde "el castigo es un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal. Sin embargo, también es la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un *ethos* cultural y ayuda a crear una identidad social" (David Garland. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social.* 1ª edición. 2ª reimpresión.Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2010, p. 333). Por lo demás, esta noción omnicomprensiva y sintética sobre el castigo ha generado también resonancia e interés en otros investigadores y estudios, los cuales no solo han avalado la necesidad en nuestro tiempo de replantear las indagaciones y lecturas tradicionales sobre el castigo, su naturaleza y su función; sino que apuestan, también, por encontrar o promover alternativas menos dramáticas y costosas para la vida democrática de las sociedades y sus ciudadanos. En ese espacio se ubican, por ejemplo, la propuesta **republicana** de BRAITHWAITE y PETTIT, quienes la caracterizan como un retribucionismo superador y de orientación garantista, en los siguientes términos: "El segundo aspecto en que nos diferenciamos de los retribucionistas en relación con sus restricciones negativas es que no solo ahondamos más en busca de los fundamentos para los castigos, sino que además abarcamos un terreno más amplio. En particular, argumentamos en favor del derecho del inocente a no ser castigado como uno de un conjunto de límites, como el límite a la invasión policial y la iniciativa de los fiscales, que deseamos que el sistema de justicia penal respete" (John Braithwaite y Philip Pettit. *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015, p. 232).

También la discusión sobre las formas de materializar el castigo ha transitado por distintas etapas, conceptos y desarrollos históricos que han hecho evidente que no ha sido suficiente indagar por qué se castiga o para qué se castiga; sino que también ha ocupado y ocupa un lugar especial en el debate las interrogantes sobre cómo se castiga y dónde se castiga. Sobre todo, estos discursos dialécticos han adquirido particular relevancia por evaluar el significado y la utilidad que actualmente corresponde a los castigos que se materializan como formas de privación de la libertad (Cfr. Dario Melossi y Massimo Pavarini. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1980, pp. 226-231). A los cuales, por lo demás, desde la modernidad hasta el predominio de los modelos políticos neoliberales del nuevo siglo, se les ha considerado siempre como la expresión "más civilizada" del castigo. A este nivel se ha detectado un notorio agotamiento del interés social o político por los programas y efectos "resocializadores". Lo cual ha legitimado la aparición de modalidades de privación de la libertad carentes de racionalidad, proporcionalidad y temporalidad. Desde esos enfoques, los castigos de privación de la libertad son configurados y aplicados con objetivos de inocuización selectiva, aislamiento y exclusión social. De allí que el prototipo de estas sanciones sean las distintas formas de prisión prolongada o perpetua; así como las medidas de seguridad de privación de libertad poscondena para los delincuentes "peligrosos" o multireincidentes. Las cuales, además, suelen estar acompañadas de medidas estigmatizantes de alarma social, como la denominada "notificación a la comunidad" o los "registros de excarcelados peligrosos o incorregibles". Como destaca DUFF, todo ello constituye uno de los principales problemas del Derecho Penal de la actualidad: "Desde mi punto de vista, en la práctica creo que hay tres problemas principales. Uno es simplemente el castigo excesivo. Castigamos muy severamente y de manera muy frecuente. Utilizamos demasiado la cárcel y para encarcelar a muchas personas. Entonces, el problema es como castigamos y la dureza del castigo (...). Por lo tanto, uno de los problemas es cómo hacemos para que el impacto del castigo sea más moderado" (*Entrevista a Antony Duff.* Ob. cit., p. 303).

Estas opciones y prácticas, de manera incoherente, suelen ser avaladas o exigidas por una colectividad mayoritaria que se manifiesta cada vez más temerosa e insegura frente al delincuente y el excarcelado. La asimilación de esta tendencia, inicialmente asumida en los países del ámbito anglosajón, se ha ido extendiendo en los últimos quince años a otras sociedades europeas y latinoamericanas. PRATT nos grafica ello del modo siguiente: "las bases para nuevas exploraciones en materia de castigo, empujan sus fronteras hacia horizontes cada vez más irreconocibles. Por ejemplo, la prisión perpetua debe

significar eso exactamente: en Nueva Zelanda, el 67 % coincide con esto, con solo un 11 % en favor de la posibilidad de libertad condicional. Otra encuesta en Inglaterra indicó que el 76 % considera que el público debe tener derecho a ser notificado acerca de la liberación de criminales sexuales de la prisión, con el 58 % de acuerdo en que deben ser nombrados y avergonzados" (John Pratt. *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Gedisa Editorial. Barcelona. 2006, pp. 254-255).

Además, también corresponden a esa misma orientación punitivista la sistemática reducción o supresión de las posibilidades legales de flexibizar la duración de los castigos prolongados de privación de la libertad, o de alcanzar una excarcelación anticipada. Al respecto, tampoco preocupa al Estado y a los grupos sociales que el efecto colateral de tales medidas y decisiones sea el hiperhacinamiento, la sobrepoblación o el descontrol de las cárceles. Es más, esto último ha logrado internalizarse en la conciencia ciudadana como un complemento necesario del "sufrimiento merecido" que debe asimilar el delincuente encarcelado. En la realidad peruana, como revela empíricamente PRADO MANRIQUE, hay un claro reflejo de esta tendencia. Es así que se detecta un incremento considerable de la aplicación de castigos consistentes en "penas largas de prisión comprendidas entre quince años y cadena perpetua". Por ejemplo, en el periodo 2012-2016, las condenas entre veinte y veinticinco años de privación de libertad alcanzaron anualmente un porcentaje superior al 40 % del total. Y, en el caso de sentencias condenatorias entre veinticinco y treinta años, estas tuvieron una media anual superior al 30 %. Lo cual, según la autora citada, "evidencia la priorización del componente aflictivo de la pena privativa de la libertad, así como un notable giro hacia la inocuización y control intramuros de los delincuentes" (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: una aproximación desde el modelo penal bienestarista*. Ob. cit., p. 66).

Por último, se ha ido generalizando, en los sistemas jurídicos penales del tercer milenio, un retorno a modalidades de *doppio binario* consistentes en medidas de seguridad privativas de libertad pospenitenciarias. Se trata de las distintas formas de "custodia en seguridad". Con ellas se pretende mantener encarcelados a los condenados que cumplieron su castigo, pero que han evidenciado síntomas de "extrema peligrosidad" (reincidentes, habituales, terroristas, agresores sexuales, inmigrantes extranjeros irregulares o sospechosos, etc.). De esa manera se va posponiendo su retorno a una comunidad que les teme, que no los quiere recibir y que los califica como riesgos sociales. Sobre la contradictoria naturaleza de estos nuevos castigos y

sobre los excesos de la "automatización" de su aplicación, son pertinentes las siguientes reflexiones y advertencias formuladas por DELMAS-MARTY: "Esta automatización de las medidas de seguridad que autoriza su aplicación inmediata va a permitir al legislador abandonar la política penal tradicional (culpabilidad/punición) en favor de una política abiertamente aseguradora (peligrosidad/neutralización) prefigurando un sistema dualista que recuerda los peores momentos de la política penal" (Mireille Delmas-Marty. "Deshumanización del Derecho Penal". En: *Securitismo y Derecho Penal. Por un Derecho Penal humanista*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2014, p. 27). Cabe señalar que, en lo que concierne al Derecho Penal peruano, esta clase de medidas privativas de libertad pospenitenciarias ya viene insinuándose en los Proyectos de Reforma del Código Penal 2016-2017. En efecto, en el Proyecto Oficial de mayo de 2016, entre los artículos 104 a 106, se incluyen dos modalidades de medidas de custodia de seguridad: a) la custodia penal pospenal; y b) la medida de vigilancia. A continuación transcribimos el articulado propuesto para regular estas inéditas medidas de seguridad en la legislación peruana:

TEXTO SUSTITUTORIO

LEY DEL NUEVO CÓDIGO PENAL
(Mayo de 2016)

TÍTULO V

CUSTODIA ESPECIAL POSTPENAL
Y MEDIDAS DE VIGILANCIA

Artículo 104. Ejecución de la custodia especial postpenal

La custodia especial postpenal se ejecuta después del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El juez debe verificar si se mantienen las circunstancias que determinaron la imposición de la custodia especial postpenal cuando menos **seis** meses antes de dar inicio a su ejecución. Si estima que la ejecución de esta medida de seguridad no es necesaria, ordena su suspensión e impone, según corresponda, una o varias de las medidas establecidas en el artículo 107.

Esta medida se ejecuta en secciones especiales de un establecimiento penitenciario acordes con el grado de peligrosidad del condenado, siguiendo un plan individualizado de tratamiento orientado a facilitar su readaptación y reinserción social.

Artículo 105. Control y revisión judicial de la custodia especial postpenal

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, en cualquier momento de la ejecución de la custodia especial postpenal, pero antes del vencimiento de periodos de dos años contados a partir del inicio de la internación, el juez verifica si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a) Mantener el plazo fijado en la sentencia.

b) Ordenar el cese de la medida cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria.

c) Suspender la medida antes del cumplimiento del plazo fijado por el juez en la sentencia cuando cuente con un pronóstico razonable y fundado de que el condenado no cometerá nuevos delitos. En este caso, se impone una o varias de las medidas previstas en el artículo 107. En caso de incumplimiento de dichas medidas, el juez dispone su sustitución por la custodia especial postpenal, debiendo respetarse el plazo inicialmente fijado por el juez.

El juez, a pedido del Ministerio Público o del condenado, según sea el caso, puede fijar mediante resolución debidamente motivada y en atención al grado de desarrollo y evolución del tratamiento, un plazo de revisión menor o periodos de tiempo dentro del plazo de dos años señalado en el primer párrafo, en cuyo transcurso no se admitirán los pedidos de revisión judicial de los condenados a quienes se imponga esta medida de seguridad.

Artículo 106. Duración de la custodia especial postpenal

La custodia especial postpenal tiene una duración no menor de uno ni mayor de cinco años.

Artículo 107. Aplicación de las medidas de vigilancia

En el caso de los agentes a que hace referencia el literal a del artículo 103, cuando no proceda la imposición de la custodia especial postpenal, el juez puede imponer una o varias de las medidas de vigilancia siguientes:

a) La obligación de residir en un lugar determinado o fijarlo en un territorio determinado con la prohibición de abandonarlo sin previa autorización judicial.

b) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad designada por él.

c) La prohibición de residir en el lugar o territorio determinado por el juez. En este caso, el condenado queda obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que eventualmente se produzcan.

d) La prohibición de acudir a determinadas reuniones y espectáculos, así como establecimientos de juego u otros lugares donde se expendan bebidas alcohólicas.

e) La prohibición de efectuar visitas a internos condenados por delitos de terrorismo o establecer contacto de cualquier tipo con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, siempre que se trate de personas respecto de las que existan fundadas razones para advertir que pueden facilitar la comisión de nuevos delitos o incitarle a hacerlo. Asimismo, se puede fijar la prohibición de establecer relación, ofrecer empleo o servicios o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.

f) La prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el juez. Esta medida impide al condenado acercarse a dichas personas, con independencia del lugar donde se encuentren, a su domicilio, centro de trabajo y cualquier otro lugar que sea frecuentado por ellos según lo precise el juez. De ser el caso, queda suspendido respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y otros relativos a la patria potestad hasta el total cumplimiento de esta medida.

g) La prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez. Esta medida impide al condenado establecer con dichas personas contacto, por cualquier medio de comunicación, escrito, verbal o visual.

h) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle al condenado la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

i) La prohibición de portar o tener a disposición armas, municiones, insumos o elementos para elaborar explosivos o construir o acondicionar artefactos explosivos, equipos de comunicación, planos, croquis, informaciones de instituciones públicas

o privadas o de autoridades diplomáticas, listas de personajes o funcionarios públicos o privados, publicaciones o manifiestos relacionados con la actividad terrorista o con personas o grupos vinculados con estas o destinados a conseguir la liberación de internos por delito de terrorismo.

Para la imposición de estas medidas, el juez **debe valorar de manera conjunta,** el delito cometido, la personalidad y demás condiciones personales del condenado, la situación específica de la víctima, así como las circunstancias concretas del hecho.

Artículo 108. Ejecución de las medidas de vigilancia

Las medidas de vigilancia se ejecutan después del cumplimiento de la pena impuesta al condenado.

Si por cualquier razón las obligaciones o prohibiciones establecidas no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, se cumplen de forma sucesiva, sin perjuicio de que el juez proceda conforme a lo establecido en el artículo 109.

Artículo 109. Control judicial de las medidas de vigilancia

El juez debe evaluar y verificar si subsisten las razones que motivaron la imposición de las medidas de vigilancia, por lo menos anualmente a partir del inicio de su ejecución, pudiendo adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

a) Mantener las medidas de seguridad.

b) Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, según resulte necesario para los fines de las medidas.

c) Reducir su duración o incluso disponer su cese en atención al pronóstico positivo de reinserción que torne innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

El juez verifica si se mantienen las razones que determinaron la imposición de las medidas de vigilancia cuando menos dos meses antes del inicio de la ejecución de estas medidas. Si el Juez resuelve que su ejecución es innecesaria al no existir un pronóstico fundado de futura comisión de nuevos delitos, las deja sin efecto. Asimismo, el juez, luego de valorar el pronóstico de comportamiento del condenado sobre la base de los exámenes periciales especializados que para tales efectos se hubieren realizado, puede

modificar el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que resulten necesarias.

En caso de incumplimiento de las medidas de vigilancia **impuestas**, el juez puede disponer, considerando las circunstancias concretas del caso, el comportamiento y actitud del condenado así como su grado de peligrosidad, la amonestación del condenado o su sustitución por la de custodia especial postpenal, siempre que concurran las condiciones exigidas para tales efectos. En este caso, la custodia especial postpenal no puede exceder el plazo inicialmente fijado por el juez.

II. LA FUNCIÓN DEL CASTIGO PENAL EN EL PERÚ DEL BICENTENARIO

La influencia de las teorías de la unión se dejó sentir en el proceso de elaboración del Código Penal de 1991. En efecto, en las disposiciones de su Título Preliminar se detecta una mixtura funcional preventiva y retributiva a la vez. Así, en los artículos I y IX se alude a capacidades preventivo generales y preventivo especiales; mientras que en los artículos IV, VII y VIII se recogen criterios retribucionistas a través de referencias a culpabilidad, lesividad y proporcionalidad.

Por su parte, en los incisos 21 y 22 del artículo 139 de la Constitución de 1993 prevalecieron las ideas de resocialización y humanidad en el tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad, insertando así un signo propio de las teorías consecuencialistas de la prevención especial, propias del estado del bienestar y de la ideología del tratamiento.

Sin embargo, la realidad actual nos muestra que ninguna de esas normas ha logrado direccionar o controlar los objetivos, modalidades y formas de ejecución del castigo penal. Por el contrario, la experiencia reciente de las dos últimas décadas ha puesto en evidencia la exploración y consolidación paulatina de programas punitivos radicales que siguen, a su manera, las orientaciones funcionales que al castigo conceden las teorías expresivas de la pena. En ese contexto, pues, la pena es colocada como un instrumento de comunicación social dirigido a mitigar los sentimientos de indignación colectiva que producen la inseguridad ciudadana, la violencia sexual y de género, así como la corrupción generalizada de las personas expuestas políticamente. Para ello, el Estado introduce o ensaya discursos conocidos de seguridad y orden que se comunican a la comunidad a través de la regulación y aplicación de castigos excesivos, que buscan el aislamiento, la inocuización o la exclusión de una

delincuencia peligrosa e incorregible, que la ciudadanía identifica, de manera cada vez más internalizada, como una amenaza activa o latente. Cabe señalar que este fenómeno no es exclusivo del Perú, el mismo acontece con similares características y efectos en las reformas españolas del último lustro. Al respecto, SÁNCHEZ LÁZARO también se lamenta, por ejemplo, al analizar la inclusión en el Código Penal ibérico de la pena de prisión permanente revisable, que "el modelo propuesto supone una renuncia eventual al principio de 'reeducación y reinserción social' recogido en el art. 23 de nuestra Constitución, en tanto permite en supuestos de reiteradas evaluaciones negativas, retrasar indefinidamente todo horizonte de libertad, prevaleciendo el otro fin confesado de 'garantizar la seguridad de la sociedad'" (Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. *Una teoría principialista de la pena.* Ob. cit., p. 18)

Hoy en día, pues, el proceso de formulación, adopción e implementación de políticas públicas para el control del delito se ha alejado definitivamente de todos esos principios rectores, que buscaban armonizar la definición y aplicación de castigos penales con un modelo mínimo y garantista. En reemplazo de ellos, el Estado peruano, como se mencionó anteriormente, ha adoptado un inédito modelo de gestión pública y de gobernanza conocido como **gobernar a través del delito,** donde el pretexto psicosocial de la lucha contra la inseguridad ciudadana, la criminalidad organizada y la corrupción es colocado tácticamente como necesidad que acompaña y avala la adopción de otras políticas públicas de interés no criminal (Cfr. Jonathan Simon. *Gobernar a través del delito.* Gedisa Editorial. Ciudad de México. 2011, p. 31 y ss.).

Por ejemplo, en coherencia con ese innovado estilo de gobierno, el artículo 1 de la Ley Nº 30506, que delegó facultades legislativas al Gobierno en octubre de 2016, llegó a precisar lo siguiente: "Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, **seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción**, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República". Es más, por aquel entonces, un portavoz oficial del gobierno central llegó, incluso, a formular una explícita conminación pública, destacando que si no se concedían las facultades legislativas que demandaba el Poder Ejecutivo, **"aumentará la delincuencia"** (Cfr. Mariela Balbi. "Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe". En: diario *El Comercio.* Edición del 14 de junio de 2015, p. A6). Cabe agregar que, en los dos últimos años, otros requerimientos similares de facultades legislativas para viabilizar estrategias de reestructuración financiera y tributaria,

formulados por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, también han estado acompañados de incoherentes "paquetes" de medidas punitivas contra la delincuencia. Lo cual pone en evidencia que la verdadera función que hoy cumple el castigo en la realidad peruana no es otra que su utilización ventajosa como instrumento de **mitigación de los sentimientos de indignación** que, frente al incremento de la criminalidad e inseguridad ciudadana, manifiesta la población en reiterados y publicitados sondeos de opinión.

Otros tres ejemplos de reformas legislativas recientes permiten reconocer también el predominio de este nuevo rol **de simbolismo comunicativo de seguridad** que ha adquirido el castigo penal en nuestro país. Esto es, de su uso expresivo y manipulado por el Estado. Sobre todo, porque su insurgencia, siempre repentina y carente de todo aval empírico que les augure una potencial eficacia o que explique su necesidad estratégica o táctica, representa, en realidad, una calculada respuesta estatal orientada a patrocinar intereses coyunturales de gobernanza que guardan escasa conexión con estrategias útiles para mejorar la sensación de seguridad ciudadana o iniciar una contención material de la criminalidad violenta u organizada que afecta al país.

En primer lugar, tenemos las modificaciones ocurridas en torno a la pena de inhabilitación para los autores de delitos de corrupción administrativa y que introdujo el Decreto Legislativo N° 1243, incorporando la inhabilitación perpetua, luego extendida a otros delitos de criminalidad organizada por el Decreto Legislativo N° 1367 del 27 de julio de 2018. En segundo lugar, está la prohibición de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los autores de los delitos de lesiones leves en contextos de violencia familiar o contra la mujer, dispuesta por la Ley N° 30710. Y, en tercer lugar, la integración del artículo 88-A en la parte general del Código Penal a través de la Ley N° 30838 para regular supuestos de imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena.

La **primera** de estas reformas, como se ha mencionado, fue introducida en la legislación penal nacional con el **Decreto Legislativo N° 1243 del 21 de octubre de 2016**, promulgado luego de la delegación parlamentaria de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, otorgada por la Ley N° 30506.

De modo esquemático, los cambios aportados por el Decreto Legislativo N° 1243 fueron, entre otros, los siguientes:

- Incrementos en la extensión de las penas de inhabilitación principal que podían alcanzar una duración temporal máxima de hasta veinte años.
- **La introducción de una modalidad de inhabilitación perpetua.**

- Incorporación de penas conjuntas de inhabilitación en el articulado de la parte especial correspondiente a los más caracterizados delitos funcionariales.
- Modificación de los presupuestos de eficacia de la rehabilitación automática previstos por el artículo 69 del Código Penal, para ser observados en los casos de condenas a penas de inhabilitación perpetua.
- Regulación de un nuevo procedimiento de revisión de la duración indeterminada de la inhabilitación perpetua para viabilizar los efectos cancelatorios de la rehabilitación.
- La organización de un sistema de registro de cobertura nacional para inscribir en él a los condenados a penas de inhabilitación por delitos contra la Administración Pública y evitar su reingreso al servicio público.

La **segunda** reforma que resulta pertinente examinar es la **Ley N° 30710**, la cual se inscribe dentro de una coyuntura de reacción estatal frente a la demanda social y mediática de políticas drásticas contra toda práctica de violencia contra la mujer. Esta disposición legal fue promulgada por el propio Congreso de la República al vencerse el plazo constitucional que para tal efecto tiene el Poder Ejecutivo para promulgarla. En lo esencial, sus efectos expresivos se comunicaron a través de la modificación del artículo 57 del Código Penal, que se refiere a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cuatro años. La modificación introducida establece que **la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable** "para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122". Cabe señalar que en diferentes pasajes de la Exposición de Motivos se trasluce la finalidad expresiva del castigo que persigue la norma legal citada. Al respecto, por ejemplo, se mencionó lo siguiente: "Los casos de violencia contra las mujeres que se enmarcan en los delitos de agresiones (122-B del Código Penal) y de lesiones leves (122 del Código Penal) reciben penas que se suspenden (...)" (Proyecto de Ley N° 2009/ 2017-CR presentado por la congresista Indira Huilca Flores del grupo parlamentario Nuevo Perú del 16 de octubre de 2017, p. 2). Asimismo, que "[c]omo puede apreciarse la mayor parte de formas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar implican lesiones corporales de menos de 10 días de asistencia o descanso o lesiones psicológicas que causan afectaciones psicológicas y no daño psíquico, por ello se sancionan como delito de agresiones del artículo 122-B. **Si a este delito no se le prevé una pena efectiva**

entonces se refuerza una sensación de impunidad en la gran mayoría de los casos de violencia" (Ibídem, p. 8). "Esto implica que **es necesario que se adopten todas las reformas legales para no perpetuar la impunidad** que banaliza la violencia contra las mujeres y refuerza el prejuicio social de que se trata de temas no graves" (Ibídem, p. 8).

Es de mencionar, finalmente, que el citado artículo 57 ha sido objeto de hasta tres modificaciones consecutivas. Todas ellas estuvieron vinculadas con el mismo objetivo funcional de ir reduciendo la posibilidad de acceso a la suspensión de la ejecución de la pena, primero para delincuentes considerados peligrosos como los reincidentes y habituales. Posteriormente, para excluir de sus efectos a los autores de delitos tradicionales contra el patrimonio del Estado, como son la colusión y el peculado. Y, finalmente, para todos aquellos que fueran condenados como autores de los más caracterizados delitos de corrupción administrativa. Esa actitud del legislador también permite inferir un mensaje reactivo del Estado ante el rechazo de la ciudadanía por el uso indiscriminado de la suspensión de la ejecución de la pena, atribuida mediáticamente a una benignidad frente a la delincuencia o a la influencia de la corrupción en la práctica de la judicatura nacional. Al respecto, como bien lo ha explicado PRADO MANRIQUE, "el componente judicial resulta ser el más visualizado por la población como estructura organizacional y operativa representativa del éxito o fracaso de las políticas de prevención y control de la criminalidad de tendencia rigorista. Hacia él, por lo demás, se suele dirigir la presión mediática de las campañas de paz y orden o de tolerancia cero contra la criminalidad. En ese sentido, la rigurosidad de las condenas que imponen los tribunales o de las medidas de prisión preventiva que disponen los jueces, suelen ser ensalzados como ejemplos de una justicia eficiente y eficaz. Por el contrario las absoluciones o la decisión de liberar a los detenidos para que afronten sus juicios en libertad son generalmente rechazadas socialmente o denunciadas como manifestaciones de debilidad, temor o corrupción en el Poder Judicial" (Bertha Verónica Prado Manrique. *La política criminal peruana: una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Ob. cit., p. 65).

Finalmente, **la tercera** y más reciente reforma, de igual orientación expresiva y comunicativa que las antes mencionadas, fue la incorporación del artículo 88-A a la parte general del Código Penal, mediante la Ley N° 30838 del 3 de agosto de 2018. Esta inédita disposición legal declara la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena para los delitos regulados en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C, que tipifican y sancionan modalidades delictivas de trata de personas, explotación sexual y de formas de esclavitud y

servidumbre, respectivamente. Además, también dicha norma dispone la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena de los delitos sexuales regulados en los capítulos IX, X, XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal. Cabe, sin embargo, formular en torno a esta última reforma dos observaciones. La primera de orden sistemático y que estima que hubiera sido mejor construir ese listado de delitos imprescriptibles como párrafos finales en los artículos 80 y 86. La segunda, en cambio, es de carácter político-criminal, en tanto llama la atención que el legislador no haya cumplido aún con lo dispuesto en el reformado artículo 41 de la Constitución, que le manda también designar los delitos contra la Administración Pública que deben quedar igualmente en condición de imprescriptibles, algo que pudo hacerse aprovechando la oportunidad de la inserción de nuevo artículo 88-A.

III. UNAS NOTAS FINALES

A modo de conclusión, será pertinente señalar que la realidad presente del castigo penal y de su formalización normativa, así como de su aplicación concreta por los tribunales de justicia, responden a un subliminal objetivo psicosocial de comunicar seguridad ciudadana y también una simbólica firmeza en el tratamiento represivo de la delincuencia violenta y organizada. Esto es, se trasmite en la actualidad a través de los castigos penales un mensaje muy diferente de aquel liberal y humanista que caracterizó siempre las convicciones y la obra jurídica del profesor Roy Freyre. Se trata, por tanto, de una coyuntura muy distinta y que va siendo consolidada con un punitivismo excluyente y el predominio de las concepciones securistas que hoy recorren el sistema penal contemporáneo. Lamentablemente, esa tendencia e ideología han logrado insertarse y desarrollarse en la formulación e implementación de la política criminal nacional con notables indicios de fortalecimiento y hegemonía para caracterizar el control penal en el Perú del bicentenario. No es ese, pues, el mejor escenario para promover una revalidación social de aquel ilustrado discurso de dignidad humana y resocialización que sustentó con vehemencia en las aulas sanmarquinas nuestro homenajeado, pero tal vez sí lo sea para que la sociedad peruana del siglo XXI rememore siempre la vocación solidaria y la sensibilidad por la justicia de uno de los más insignes cultores del Derecho Penal peruano.

El Decreto Legislativo N° 1243 y otras reformas en la pena de inhabilitación[6]

I. PENAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Conforme al artículo 28 del Código Penal de 1991, coexisten en nuestra legislación cuatro clases de penas:

1. Penas privativas de libertad.
2. Pena de multa.
3. Penas limitativas de derechos.
4. Penas restrictivas de la libertad.

Sin embargo, con la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, se incorporó al Código Penal el artículo 29-A para introducir una pena de naturaleza sustitutiva que solo puede aplicarse en reemplazo de penas privativas de libertad. A esta sanción punitiva se le denominó **pena de vigilancia electrónica personal** (Ana C. Calderón Sumarriva. *La vigilancia electrónica. Una alternativa de humanización del Derecho Penal.* Egacal. Lima. 2012, p. 76 y ss.). Ahora bien, para no exceder los objetivos de este breve artículo, nos abstendremos de desarrollar un análisis particular de cada una de estas modalidades punitivas. No obstante, el lector interesado puede encontrar un estudio detallado de todas ellas en publicaciones precedentes que hemos realizado sobre

(6) Publicado originalmente en: Revista *Ius Puniendi* N° 1, 2017, pp. 183-206.

la materia (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa. Lima. 2016, p. 87 y ss.; José Hurtado Pozo y Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo II. 4ª edición. Idemsa. Lima. 2011, p. 261 y ss.; Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "El sistema de penas". En: *Código Penal.* 2ª edición. Apecc. Lima. 2011, p. 27 y ss.).

Nuestros comentarios en esta ocasión han de concentrarse en las características generales de las **penas de inhabilitación** y en los cambios que se han incorporado en ellas mediante el Decreto Legislativo N° 1243, promulgado el 21 de octubre de 2016 y otras normas posteriores a él.

Es pertinente mencionar que el Proyecto del Código Penal de 2016 detalla en su artículo 32 un sistema de penas muy similar. No obstante, esta propuesta legislativa suprime del catálogo de sanciones a la pena de vigilancia electrónica personal, la que pasa a ser regulada como una medida alternativa a las penas privativas de libertad de hasta ocho años (artículo 85 y ss.).

Las **penas limitativas de derechos,** según el artículo 31 del Código Penal vigente, son de tres tipos:

- Penas de prestación de servicios a la comunidad.
- Penas de limitación de días libres.
- Penas de inhabilitación.

Ellas fueron una importante innovación del Código Penal de 1991. No solo por la renovación normativa y político-criminal que se produjo en torno a la pena de inhabilitación, sino, sobre todo, por la incorporación de penas inéditas para el Derecho Penal nacional como la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres. Las cuales, además, aportaban alternativas importantes de sustitución y reemplazo de penas privativas de libertad de corta duración. Lamentablemente, la evolución posterior de todas estas sanciones luego de más de veinticinco años de vigencia del Código Penal de 1991 no puede considerarse afortunada. Todo lo contrario, las sucesivas reformas que han modificado de modo recurrente su estructura y características fundamentales no han logrado posicionarlas en la legislación y en la jurisprudencia como opciones preferentes o prioritarias para la represión conminada y concreta de los delitos. Lo cual las ha mantenido todo este tiempo como penas de segundo nivel, pese a la mayor extensión punitiva que ha alcanzado la pena de inhabilitación que ahora llega a diez años. Es más, tampoco se han explotado

debidamente las notables facultades sustitutivas que ofrecían las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, las cuales también ampliaron sus estándares de reemplazo o conversión punitiva hasta alcanzar a penas privativas de libertad de hasta cuatro años.

El Proyecto del Código Penal de 2016 conserva en lo fundamental las mismas características que actualmente identifican a las penas limitativas de derechos (artículos 39 al 44). No obstante, en lo que concierne a la pena de inhabilitación se reformula su duración temporal hasta por veinte años y se inserta una inhabilitación, definitiva pero revisable (artículo 43). Además, dicho documento también propone extender la capacidad de sustitución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres a fin de que puedan reemplazar penas privativas de libertad de cinco años (artículo 37).

II. SOBRE LAS PENAS DE INHABILITACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

De las penas limitativas de derechos, la **pena de inhabilitación** es la que mayor presencia histórica ha tenido en nuestra legislación penal. Sus antecedentes legislativos se remontan al Código Penal de 1863 (Cfr. artículos 79 al 82).

El sistema legal vigente, que corresponde a la pena de inhabilitación, se concentra entre los artículos 36 al 40 del Código Penal. En estas disposiciones se identifican sus modalidades, duración y efectos.

Tradicionalmente esta modalidad punitiva ha sido configurada para privar, interdictar o suspender el ejercicio de determinados derechos o facultades de los cuales se abusó en la comisión de un delito; pero también para sancionar e impedir en el futuro la infracción de deberes especiales propios del cargo, profesión o función desempeñados por el delincuente. Es por esa especialidad y eficacia sancionadora que la pena de inhabilitación ha sido y es mayormente considerada para sancionar delitos especiales propios o de infracción de deber. Como bien destaca la doctrina especializada, la "filosofía que inspira este tipo de pena es la incapacitadora, esto es, dificultar que la persona esté en situación de realizar el delito y por ello se deberían aplicar en relación al delito cometido. Últimamente se han añadido algunas medidas de inhabilitación en clave de protección de la víctima como, por ejemplo, la prohibición de acercamiento o de residir en un determinado lugar" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 149).

En el artículo 36 del Código Penal se detallan de modo taxativo las incapacidades, suspensiones o restricciones que pueden imponerse al condenado a través de la pena de inhabilitación. En su texto original de 1991 el dispositivo solo incluía ocho opciones y que eran las siguientes:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.
7. Suspensión, cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Posteriormente, a través de las Leyes N°s 29106, 29439 y 29988, se modificaron los alcances de las inhabilitaciones relacionadas con la posesión o uso de armas de fuego, así como con la conducción de vehículos. Además, se incorporó una novena modalidad de inhabilitación, consistente en la incapacidad relativa de ejercer actividades docentes para quienes fueran condenados por delitos de terrorismo, contra la libertad sexual y tráfico ilícito de drogas. Las últimas modificaciones a este artículo ocurrieron con la Ley N° 30076, que elevó a doce las incapacidades del artículo 36. Y, luego, con la Ley N° 30407, sobre protección y bienestar animal, que agregó a dicha norma su decimotercer inciso relativo a la "incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales". Cabe señalar que esta incapacidad también se viene registrando con frecuencia en el Derecho Penal comparado. Por ejemplo, la reforma reciente del Código Penal español ha incluido también en el artículo 39 la inhabilitación especial para "la tenencia de animales".

Una última reforma del artículo 36 del Código Penal se produjo a través de la Ley N° 30901, del 28 de diciembre de 2018. Actualmente esta disposición legal contiene la siguiente relación de incapacidades:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
4. Incapacidad para ejercer, por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.
9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los siguientes:

   a) Terrorismo, previsto en el Decreto Ley N° 25475.

b) Apología del delito de terrorismo, establecido en el artículo 316-A.

c) Trata de personas, formas agravadas de la trata de personas, explotación sexual y esclavitud y otras formas de explotación, previstos en los artículos 153, 153-A, 153-B y 153-C.

d) Homicidio simple (artículo 106), parricidio (artículo 107), homicidio calificado (artículo 108) y feminicidio (artículo 108-B).

e) Lesiones graves (artículo 121) y lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (artículo 121-B).

f) Libro Segundo, Título IV, Capítulo IX: violación sexual (artículo 170), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento (artículo 172), violación sexual de menor de edad (artículo 173), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174), violación sexual mediante engaño (artículo 175), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A), Capítulo X (Proxenetismo) y Capítulo XI (Ofensas al pudor público).

g) Tráfico ilícito de drogas, previsto en la Sección II, se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal.

10. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley N° 25475; por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal; por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal; o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o

rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal.

11. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
12. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.
13. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.
14. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

Conforme al modelo legal adoptado por la legislación peruana para regular la pena de inhabilitación, corresponde al órgano jurisdiccional determinar y precisar en la sentencia condenatoria las incapacidades concretas que resultan pertinentes y adecuadas a las características del delito cometido, así como a la condición o *modus operandi* de su autor. En ese sentido, cabe destacar lo dispuesto por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008: "En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo-especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena" (Cfr. fundamento jurídico 8). Lo cual resulta coherente con los cambios funcionales que tuvo la pena de inhabilitación en nuestra legislación al suprimirse del Código Penal de 1991 toda forma de **inhabilitación absoluta o perpetua** y optarse, más bien, por diseñar una pena de inhabilitación **especial y temporal.**

No obstante, algunas disposiciones originales del mismo Código Penal de 1991 contradijeron esta razonable opción normativa, al extremo de que incorporaron para determinados delitos, como el de tráfico ilícito de drogas con agravantes, la posibilidad legal de aplicar incapacidades poco coherentes

o incompatibles con las características de los autores del hecho punible o del *modus operandi* utilizado en su ejecución. Por ejemplo, el artículo 297, desde su redacción inicial, incluyó en la pena de inhabilitación las incapacidades previstas en los **incisos 5 y 8 del artículo 36** que trataban de la suspensión de derechos familiares y de grados o distinciones militares u honoríficas. Los efectos negativos de dicha incoherencia normativa se hicieron notar en las decisiones de jueces y fiscales que de modo inconsistente y reiterado aplicaron en sus dictámenes y sentencias tan impertinentes incapacidades, de modo que en más de una ocasión se ha impuesto este tipo de restricciones a personas solteras, sin hijos, analfabetos o con niveles básicos de instrucción. Lamentablemente, esta incorrecta praxis se mantuvo por mucho tiempo en el escenario nacional, hasta que la Corte Suprema al revisar una sentencia condenatoria procedente de Ayacucho la enmendó mediante la Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2015 recaída en el Recurso de Nulidad N° 992-2014. Con esta decisión el Supremo Tribunal declaró nula la imposición de tales incapacidades, configurando una línea jurisprudencial compatible con la función punitiva de la pena de inhabilitación y que se ha consolidado en la actualidad.

Según el artículo 37 del Código Penal, la pena de inhabilitación tiene en el sistema jurídico peruano una doble posibilidad operativa. Esto es, ella puede ser aplicada como pena principal o como pena accesoria. En tal contexto, la pena de inhabilitación tiene la condición de **pena principal** siempre que esté regulada de modo específico o general como pena conminada para reprimir delitos tipificados en la parte especial o en leyes penales complementarias o accesorias al Código Penal. Así, por lo demás, lo ha destacado también el antes citado Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia, al procurar esclarecer algunos errores teóricos y técnicos del legislador nacional, quien reiteradamente ha incluido penas de inhabilitación para determinados delitos bajo la equivocada calificación de "accesorias". Al respecto, la aludida jurisprudencia vinculante señalaba lo siguiente: "La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177, 181-B y 398 del Código Penal, **se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal"** (fundamento jurídico 7).

La pena de **inhabilitación accesoria** ha quedado reservada solo para los casos en los que no sea posible imponer una pena de inhabilitación principal. Al respecto, la legislación vigente regula dos supuestos. El del artículo 39 referido al delito cometido por el agente que constituye la infracción de un deber especial o el manifiesto abuso de una atribución o facultad propias del cargo, profesión o industria que aquel ejerce. Y el regulado por el artículo 40 vinculado a la realización de un delito culposo de tránsito. En este último supuesto, la pena de inhabilitación accesoria consistirá en la "suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo" (artículo 36, inciso 7). Actualmente esta segunda posibilidad para imponer una pena de inhabilitación accesoria se ha reducido notablemente, ya que para los delitos de homicidio culposo o de lesiones culposas producidos por conducir vehículos bajo efectos del alcohol o drogas; o con inobservancia de reglas técnicas de tránsito, se contemplan penas principales de inhabilitación (Cfr. artículos 111 y 124).

En cuanto a la **duración de la pena de inhabilitación principal,** ella se encuentra regulada por el artículo 38 del Código Penal. Conforme al texto original de esta disposición normativa, su extensión comprendía desde un mínimo de seis meses hasta un máximo de cinco años. No obstante, mediante las Leyes N°s 29106, del 18 de julio de 2007, y 29988, del 17 de enero de 2013, se precisó que las incapacidades señaladas en el párrafo segundo del inciso 6 y en el inciso 9 del artículo 36 del Código Penal eran de carácter definitivo.

También cabe mencionar que excepcionalmente para algunos delitos de la parte especial del Código Penal, la ley ha regulado límites legales superiores. Ello ocurrió, por ejemplo, con el artículo 314 *ab initio*, modificado por la Ley N° 29263 del 2 de octubre de 2008, donde la pena de inhabilitación podía alcanzar una duración máxima de seis años. Posteriormente esta misma disposición legal fue modificada en setiembre de 2015 por el Decreto Legislativo N° 1237, ampliándose la duración límite de la pena de inhabilitación a siete años. Igualmente, algunas leyes penales complementarias fueron incorporando límites de extensión de la pena de inhabilitación mayores que los regulados por el Código Penal. Ello ocurrió, por ejemplo, con el Decreto Legislativo N° 813, sobre delitos tributarios, donde el máximo de la pena de inhabilitación se fijó en siete años (artículo 6); con la ya derogada Ley N° 26830, sobre delitos en espectáculos deportivos, que consiguió un máximo de quince años (artículo 6); y, también, con el Decreto Legislativo N° 1106, referente al delito de lavado de activos, el cual incluyó penas de inhabilitación hasta por seis años (artículo 5).

En 2013, la Ley N° 30077 contra el crimen organizado modificó también el artículo 38 del Código Penal fijando sus límites entre seis meses y diez años, los cuales aún se conservan en el párrafo *ab initio* de dicha norma. Todas estas modificaciones legales fueron anunciando la voluntad legislativa de ampliar la extensión cuantitativa de las penas de inhabilitación principal. En efecto, las modificaciones incorporadas, luego, en este dominio, por el Decreto Legislativo N° 1243 responden en lo esencial a esa orientación normativa y político-criminal.

En lo concerniente a la **extensión de las penas de inhabilitación accesoria,** el artículo 39 del Código Penal planteó desde su redacción original un relevante debate dogmático y jurisprudencial. El origen de esta discusión se localizaba en el párrafo *in fine* del citado dispositivo que consignaba que toda inhabilitación accesoria **"Se extiende por igual tiempo que la pena principal".** Esta ambigüedad del texto generó que un sector interpretara que la duración de la inhabilitación como pena accesoria dependía de la duración de la pena privativa de libertad principal a la que aquella complementaba. Sin embargo, para otro sector, esa opción hermenéutica podía generar la incoherencia de que una pena de inhabilitación accesoria, por ende de menor rango, podría llegar a tener una extensión mayor que la autorizada legalmente para las penas de inhabilitación principal. Nuevamente correspondió al Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, de julio de 2008, fijar posición vinculante al respecto, precisando que, en todo caso, los límites de extensión de la pena de inhabilitación accesoria serían los mismos que fijaba la ley para la pena de inhabilitación principal; esto es, los cinco años de la redacción original del artículo 38: "En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, esta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese cuerpo de leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años (fundamento jurídico 9).

Otra disfunción importante en la evolución reciente de la normativa nacional relativa a la pena de inhabilitación fue lo concerniente a su **modo de ejecución**. En efecto, la escasa claridad legislativa en este dominio y lo asistemático de sus concordancias con otros sistemas normativos, como la Constitución y el Código Civil, determinaron que por mucho tiempo los efectos de suspensión o restricción de derechos y facultades derivados de una condena a pena de inhabilitación fueran en la práctica intrascendentes. Esta grave consecuencia se hizo visible durante los procesos de elección y revocación de

autoridades donde los candidatos elegidos se encontraban afectados por penas de inhabilitación, pero que no se registraron debidamente. En la actualidad problemas similares se han detectado con el reingreso o reclutamiento para cargos públicos de personas que fueron anteriormente condenadas por delitos funcionariales. Todos estos vacíos o desarmonías legales y las malas prácticas generadas por ellos fueron, en gran medida, abordados en el Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, el cual aportó importantes reglas ejecutivas que por su relevante utilidad práctica transcribimos a continuación:

> "La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Este último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:
>
> a) Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal).
>
> b) Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030 y 2032 del Código Civil.
>
> c) En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.
>
> d) Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.

e) Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.

f) Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.

g) Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere– a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

h) Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está– de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente" (fundamentos jurídicos 15 y 16).

Finalmente, es de precisar que toda pena de inhabilitación principal o accesoria que se imponga conjuntamente, o complementando a una pena privativa de libertad efectiva, se cumplirá, siempre, de modo simultáneo. Por tanto, la ejecución de las penas de inhabilitación, en ambos casos, tendrá lugar en paralelo al cumplimiento de la pena privativa de libertad. No es, pues, legalmente admisible una ejecución posterior de las penas de inhabilitación, lo cual, por lo demás ya ha sido esclarecido en la doctrina y jurisprudencia (Cfr. Luis Alejandro Yshií Meza. "La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública". En: *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo.* Idemsa. Lima. 2013, pp. 410-411).

Como se puede apreciar de lo expuesto, a lo largo de la vigencia del Código Penal de 1991, siempre se ha mantenido como un tema discutible y abierto la extensión cuantitativa y cualitativa de la pena de inhabilitación, así como la operatividad, oportunidad y los efectos colaterales de dicha sanción. Por tanto, las coordenadas esenciales para la reformulación y reforma de la pena de inhabilitación quedaron claramente fijadas con todos estos antecedentes. Toca, por tanto, ahora evaluar si las recientes reformas legales han atendido con eficiencia esa problemática.

III. NUEVOS ROLES, RETOS Y ESCENARIOS PARA LA INHABILITACIÓN

En la actualidad la naturaleza jurídica y la utilidad de las penas de inhabilitación vienen generando posiciones discrepantes en la literatura especializada. Así, por ejemplo, para un sector mayoritario la inhabilitación debe mantener su rol funcional de pena. Sin embargo, para otro sector minoritario, su operatividad y eficacia contemporánea responden mejor a las características y efectos de una medida de seguridad (Cfr. Hans Heinrich Jesheck y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen II. Traducción de la 5ª edición alemana a cargo de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima. 2014, p. 1239 y ss.).

Al respecto, cabe señalar que en la legislación peruana la inhabilitación ha merecido siempre la consideración de pena (Cfr. Luis Alejandro Yshií Meza. "La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública". Ob. cit., p. 405; Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen I. 3ª edición. Sagitario. Lima. 1987, p. 383 y ss.). No obstante, en los últimos proyectos de reforma del Código Penal se detecta también la tendencia a incluir medidas de seguridad que tienen notables similitudes materiales con

las incapacidades y efectos propios de las penas de inhabilitación. Por ejemplo, en el Proyecto de Código Penal 2008/2009 se incluyó la medida de seguridad de **restricción de derechos y facultades,** a través de la cual se aplicarían limitaciones o prohibiciones, con fines de control y vigilancia, a los imputables o imputables relativos que lo requieran (artículo 79). Y en el Proyecto de Código Penal de 2016 se regulan también restricciones similares para aplicarse a delincuentes reincidentes bajo la denominación de **medidas de vigilancia** (Cfr. artículo 107).

Pero al margen del aludido debate, resulta evidente que en la sociedad contemporánea el privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos políticos, civiles o económicos; así como de funciones, profesiones, artes u oficios, contiene siempre una esencia predominantemente punitiva, aunque esta se manifieste de modo diferente y quizá menos sensible que en otras penas como las privativas de libertad. En ese sentido, es pertinente ratificar que las inhabilitaciones "pueden resultar penas muy eficaces, pues no es baladí prohibir el ejercicio de una profesión, privar del carné de conducir, prohibir contratar o recibir subvenciones y becas de la Administración Pública, o impedir que una persona se presente a las elecciones" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 149).

Sin embargo, también cabe reconocer que en la actual política criminal las necesidades de eficacia y oportunidad controlista sobre determinadas formas de delincuencia, como la funcionarial o la que se expresa como abuso de género, encuentran en las características peculiares de la inhabilitación, opciones también preventivas, aseguradoras, cautelares e incluso de eficacia predelictual. Ejemplos de esta pragmática tendencia los encontramos también en la legislación nacional vigente, a través de las medidas interdictivas que contempla el Código Procesal Penal de 2004 bajo la denominación de **suspensión preventiva de derechos** (artículos 297 al 301) y en las medidas **de protección** que recogen procedimientos de orientación cuasipenal, como el que regula la Ley N° 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del núcleo familiar (artículo 22).

Resulta evidente el objetivo preventivo y de control que posibilitan estas innovadoras formas de incapacidad que comprenden medidas análogas a las penas de inhabilitación. Es más, ellas han sido requeridas, de modo reiterado, por las más activas corrientes de la victimología moderna y de la víctimodogmática. Por tanto, no caben dudas sobre su pertinencia normativa y sobre

su utilidad práctica para nuestra realidad. Especialmente en lo que concierne a los delitos relacionados con actos de violencia familiar o de género, donde suele ser común la aplicación de un *modus operandi* que se expresa en actos de amenazas u otras formas de hostigamiento sobre las víctimas o sus familiares más cercanos. Al respecto, el listado de "**medidas de Protección"** de eficacia cautelar que regula el artículo 22 de la citada Ley N° 30364 es bastante elocuente al contemplar las siguientes opciones:

a) Retiro del agresor del domicilio.

b) Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.

c) Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.

Pero, al igual que en la experiencia legislativa internacional, la pena de inhabilitación en el Perú sigue siendo empleada con mayor intensidad para sancionar delitos funcionariales; esto es, para responder penalmente a conductas que expresan abuso de posiciones de poder, de capacidades profesionales o de habilidades técnicas. Esta actitud legislativa, por lo demás, responde con coherencia a la operatividad y eficacia punitiva que a la pena de inhabilitación tradicionalmente le han atribuido y reconocido los especialistas nacionales. Por ejemplo, estos últimos han sostenido reiteradamente que "el fundamento para su imposición como pena estriba en que el agente infraccionó un deber especial propio del cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o se prevalió de su posición de poder o dominio para cometer un determinado delito" (Luis Alejandro Yshií Meza. "La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública". Ob. cit., p. 405).

No obstante, recientemente también se ha hecho evidente que esta clase de pena puede resultar igualmente útil en otros dominios como los conectados a delitos empresariales o de criminalidad organizada como el lavado de activos o la minería ilegal. En efecto, "también podría aplicarse a los particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplada en el artículo 36, inciso 4 del Código Penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria" (Percy García Cavero. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Grijley. Lima. 2008, p. 694). Y en relación con esta última posibilidad, cabe agregar, en línea complementaria, que la pena de inhabilitación, al igual que

la pena de multa, ofrece notable flexibilidad estratégica para adaptarse y responder a prácticas complejas de corrupción de sistema como las que se vienen viabilizando con formas sofisticadas o encubiertas de criminalidad de personas jurídicas. Lo ocurrido recientemente en varios países de la región hace sensible y necesario el retroalimentar los roles y características de la pena de inhabilitación a fin de poder insertarse con eficiencia en esos nuevos escenarios de delincuencia especializada y de poder económico, político y tecnológico como los que muestran los casos emblemáticos de Lava Jato o *Panama Papers*, entre otros.

En este nuevo contexto el Estado peruano debe también formular e implementar reformas urgentes que modernicen la estructura, las modalidades, los contenidos y los efectos de las penas de inhabilitación. Por lo demás, ya existen sobre estos aspectos algunas sugerencias interesantes que han sido formuladas por la doctrina nacional (Luis Alejandro Yshií Meza. "La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública". Ob. cit., p. 424).

IV. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1243

El Decreto Legislativo N° 1243 fue promulgado el 21 de octubre de 2016. Como se destaca en su parte considerativa, este dispositivo legal formaba parte de un sistema de normas producidas por el Poder Ejecutivo, en ejercicio de facultades legislativas delegadas por el Congreso de la República a través de la Ley N° 30506. De modo especifico, se mencionó que "el Código Penal establece en su artículo 38 la duración de la inhabilitación principal la cual requiere una modificación a fin de restringir de manera más efectiva la posibilidad de acceder o de reincorporarse a la función o servicio público a quienes hubieren sido condenados por delitos contra la Administración Pública tipificados en la Sección II, III y IV del Capítulo II del Título VIII de dicha norma". Este considerando era importante porque identificaba que la razón esencial de las reformas que se aplicarían en el articulado del Código Penal sobre la pena de inhabilitación tenían una finalidad exclusivamente pragmática, que era la de servir para evitar que los condenados por delitos contra la Administración Pública pudieran retornar o ser nuevamente reclutados para el servicio del Estado, al cual habían defraudado y lesionado con anterioridad cuando ejercieron como funcionarios. Esto es, las enmiendas propuestas no tuvieron el propósito técnico de afinar la estructura normativa de la pena de inhabilitación o

superar los viejos y nuevos problemas normativos y prácticos que hemos reseñado anteriormente. De allí que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1243 haya procurado ser muy preciso y prudente al definir sus objetivos del modo siguiente: "El presente Decreto Legislativo tiene por objeto modificar el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, a fin de establecer la pena de inhabilitación principal para los delitos contra la Administración Pública, así como ampliar el plazo de duración de la misma y crear el Registro Único de Condenados Inhabilitados". Lo cual explica que su composición normativa y los cambios contenidos en sus diferentes artículos no hayan incluido alternativas realmente novedosas y necesarias, limitándose a formalizar propuestas sugeridas durante el último proceso electoral como "la muerte civil de los actores de prácticas de corrupción administrativa" (Jearsineo Ray Yarlaqué Montero. "Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243 que incorpora la inhabilitación perpetua". En: *Actualidad Penal*.N° 31. Enero de 2017, p. 16).

Ahora bien, la sistemática seguida por el Decreto Legislativo N° 1243 permite distinguir que sus normas se relacionan con siete modificaciones específicas:

- Reformar la extensión de las penas de inhabilitación principal.
- Incorporar una nueva modalidad de inhabilitación principal perpetua o de duración indeterminada, la cual solo sería aplicable a supuestos graves de criminalidad contra la Administración Pública.
- Incorporar penas conjuntas de inhabilitación en el articulado de la parte especial correspondiente a los más caracterizados delitos funcionariales.
- Reformular la naturaleza, eficacia y operatividad de la pena de inhabilitación regulada en el artículo 426 del Código Penal.
- Modificar los presupuestos de eficacia de la rehabilitación automática previstos en el artículo 69 del Código Penal, para los casos de condenas a penas de inhabilitación perpetua.
- Configurar un procedimiento de revisión de la duración indeterminada de la inhabilitación perpetua para posibilitar los efectos cancelatorios de la rehabilitación.
- Crear y reglamentar un sistema de registro con cobertura nacional para condenados a penas de inhabilitación por delitos contra la Administración Pública para evitar su reingreso al servicio público.

A continuación haremos un breve examen crítico de los principales cambios introducidos.

1. Reformas en la regulación de las penas de inhabilitación principal

En este dominio, el Decreto Legislativo N° 1243 aporta dos modificaciones importantes en el artículo 38 del Código Penal. En ambos casos se trata de decisiones de sobrecriminalización de determinados delitos funcionariales. En efecto, por un lado se eleva, entre cinco a veinte años, la duración de la pena de inhabilitación principal aplicable a un total asistemático de diecisiete delitos contra la Administración Pública (se trata de los delitos tipificados en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400 y 401). Y, en segundo lugar, introduce para ese mismo grupo de hechos punibles la modalidad de inhabilitación principal perpetua cuando su ejecución sea realizada por quien actúa como integrante de una organización criminal o cuando la conducta punible cometida afecte "programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o desarrollo" por montos económicos superiores a "quince unidades impositivas tributarias".

La primera observación crítica que cabe formular a esta modificación es de carácter técnico y sistemático. Las reformas introducidas son en realidad circunstancias agravantes específicas en tanto agravan la penalidad conminada para un listado de delitos regulados en la parte especial. El artículo 38 no solo está en la parte general del Código Penal, sino que, además, cumple la función de caracterizar de modo genérico a la pena de inhabilitación. Por tanto, lo pertinente hubiera sido señalar en el artículo 38 solo las nuevas modalidades y extensión que ahora tendría la pena de inhabilitación principal. Cabe mencionar que un modelo al respecto lo encontramos en el artículo 59 del Proyecto de Código Penal de 1986, donde la pena de inhabilitación fue configurada como de duración indeterminada o temporal.

En todo caso, el lugar apropiado para incluir estas sobrecriminalizaciones específicas también pudo ser el marco genérico y de eficacia omnicomprensiva del artículo 426 o el de la propia redacción de cada uno de los tipos penales involucrados.

En cuanto a lo técnico y político-criminal, es de cuestionar la configuración de la nueva inhabilitación perpetua. La cual ni es una inhabilitación absoluta que lleve a una pretendida "muerte civil" ni es perpetua en el sentido de no tener un límite de duración distinto al de la propia extinción de la vida del condenado. Lo que sí ocurría en los Códigos Penales de 1863 y de

1924, que incluso consideraban la pena accesoria de interdicción civil (artículos 79 y 83 del Código Penal de 1863; 28, 30 y 31 del Código Penal de 1924). La modalidad que ahora nos ocupa responde, simplemente, a una especie de inhabilitación definitiva o de duración indeterminada pero revisable temporalmente, similar a la que fue regulada en el artículo 43 del Proyecto de Código Penal de 2016.

Pero también la pretendida inhabilitación perpetua es cuestionable desde un enfoque de utilidad político-criminal. Sobre todo porque su focalización en determinados delitos funcionariales y su eficacia solo bajo circunstancias agravantes muy específicas debilitan su mensaje social y hace poco efectiva su opción aplicativa. Hubiera sido preferible construir una fórmula general para todo delito funcionarial grave o contra la humanidad como la desaparición forzada de personas y la tortura.

2. Incorporación de penas conjuntas de inhabilitación en delitos funcionariales

Una innovación sensible que aporta el Decreto Legislativo N° 1243 se relaciona con la introducción específica de penas de inhabilitación en la penalidad conminada de un número significativo de delitos contra la Administración Pública. Si bien se trata de hechos punibles muy caracterizados, como la colusión, el peculado y diferentes modalidades de corrupción, esta técnica legislativa se aleja de los orígenes del Código Penal de 1991 y deja en un rol casi simbólico y subsidiario la operatividad del artículo 426; este artículo, lamentablemente, ha tenido una evolución muy desafortunada a lo largo de más de veinticinco años de vigencia de nuestro código sustantivo.

Pero, al margen de lo desatinado de esta reforma, lo negativo es que no se consigna en ningún delito ni en el artículo 426 los límites de duración de la pena de inhabilitación aplicable. El texto legal, en todos los casos, solo se refiere a la inhabilitación que "corresponda". Con lo que toda posible diferencia legal de dosificación punitiva desaparece. Por tanto, muy bien pudo reformularse el citado artículo 426 y señalar que: "A todos los delitos de los Capítulos II y III de este Título, se les aplicará, además, una pena de inhabilitación en la extensión que corresponda y dentro de los límites fijados por el artículo 38, conforme a los incisos pertinentes del artículo 36". Una modificación legal de estas características hubiera resultado menos arbitraria y ambigua.

No resulta acertada la observación de algunos comentaristas, en el sentido de que la extensión cuantitativa de la pena de inhabilitación, tal como ha sido modificada, podría ser superior en varios delitos al estándar máximo regulado para la pena privativa de libertad. El que se fijen penas principales conjuntas de inhabilitación no ata, en ningún caso, su extensión a la de otras penas de distinta naturaleza. Además, los casos modificados por el Decreto Legislativo N° 1243 no incorporan en ningún supuesto inhabilitaciones accesorias que compliquen su ejecución. Por tanto, es perfectamente viable que se imponga al autor de un delito de peculado o colusión ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación principal conjunta por diez o veinte años (Jearsineo Ray Yarlaqué Montero. "Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243 que incorpora la inhabilitación perpetua". Ob. cit., pp. 18-19).

3. Revisión y rehabilitación de la penas de inhabilitación perpetua

Para compatibilizar y compensar los efectos o excesos limitadores de las incapacidades que produce la inhabilitación perpetua, el Decreto Legislativo N° 1243 ha incluido también normas que modifican los presupuestos y consecuencias generales de la rehabilitación en el Código Penal (artículo 69, párrafo *in fine*). Pero, además, ha regulado en el Código de Ejecución Penal un procedimiento destinado a extinguir anticipadamente la duración de las condenas a penas de inhabilitación perpetua (artículo 59-B) y posibilitar la plena rehabilitación de los condenados a dicha pena. Para esto último se han reproducido criterios similares a los que se utilizaron anteriormente para revisar la pena privativa de libertad de cadena perpetua (artículo 59-A). En coherencia con ello, se permite que el condenado a inhabilitación perpetua pueda extinguir la pena impuesta cumpliendo determinados requisitos y con anuencia razonada de la autoridad judicial que lo condenó. Todo ello aparece en el Capítulo Sexto sobre Revisión de la condena de inhabilitación perpetua incorporado al ordenamiento de ejecución penal (Título II). Esto es, se trata de una especie de beneficio penitenciario que requiere como presupuestos de acceso y procedencia los siguientes:

- Que se hayan cumplido veinte años de condena.
- Que se promueva el incidente de solicitud de revisión respectivo de oficio o por instancia de parte.
- Que el solicitante no haya sido condenado por otro delito cometido durante la ejecución de la pena de inhabilitación impuesta.

- Que el solicitante no tenga procesos penales pendientes a nivel nacional.
- Que el solicitante no figure registrado en el Registro Nacional de Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci).

Ahora bien, en caso de una resolución judicial denegatoria firme (mantener la pena de inhabilitación perpetua y su cumplimiento), la ley permite que el procedimiento pueda reiterarse anualmente pero siempre a petición de parte.

Si la resolución del órgano jurisdiccional es estimativa, se declara la extinción de la pena de inhabilitación perpetua y la consecuente rehabilitación del condenado conforme a los efectos regulados por el artículo 69 del Código Penal. Esta decisión puede ser apelada por el Ministerio Público y la parte civil (artículo 59-B, inciso 5).

Las reglas citadas no son del todo precisas en algunos aspectos. Por ejemplo, en el inciso 2 del artículo 59-B no se identifica la naturaleza del nuevo delito ni el tipo de condena que genera el antecedente penal que hace inviable el acceso a la rehabilitación. Con relación a ello y dada la naturaleza del beneficio solicitado, consideramos que debe tratarse de un nuevo delito doloso y de una condena a pena privativa de libertad de ejecución efectiva. Ahora bien, la nueva condena puede ser por cualquier delito y la pena de cualquier extensión.

Tampoco hay justificación expresa sobre el tipo de proceso o la estación procesal de las causas judiciales pendientes. Puede, por tanto, tratarse de procesos en trámite de investigación preparatoria o que se encuentren en la etapa del juzgamiento o en un procedimiento de impugnación.

Nos parece excesivo e incompatible con la función de la rehabilitación, la exigencia de un dato negativo del solicitante en el Redereci. En todo caso, estimamos que solo debe limitarse el acceso a la rehabilitación cuando la reparación civil insoluta corresponda a la misma condena que impuso la pena de inhabilitación perpetua.

V. OTRAS REFORMAS EN LA PENA DE INHABILITACIÓN

Con posterioridad al Decreto Legislativo N° 1243, el legislador nacional ha realizado otras reformas normativas que también han afectado a la pena de inhabilitación. La más importante ocurrió a través del Decreto Legislativo N° 1367, del 27 de julio de 2018. Con ella se extendió el radio de aplicación de

la inhabilitación perpetua para comprender algunas modalidades de criminalidad organizada, como los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y financiación del terrorismo. Al respecto, uno de los considerandos de este dispositivo legal precisó lo siguiente: "Que, es necesario evitar el ingreso a la administración pública de los condenados por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y tráfico ilícito de drogas, impulsando que el Estado cuente con un potencial humano íntegro para el ejercicio de la función pública, que carezca de antecedentes por estos graves ilícitos, tal como fue planteado por la Comisión Presidencial de Integridad en su informe final y el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021".

También es pertinente señalar que otra reforma trascendente fue la que afectó al artículo 41 de la Constitución. Esta modificación se formalizó mediante el artículo único de la Ley N° 30650, del 19 de agosto de 2017, y declaró **la imprescriptibilidad de determinados delitos de corrupción, que una ley ordinaria posterior debería de especificar.** Esto último, hasta el presente no ha ocurrido, con lo que se ha hecho evidente el sentido meramente simbólico de dicha reforma. Lo cual es lamentable, ya que ello hubiera complementado adecuadamente la misma voluntad político-criminal que motivó la incorporación de la pena de inhabilitación perpetua que hizo el Decreto Legislativo N° 1243. En el sentido de promover la de interdicción y represión severa de los delitos de abuso de posición cometidos por funcionarios y personas expuestas políticamente (PEP). Desafortunadamente estas conductas delictivas tienen hoy una presencia muy extendida e intensa en Latinoamérica y han afectado gravemente la credibilidad social en las instituciones del Estado.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Latinoamérica y el Perú transitan en el presente por una coyuntura grave y difícil, caracterizada, sobre todo, por el resurgimiento de la criminalidad asociada a actos de corrupción y lavado de activos imputados a PEP, con poder político, económico y mediático.

Por tanto, los retos del futuro inmediato para el sistema de control penal son complejos y en muchos aspectos inéditos. Toca, por tanto, al Estado, a las instituciones competentes y a la sociedad civil desarrollar e internalizar nuevas estrategias y programas de política criminal que estén más a la altura de las actuales manifestaciones de dicho fenómeno de criminalidad de sistema.

Por tanto, ensayar medidas desesperadas y dispersas como las que se vienen implementando o improvisando en varios países de la región pueden

resultar en varios aspectos contraproducentes, en tanto su utilidad lineal solo permitirá identificar y sancionar modalidades convencionales de corrupción administrativa o a delincuentes de condición fusible e intrascendente (David Pereda Z. "Paquete anticorrupción". En: diario *La República*. Edición del 13 de febrero de 2017, p. 8).

La alta corrupción, que es el problema central que atraviesa al continente, demanda, pues, de una lectura mucho más integral y estratégica para ser coherente con las actuales dimensiones del problema. Y, en este contexto, no cabe duda de que el éxito dependerá de la eficacia y oportunidad de la cooperación judicial internacional en materia penal, así como de la autonomía funcional u operativa que exhiban las agencias penales internas. Se debe, pues, comenzar por fortalecer ideológica y materialmente ambos espacios de gestión y acción.

No obstante, en lo ordinario, anecdótico y disperso de las políticas y debates nacionales sobre estas materias, sería muy oportuno aprobar en el más breve plazo, la aún pendiente precisión legal de los delitos de corrupción que conforme al artículo 41 de la Constitución serán imprescriptibles.

Al respecto, es de señalar que desde inicios de mayo de 2019 está pendiente de aprobación en el Congreso de la República un proyecto de ley dirigido a identificar tales hechos punibles (Proyecto de Ley N° 04319/2018-CR).

Bases para una nueva dogmática de la determinación judicial de la pena en el Perú[7]

I. NECESIDAD DE UNA NUEVA DOGMÁTICA

Una consecuencia inmediata de la incorporación de un nuevo marco legal para la determinación judicial de la pena, como el propuesto con las reformas introducidas en el Código Penal por la Ley N° 30076, es, sin lugar a dudas, la necesidad teórica y práctica de construir, también, una nueva dogmática que ayude a la adecuada designación y aplicación de sus normas, categorías y procedimientos.

Especialmente, en nuestro país, cubrir este requerimiento epistemológico resulta pertinente e indispensable, ya que históricamente este ámbito ha permanecido ausente del interés técnico de los juristas y rodeado de múltiples conceptos prácticos incorrectos o distorsionados. Ejemplo de esta última deficiencia ha sido el de denominar y entender que **la confesión sincera, la tentativa o la complicidad secundaria son todas circunstancias atenuantes**; o interpretar, al pie de la letra, que si el legislador alude a los efectos punitivos de supuestos legales similares con un "el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal", como ocurre en el artículo 21 del Código Penal vigente, que trata de las **eximentes imperfectas**, la ley otorga al órgano jurisdiccional la absoluta facultad de, incluso, ignorar

(7) Publicado originalmente en: *Libro homenaje al profesor Germán Small Arana*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2016, pp. 846-881.

la presencia material de sus presupuestos y requisitos funcionales y, por tanto, no generar ningún efecto reductor de la punibilidad establecida.

No obstante, hay que reconocer que también en otros sistemas normativos, más complejos y mejor estudiados, como el español, la dogmática penal de la determinación de la pena no ha alcanzado aún un desarrollo equivalente al producido en torno al hecho punible. Al respecto, es muy válida la crítica formulada por SILVA SÁNCHEZ, quien reconoce que siempre "la teoría de la individualización judicial de la pena, esto es, la determinación del cuánto de la pena dentro del marco legal se quedaba, en cambio, al margen de ese desarrollo y refinamiento" (Jesús-María Silva Sánchez. "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19. 2007, p. 468).

Ahora bien, entre nosotros este evidente estancamiento tiene diversa etiología. Sin embargo, en lo esencial, él se origina por la inidónea técnica legislativa empleada por el legislador nacional para regular tan delicada actividad jurisdiccional. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Código Penal de 1991, el cual en su redacción original, anterior a la Ley N° 30076, reguló una limitada, obscura y dispersa normativa sobre la determinación judicial de la pena. Efectivamente, sus disposiciones al respecto se encontraban repartidas, cuando no confundidas, en artículos aislados de la parte general, así como en asistemáticas normas de la parte especial. Es más, también coexistían reglas sobre la determinación judicial de la pena esparcidas en la legislación procesal penal vigente. Tal desorden legislativo, lamentablemente, motivó poco el razonamiento especializado de los penalistas nacionales que poco aportaron para intentar conectar y explicar dogmáticamente tan confuso y anómalo sistema normativo. En este contexto, además, algunos autores como CARO CORIA trasladaron complejos criterios de la dogmática alemana totalmente ajenos a la redacción y estructura normativa nacional, incrementando con ello la nebulosa teórica y práctica sobre la materia (Cfr. Carlos Caro Coria. "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal.* Corte Superior de Cajamarca. Cajamarca. 2014, p. 402 y ss.).

A todas esas falencias del sistema normativo se agregaron, también, desde el quehacer de los operadores de justicia, arbitrariedad, desorientación y complejidad práctica, lo cual fue tornando incomprensibles para todo examen de argumentación los resultados punitivos declarados en una sentencia condenatoria.

De allí, pues, que una nueva teoría de la determinación judicial de la pena debe ser elaborada con el rigor científico que demanda su relevante utilidad práctica, razón por la cual nos alarma el inusitado interés por analizar la nueva normativa que aporta la Ley N° 30076 a través de enfoques desinformados, carentes de soporte teórico solvente y que registran evidentes cuotas de improvisación y desconcierto. Como destaca BESIO HERNÁNDEZ, "[l]a individualización judicial de la pena constituye un ámbito especialmente complejo y problemático del quehacer judicial, principalmente porque el legislador no provee de reglas específicas susceptibles de ser utilizadas por el juez de forma unívoca en la elección de la respuesta punitiva adecuada al delito y a su autor, sino que, más bien, este se encuentra enfrentado a un sinnúmero de problemas, que requieren de la resolución previa de otro sinnúmero de problemas (así la interpretación de los criterios legales de medición), que dependen, unos y otros, en buena medida de su particular visión del sistema penal (de, por ejemplo, la finalidad que se considere cabe atribuir al Derecho penal y a la pena). En consecuencia, nunca es claro cuál es la cuantía de pena que debe corresponder al delito cometido ni tampoco cuál es la cantidad de pena adecuada a su autor" (Martín Besio Hernández. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p. 23). Por consiguiente, la actitud responsable del jurista en este dominio es la única garantía de que las reformas introducidas por la Ley N° 30076 alcancen los resultados positivos que de ella se esperan. En tal sentido, en un proceso transitorio de asimilación de las disposiciones y procedimientos regulados por la nueva legislación, la improvisación y el desarrollo de enfoques imprudentes y distorsionados en la doctrina nacional solo pueden promover confusión y malas prácticas, a la vez que generar temor y recelo en torno a la utilidad de las innovadoras reglas de medición de la pena. Estas, por el contrario, requieren de un meditado esclarecimiento teórico que, con solvente y compatible argumentación, las hagan viables para el ejercicio práctico los operadores de la justicia penal. De allí que resulten preocupantes, por ejemplo, los bien intencionados pero apresurados comentarios que se vienen formulando y publicando en torno a las nuevas fórmulas de determinación judicial de la pena. Por ejemplo, los realizados por ORÉ SOSA, quien califica como de origen colombiano al artículo 45-A y, citando a VELÁSQUEZ, da una lectura sesgada e incorrecta a la operatividad de la disposición nacional o confunde causales de disminución de punibilidad como la tentativa o las eximentes imperfectas con atenuantes privilegiadas; es más, por las notorias limitaciones técnicas de su exégesis, concluye sin poder desarrollar un esquema operativo, y necesariamente diferente del diseñado en el artículo 45-A, para la decisión de la pena en caso de la presencia de lo que

denomina circunstancias **"especificas"** (¿?) o de agravantes cualificadas como la reincidencia (Cfr. Eduardo Oré Sosa. "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 51. Lima. Setiembre de 2013, p. 11 y ss.). Algo similar ocurre con los esfuerzos hermenéuticos realizados por PÁUCAR CHAPPA, quien, utilizando alguno de nuestros conceptos operativos, pero no adaptándolos plenamente a la nueva regulación, construye complejos esquemas que terminan confundiendo las distintas clases de circunstancias y sus diferentes momentos operativos y efectos. En efecto, este autor pretende aplicar el sistema de tercios también en casos hipotéticos de concurrencia de una **circunstancia agravante específica de primer nivel con la que denomina circunstancia genérica privilegiada establecida en el artículo 22,** la que en realidad técnicamente es una causal de disminución de pena (Marcial Eloy Páucar Chappa. "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 51. Setiembre de 2013, p. 28 y ss.). Más complicado es el análisis que formula JIMÉNEZ NIÑO, quien en sus ejemplos y cuadros hace concurrir circunstancias de operatividad técnica incompatible y esboza, también, un sofisticado *iter* de ubicación de la pena concreta que preferimos transcribir: "El procedimiento para la individualización de la pena concreta se inicia con la ubicación de intervalo de pena (pena abstracta), luego se realizan las modificaciones ante la presencia de circunstancias privilegiadas o cualificadas, para finalmente dividir el intervalo obtenido en tercios, y ubicar la pena concreta de acuerdo a las circunstancias atenuantes o agravantes contenidas en el artículo 46" (Cfr. Sergio Jiménez Niño. "La determinación de la pena en la Ley N° 30076: ¿de dónde parto?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 51. Setiembre 2013, p. 43 y ss.). Diferente, aunque no menos incierta, ha sido la postura adoptada por VILLA STEIN, quien con la prudencia de un juez titular de la Corte Suprema, ha preferido en la última edición de su *Derecho Penal. Parte general,* ignorar los relevantes cambios introducidos en las disposiciones sobre determinación judicial de la pena y limitarse a seguir analizando las normas ya derogadas del texto original del artículo 46 del Código Penal, colaborando, de esa manera, a mantener la nebulosa dogmática que existe en torno a dicha temática en vez de procurar esclarecer sus alcances (Cfr. Javier Villa Stein. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Ara Editores. Lima. 2014, p. 567 y ss).

A lo ya señalado hay que agregar que en recientes desarrollos operativos, que se vienen produciendo en dictámenes fiscales y sentencias judiciales, también se detecta desconcierto y prácticas que distorsionan los contenidos y propuestas del nuevo marco normativo. Por ejemplo, en el dictamen de la Primera

Fiscalía Suprema en lo Penal N° 446-2014-MP-FN-1ª FSP, del 22 de mayo de 2014, se ensaya el siguiente esquema para la determinación de la pena en casos de conclusión anticipada de la audiencia o conformidad: "(...) cuando se produce la conformidad, el Tribunal está vinculado y obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita, así como de la pena solicitada. Desde esa perspectiva, el margen de valoración permitido al Tribunal resulta mínimo; verbigracia, la determinación de la pena –cuando sea cuestionada (no solo mediante recurso, sino antes de la instalación del juicio o antes de expedirse sentencia)– no tendrá como referencia inicial la pena abstracta mínima y máxima del tipo penal; sino, el nuevo intervalo estará condicionada a la pena solicitada por el representante del Ministerio Público (...)". Al margen de que esta interpretación ya confunde los efectos y la oportunidad aplicativa de las reglas de reducción por bonificación procesal que operan en los casos de conformidad según el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, se utiliza luego en la determinación de la pena un procedimiento complejo que equivocadamente identifica la tentativa con una atenuante privilegiada, así como agravantes genéricas con específicas y que, finalmente, produce un resultado punitivo incomprensible:

> "i) La pena abstracta mínima y máxima aplicable a este proceso es de 12 a 15 años; sin embargo, advertimos una circunstancia atenuante privilegiada; esto es, la tentativa del delito de robo agravado; por lo que conforme al artículo 45-A, numeral 3, literal a), la pena se determina por debajo del tercio inferior; es decir, por debajo de los 12 años de pena privativa de libertad.
>
> ii) En el presente caso, consideramos que por efecto de la tentativa debe reducírsele 3 años de pena privativa de libertad, resultando 9 años de pena privativa de libertad; en ese sentido, el nuevo intervalo para determinar la pena concreta será de 9 a 12 años de pena privativa de libertad. Que, en el presente caso no opera la confesión sincera realizada regulada en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales; puesto que, para su configuración se necesita que seas espontánea, inmediata y coadyuve a la investigación, lo que no sucede porque los acusados fueron intervenidos en flagrancia.
>
> iii) Los intervalos aplicables en este caso son 9-10, 10-11 y de 11-12; siendo el caso [de] que la pena deberá ser determinada en el intervalo 10-11, porque concurre tanto una circunstancia atenuante genérica (no registra antecedentres penales) como una circunstancia agravante genérica (la conducta fue desarrollada por dos personas y con arma blanca), resultando

aplicable el artículo 45-A, numeral 2, literal c); es decir, se determina dentro del tercio intermedio.

iv) En el presente caso, corresponde determinar la pena de (...) en 10 años de pena privativa de libertad, lo que constituye una pena proporcional al hecho realizado, debiendo disminuírsele 1 año y 4 meses por los efectos premiales de la conclusión anticipada del juzgamiento, resultando la pena final a imponérsele de 8 años y 6 meses de pena privativa de libertad"

Frente a tal estado de cosas, corresponde, pues, iniciar desde aquí la edificación de un renovado andamiaje dogmático que permita a los operadores de la justicia penal nacional familiarizarse con los conceptos propios de la nueva teoría de la determinación judicial de la pena, a fin de que puedan, luego, aplicar debidamente el articulado configurado para ese propósito práctico por la Ley N° 30076.

II. LAS BASES TEÓRICAS

En coherencia con la necesidad expuesta, a continuación desarrollaremos una selección de conceptos y contenidos teóricos, cual **definición de términos**, que entendemos indispensables de esclarecer para poder sentar las bases hermenéuticas, que permitan construir la nueva dogmatica sobre la determinación judicial de la pena que nos exige el articulado pertinente de la Ley N° 30076 (Cfr. artículos 45-A y 46). Abarcaremos, en lo esencial, la noción, ubicación sistemática y normativa, así como la oportunidad operativa y eficacia que corresponde a las reglas contenidas en dicho marco normativo. Caber señalar que algunas de estas categorías y conceptos ya los habíamos dado a conocer en anteriores publicaciones (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica. Lima. 2000, p. 95 y ss; Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Nuevo Proceso Penal. Reforma y política criminal*. Idemsa. Lima. 2009, p. 113 y ss.) y a través del Acuerdo N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, que redactamos para la Corte Suprema Plenario de Justicia de la República en el marco del IV Pleno Jurisdiccional en lo Penal de 2008 (Cfr. fundamentos jurídicos 6 al 9). Otros, en cambio, serán objeto de una reformulación o de un cambio de contenido a fin de responder a las nuevas estructuras normativas que propone la legislación ahora vigente.

Los aspectos a tratar serán los siguientes:

1. Determinación judicial de la pena.
2. Etapas operativas de la determinación judicial de la pena.

3. La primera etapa de identificación de la pena básica.
4. La segunda etapa de individualización de la pena concreta.
5. Las mutaciones conceptuales de la pena.
6. Las circunstancias.
7. Circunstancias genéricas.
8. Circunstancias específicas.
9. Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
10. Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.
11. Concurrencia de circunstancias.
12. Causales de disminución o incremento de la punibilidad.
13. Reglas de reducción por bonificación procesal.
14. La pena concreta parcial.
15. Mínimo legal.
16. Máximo legal.

Veamos ahora qué comprende cada uno de ellos.

1. **Determinación judicial de la pena:** Señala FEIJÓO SÁNCHEZ que: "Si se asume que el delito es un injusto culpable y graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable" (Cfr. Bernardo Feijoo Sánchez. "Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 23. 2008, p. 199). En efecto, la determinación judicial de la pena parte de un hecho histórico verificable judicialmente y al cual cabe adscribirle consecuencias jurídicas de naturaleza punitiva en función a su magnitud y significado social o político-criminal. Para ello, el órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento, él se pronuncia sobre la tipicidad o relevancia penal de la conducta atribuida al procesado **(juicio de subsunción)**. Luego, a la luz de la evidencia existente, decide la inocencia o culpabilidad de este con base en los hechos probados **(declaración de certeza)**. Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal del imputado, deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle como autor o partícipe de la infracción penal cometida **(individualización de la sanción)**.

La **determinación judicial de la pena** tiene, pues, relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantititativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales.** Como señala VELÁSQUEZ, con su estudio dogmático solo "se persigue jalonar la elaboración de una teoría de la medición de la sanción que sea coherente con los principios que inspiran un determinado ordenamiento jurídico, de tal manera que sea posible lograr la imposición de una sanción racional, proporcional y, como consecuencia, adecuada en cada caso de la vida real" (Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá. 2009, pp. 1084-1085).

Por consiguiente, pues, en términos concretos podríamos señalar que con la expresión **determinación judicial de la pena** se alude a un procedimiento técnico y valorativo que aplica el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo, cuantitativo y ejecutivo la sanción a imponer en el caso *sub judice*. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso. En la legislación y en la doctrina especializada esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como **aplicación de la pena, individualización judicial de la pena** o **dosificación de la pena.**

2. **Etapas operativas de la determinación judicial de la pena:** Al ser un procedimiento, la determinación judicial de la pena se desarrolla a través de una secuencia de etapas y actos que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala BESIO HERNÁNDEZ, dicho procedimiento "se lleva a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros" (Martín Besio Hernández. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, p. 23). Tradicionalmente se han señalado en la determinación judicial de la pena dos etapas operativas: **la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta.** Cada una de ellas tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político-criminal de dos principios rectores: **el principio de legalidad** que controla el ejercicio de la primera etapa (el juez solo puede aplicar la pena en la forma y magnitud que le autoriza la ley) y **el principio de pena justa** que limita el resultado de la

segunda (el juez solo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso).

3. **La primera etapa de identificación de la pena básica:** La identificación de la pena básica es el primer paso en el proceso de determinación judicial de la pena. A través de ella, el juez hace una declaración formal y expresa sobre su autoridad punitiva y sobre la legitimidad de su ejercicio. Él debe precisar y comunicar desde su sentencia cuáles son los límites legales de la pena o penas aplicables. Para ello el órgano jurisdiccional debe partir de la **penalidad o pena conminada** prevista en la ley para cada delito. Se trata entonces de configurar, con base en él, un **espacio punitivo o de punición** que siempre debe contar con dos extremos: uno mínimo o **límite inicial** y uno máximo o **límite final**. Veamos: si tomamos como ejemplo el delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 106 del Código Penal, la pena básica o pena aplicable tendría que tomar en cuenta la pena fijada en dicha norma y establecer en función a ella el espacio de punibilidad, el que estaría compuesto por un límite inicial o mínimo de seis años y un límite final o máximo de veinte años. Sin embargo, en aquellos otros delitos donde por defecto de técnica legislativa solo se ha considerado en la pena conminada uno de tales límites, sea el mínimo o el máximo, el juez debe integrar el límite faltante con base en los que corresponden genéricamente para cada clase de pena y que aparecen regulados en la Parte General del Código Penal, al precisarse las características especificas de cada sanción punitiva. En la legislación peruana, por ejemplo, ello ocurre en no pocos casos, como en el delito de asesinato tipificado por el artículo 108 y donde la pena privativa de libertad conminada solo registra un límite mínimo o inicial de quince años. En tal supuesto, el juez para poder identificar la pena básica deberá recurrir a los límites genéricos que establece el artículo 29 que trata de las penas privativas de libertad. Según dicha disposición, el magistrado integrará el límite máximo o final faltante y que sería de treintas y cinco años.

4. **La segunda etapa de individualización de la pena concreta:** La individualización de la pena concreta es la segunda etapa del procedimiento de determinación judicial de la pena. A ella le corresponde alcanzar el **resultado punitivo o pena concreta** que deberá cumplir el autor culpable del delito y que será la que realice el *jus puniendi* del Estado en la sentencia condenatoria. La característica fundamental de esta estación es el desplazamiento que debe realizar el juez dentro del espacio punitivo prefijado como pena básica en la primera etapa. Se trata, por tanto, de un

quehacer exploratorio y valorativo que realiza el órgano jurisdiccional al interior de la materia fáctica o suceso histórico del caso *sub judice*. A través de él, la autoridad judicial va indagando, identificando y calificando la presencia de **circunstancias concurrentes en la realización del delito**. Es importante señalar que no se debe omitir la presencia de ninguna circunstancia, pues ello afectará siempre la validez de la pena concreta por no adecuarse a las exigencias del principio de pena justa.

5. **Las mutaciones conceptuales de la pena:** Durante el procedimiento de su determinación judicial la pena experimenta sucesivas mutaciones que le aportan denominaciones distintas. En un primer momento es una pena legal o penalidad conminada. Luego se convierte en una extensión punitiva o pena básica. Y, finalmente, se transforma en un resultado punitivo, pena ya determinada o individualizada, y a la que se denomina pena concreta. Cabe anotar que en más de una ocasión la penalidad conminada de los delitos en la legislación nacional está integrada por dos o más penas como **penas conjuntas,** ello ocurre en los casos de los delitos de receptación patrimonial que contemplan penas privativas de libertad y multa (artículo 194 C.P.) y de tráfico ilícito de drogas que incluye penas privativa de libertad, multa e inhabilitación (artículo 296, primer párrafo C.P.). En estos supuestos la determinación judicial de la pena concreta debe abarcar la individualización de las diferentes penas que componen la penalidad conminada. Algo diferente debe ocurrir cuando la penalidad conminada se componga de dos **penas alternativas,** como se observa en el delito de autoaborto, donde se comprenden penas privativas de libertad y de prestación de servicios a la comunidad (artículo 114 C.P.), aquí el procedimiento de determinación de la pena solo se aplicará sobre la pena elegida por el juez.

6. **Las circunstancias**: Una de las definiciones más claras e ideográficas es la aportada por ANTOLISEI, quien señalaba que "[c]ircunstancia del delito (*de cincum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura" (Francesco Antolisei. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Uteha Argentina. Buenos Aires. 1960, p. 319).

   Ellas adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (**antijuridicidad del hecho**); o el mayor o menor grado de reproche que

cabe formular al autor de dicha conducta (**culpabilidad del agente**). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Su función principal, por tanto, no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido. Cuando las circunstancias promueven una penalidad conminada o pena concreta mayor se les denomina **agravantes** y cuando auspician una penalidad conminada o pena concreta menor son llamadas **atenuantes**.

Las circunstancias no deben confundirse con otras reglas que afectan la construcción o extensión de la pena básica o concreta, como son las denominadas **causales de disminución o incremento de punibilidad** (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria) y las **reglas de reducción punitiva por bonificación procesal** (confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso). Los rasgos de identidad, oportunidad operativa y eficacia los examinaremos más adelante. Por tanto, es incorrecta la calificación de circunstancia privilegiada que el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 (Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR del 14 de mayo de 2014) otorga a la tentativa inacabada en su artículo 23.2: "En la tentativa inacabada el juez reduce la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido. **La tentativa inacabada constituye circunstancia atenuante privilegiada".**

Las circunstancias en la doctrina y en la legislación comparada pueden ser objeto de varias clasificaciones. Sin embargo, atendiendo a las características de nuestra legislación penal, consideramos pertinente referirnos solo a tres clases de circunstancias:

1. Las circunstancias genéricas.
2. Las circunstancias específicas.
3. Las circunstancias cualificadas o privilegiadas.

7. **Circunstancias genéricas:** Son circunstancias genéricas las que se regulan en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancias solo permiten al juez individualizar la pena concreta dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica.

Ahora bien, cuando se trata de **atenuantes genéricas** que identifican una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito y van a determinar una pena concreta menor, la que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica. Por el contrario, si son **agravantes genéricas** que tienen el rol de indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su eficacia se expresará también como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica.

Siguiendo la técnica legislativa de los códigos Penales colombiano (Cfr. artículos 55 y 58) y español (Cfr. artículos 21 y 22), la Ley N° 30076 ha reunido un detallado listado de circunstancias genéricas en el artículo 46. En el primer inciso de dicho dispositivo se incluyen **ocho atenuantes** que son las siguientes:

a) La carencia de antecedentes penales.

b) El obrar por móviles nobles o altruistas.

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables.

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.

f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.

h) La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible.

Y en su inciso segundo el citado numeral ha definido **trece agravantes** que citamos a continuación:

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos.

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

8. **Circunstancias específicas:** Estas circunstancias **específicas** solo se regulan en la parte especial y a través de catálogos o párrafos adicionales que van conexos a determinados delitos. Esa es la condición de las circunstancias agravantes organizadas en el catálogo del artículo 189 y que guardan conexión funcional exclusivamente con el delito de robo (artículo 188) o de aquellas que enumeran los artículo 297 y 298 que están consideradas para operar únicamente como agravantes o atenuantes del delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296, párrafo primero); pero también del párrafo segundo de los artículos 108-B y 152 que

consignan agravantes específicas para los delitos de feminicidio y secuestro, respectivamente.

Tienen también la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado Derecho Penal complementario o accesorio. Ese es el de las circunstancias contempladas por el artículo 10 de la Ley N° 2008, sobre delitos aduaneros; por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 813, sobre delitos tributarios; y por el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1106, sobre delitos de lavado de activos. Sin embargo, no son circunstancias específicas las previstas en el artículo 22 de la Ley N° 30077, contra al crimen organizado, pese a que así son erróneamente designadas en la sumilla que acompaña a dicha disposición en tanto estas no están adscritas a un delito específico, sino que sirven para extender los marcos de punibilidad en casos de organizaciones criminales, función que solo corresponde a las circunstancias agravantes cualificadas que examinaremos luego.

La operatividad y eficacia de las circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes, es limitada y se circunscribe exclusivamente a la determinación de la pena para tales ilícitos. En estos casos, además, la búsqueda de la pena concreta se hace al interior de los límites de una penalidad conminada que el legislador ha registrado expresamente para estos catálogos de circunstancias, los cuales pueden construirse por niveles o grados, como se aprecia en el caso del artículo 186, donde se han configurado tres niveles de agravantes del delito de hurto, cada uno de los cuales está adscrito a una penalidad conminada propia, la cual opera como espacio punitivo o pena básica.

Ahora bien, cuando se trata de catálogos compuestos únicamente por **circunstancias agravantes específicas** de un mismo nivel, cada circunstancia representa un porcentaje cuantitativo del espacio punitivo o pena básica. Por tanto, la pena concreta debe resultar del total porcentual acumulado correspondiente a las agravantes detectadas en el caso, las cuales integrarán sus efectos partiendo del mínimo (que corresponde a la presencia de una sola agravante específica) hacia el extremo máximo (que representa la confluencia de todas las agravantes específicas del catálogo). En cambio, cuando se trate de catálogos compuestos solo por **circunstancias atenuantes específicas,** la operación destinada a la determinación de la pena concreta es inversa. Esto es, partiendo del límite máximo (una sola atenuante específica) se dirige la integración porcentual cuantitativa de

las atenuantes identificadas hacia el extremo mínimo (que corresponde a la confluencia del total de atenuantes reguladas). En muy pocos casos el legislador incluye supuestos de agravantes y atenuantes específicas concurrentes, pero, cuando lo hace, les asigna una penalidad propia y compensada, tal como se aprecia en el caso del artículo 298 *in fine* vinculado al delito de tráfico ilícito de drogas.

9. **Circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas:** Esta clase de circunstancias se distingue de las otras modalidades, porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el delito, configurando un nuevo marco de conminación penal. Efectivamente, si se trata de **circunstancias agravantes cualificadas**, se produce una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo. Ejemplo de ello es la circunstancia cualificada de la reincidencia y que se encuentra regulada en el artículo 46-B del Código Penal. En estos casos la circunstancia aludida genera una modificación consistente en la asignación de un nuevo extremo máximo de la pena conminada y que será equivalente a "una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Es decir, ahora la penalidad conminada y, en su momento, la correspondiente pena **básica, se extenderán hasta este nuevo máximo legal. También son circunstancias agravantes cualificadas las reguladas en los artículos 46-A, 46-C y 46-D**. Igualmente las contenidas en el antes citado artículo 22 de la Ley N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado.

   En cambio, cuando concurre en el caso una **circunstancia atenuante privilegiada,** lo que varía de modo descendente es el mínimo legal original y que será sustituido por uno nuevo e inferior. No existen, de momento, en la legislación vigente, circunstancias atenuantes privilegiadas. Sin embargo, en el artículo 47 *ab initio* del Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 se reguló como tal cuando "la afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve". En tal supuesto se debía considerar un nuevo mínimo legal "hasta una mitad por debajo del mínimo legal" original fijado para el delito y que asumiría la condición de límite máximo.

   Cabe señalar que no tienen la condición de atenuantes privilegiadas **las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal**, ya que si bien posibilitan una penalidad por

debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica así como su oportunidad operativa son muy distintas (Cfr. *Infra* N°s 11 y 12).

10. **Circunstancias agravantes de diferente grado o nivel:** Se identifica como tales a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí. En la legislación penal nacional es frecuente la regulación de este tipo de circunstancias agravantes especificas, especialmente en el caso de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en los artículos 152, 189 y 297 se incluyen circunstancias agravantes específicas de hasta tres grados o niveles. En estos casos, las agravantes de segundo o tercer grado consignan escalas de penas conminadas más severas que las que se establecen para las otras agravantes de menor grado. En el caso del artículo 189, por ejemplo, las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; las agravantes de segundo grado o nivel entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y las de tercer grado o nivel, tienen en su escala de penalidad conminada solo la pena de cadena perpetua.

11. **Concurrencia de circunstancias:** Como precisaba ANTOLISEI: "Aquí es necesario destacar que en un solo delito pueden concurrir varias circunstancias. Debe distinguirse al respecto el caso de que las circunstancias concurrentes sean homogéneas, esto es, todas agravantes o todas atenuantes, del supuesto en que las circunstancias sean heterogéneas, o sea, algunas agravantes y otras atenuantes" (Francesco Antolisei. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Ob. cit., p. 337).

    Es frecuente encontrar en un caso penal, sobre todo cuando este es complejo por identificarse en él una pluralidad de delitos o de agentes, la presencia conjunta de varias circunstancias de igual o distinta naturaleza y efectividad. Esta presencia múltiple de circunstancias configura lo que la doctrina denomina **concurrencia de circunstancias**. La determinación de la pena concreta, en estos supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el **juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente en su correspondiente dimensión, operatividad y eficacia.** Al respecto la doctrina tradicionalmente ha precisado que deben, por tanto, generarse "tantos aumentos o disminuciones de la pena cuantas sean las circunstancias concurrentes" (Francesco Antolisei. *Manual de Derecho*

Penal. Parte general. Ob. cit., p. 337). Siendo así, todas las circunstancia presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significaría, por ejemplo, que en casos de **concurrencia homogénea** a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará el resultado de la cuantificación punitiva, hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido.

Sin embargo, tratándose de una **concurrencia heterogénea** de circunstancias, esto es, frente a la coexistencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena también deberá reflejar ello. En la legislación y en la doctrina, se ha formulado, con relativo consenso, que una alternativa dogmática idónea y pertinente, para proyectar de modo razonable la plena eficacia en la definición punitiva de la concurrencia heterogénea de circunstancias, pasa por una exigencia de compensación racional entre los factores de aumento y disminución de la sanción penal. Esta opción fue recogida de modo general por el Código Penal peruano de 1863, de marcada influencia hispánica, como ha destacado Hurtado Pozo (Cfr. José Hurtado Pozo. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú*. Cedys. Lima. 1979, p. 42 y ss.). En efecto, el artículo 61 señalaba al respecto lo siguiente: "Sí concurren a un mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, las compensará el juez según su prudente juicio". En la actualidad, el Código Penal de 1991 no contiene una regla similar. No obstante, los efectos de la compensación para estructurar la penalidad conminada, en casos de concurrencia de circunstancias específicas heterogéneas, se encuentran implícitos en algunos artículos de la parte especial como el 109 *in fine* y el 298 *in fine,* que tratan del denominado parricidio por emoción violenta y de las circunstancias atenuantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas.

En el Derecho Penal extranjero, la legislación española ha regulado históricamente sobre la compensación de modo expreso. Es así que, en el Código Penal vigente, el artículo 66.7 dispone que los jueces y tribunales: "Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena". En torno a esta histórica regulación ibérica, GONZÁLEZ CUSSAC ha sostenido lo siguiente: "[D]icha compensación deberá ajustarse a un correcto uso del

arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuere 'racional', no vemos impedimento alguno para que fuere susceptible de impugnarse en casación. En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras" (José L. González Cussac. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.* Universidad de Valencia. Valencia, 1988, p. 222).

Por su parte, BESIO HERNÁNDEZ, destacando la ausencia de un procedimiento legal que desarrolle el ejercicio racional de una compensación de circunstancias y tomando como soporte de sus reflexiones las particularidades de la legislación española sobre la materia, postula como criterio a seguir la opción anulatoria de unas circunstancias sobre otras, concediendo mayor preponderancia para tales efectos a las circunstancias atenuantes sobre las agravantes. Según este autor, se debe entender, pues, "la operación de compensación como un sistema orientado a la anulación de agravantes por atenuantes, sobre la base de una denominada concepción de la función de la culpabilidad en la individualización de la pena y del mayor peso específico que –en general– tiene las atenuantes en comparación a las agravantes de responsabilidad criminal" (Martín Besio Hernández. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.* Ob. cit., p. 558 y ss.).

Dado que la normativa nacional tiene otras características, reglas y fines, estimamos pertinente aplicar una alternativa diferente de compensación que, respetando la autonomía funcional de cada tipo de circunstancia dentro del espacio de punibilidad de la pena básica, defina la penalidad concreta en un ámbito intermedio entre los límites inicial y final de aquella. Esto, por lo demás, es lo que propone el literal b del artículo 45-A introducido al Código Penal por la Ley N° 30076. En efecto, dicha norma señala que: "Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio".

Ahora bien, la eficacia de las circunstancias concurrentes quedará siempre limitada, en primer lugar, a que las circunstancias concurrentes **tengan la misma naturaleza y eficacia operativa**. Esto es, solo puede haber concurrencia entre circunstancias genéricas o entre circunstancias específicas, sean estas agravantes o atenuantes. No cabe la concurrencia

entre circunstancias genéricas y circunstancias específicas, pues son incompatibles.

En segundo lugar, también será imposible, por incompatibilidad basada en el *ne bis in idem*, la concurrencia de circunstancias **que se refieran al mismo indicador o factor de agravación o atenuación o que ya integren el tipo penal del delito**. Lo cual es claramente señalado en los dos incisos del artículo 46, donde se advierte que solo tienen eficacia las circunstancias "que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible". Por consiguiente, en estos casos, el juez deberá examinar que cada circunstancia concurrente se refiera siempre a un factor o indicador diferente y distinto de los componentes típicos del delito.

Un tercer problema de compatibilidad se refiere a la **concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel.** Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren simultáneamente circunstancias agravantes específicas que tienen diferente grado y, por tanto, distinta escala de pena conminada. **En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior.** Por consiguiente, la pena concreta se deberá determinar solo entre los límites de la penalidad conminada que corresponda a la escala punitiva de dicha agravante de mayor nivel. Si bien sobre este supuesto no existen reglas expresas en el Código Penal, el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 16 de noviembre de 2010, ha validado la aplicación del procedimiento que hemos descrito.

12. **Causales de disminución o incremento de la punibilidad:** Como se ha precisado anteriormente, las causales de disminución o incremento de punibilidad **no son circunstancias atenuantes o agravantes**. De allí que sean incorrectas las referencias a una eficacia atenuante para los casos de la omisión impropia o de los errores de prohibición vencibles que se consignan en los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal.

    En efecto, las causales de disminución o incremento de punibilidad no son externas al delito como lo son las circunstancias, sino, por el contrario, intrínsecas a él como a su presencia plural (concursos de delitos); o la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad); o a su imperfecta realización material; así como al grado menor de intervención de las personas en su ejecución. De allí que el legislador aluda con frecuencia a que su efecto es

"disminuir prudencialmente la pena" o **"incrementarse esta"** (Cfr. artículos 16, 21 y 48 del Código Penal), no atenuarla o agravarla. Similar consecuencia se consigna en el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 al tratarse de la tentativa acabada en el artículo 23.3: "En la tentativa acabada el juez disminuye prudencialmente la pena, respecto de la que hubiese correspondido si se hubiese consumado". De allí, pues, que resulte inadecuada y dogmáticamente errada la referencia que formula el artículo 2, inciso c), del Código Procesal Penal, vinculado al principio de oportunidad. Según dicha norma: "Cuando conforme a las **circunstancias del hecho** y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren **los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25** y 46 del Código Penal (...)".

En la legislación nacional y extranjera se otorga tal condición y eficacia a los siguientes casos:

- La tentativa.
- Las eximentes imperfectas.
- La complicidad secundaria.
- El delito continuado y delito masa.
- El concurso ideal de delitos.
- El concurso real de delitos.

Ahora bien, la justificación de sus efectos de disminución o incremento sobre la punibilidad guardan conexión directa con la observancia y eficacia formal y material del **principio de lesividad**. Esto es, si la pena conminada o la penalidad expresan la valoración de la capacidad dañosa que tiene cada delito, su extensión deberá verse disminuida o incrementada cuando aquella sea menor (tentativa, complicidad secundaria) o se potencie (concurso ideal o real de delitos).

Cabe anotar que en el Derecho Penal comparado la presencia de estas causales de disminución o incremento de punibilidad dan lugar a la configuración nominal de escalas tasadas o porcentuales, pero siempre especiales, de punibilidad. Ese es el caso ya mencionado de la tentativa en el Derecho Penal colombiano (según el artículo 27 del Código Penal: "incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta consumada") o de las eximentes imperfectas en el Derecho Penal español (según el artículo

68 del Código Penal: "los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley"). En cambio, en la legislación peruana solo se alude a una disminución discrecional y razonable (**"prudencialmente"**) de la penalidad conminada para el delito pero que siempre deberá operar por debajo de su extremo inicial (**"hasta límites inferiores al mínimo legal"**) y cuyo límite final será en principio la pena concreta que fije el órgano jurisdiccional de modo discrecional pero observando la proporcionalidad adecuada al caso. Únicamente en el caso del concurso real de delitos el Derecho Penal nacional incluye un esquema propio de incremento de la punibilidad basado en el principio de acumulación (Cfr. artículo 50 del Código Penal).

13. **Reglas de reducción por bonificación procesal:** Se trata de **premios o recompensas** que inciden en la pena concreta reduciendo porcentualmente su extensión. Se justifican por la eficacia motivadora que ejercen para generar efectos de abreviación de la actividad procesal que demanda el caso o de una conducta proactiva de colaboración con la administración de justicia que ejerce el autor o partícipe de un delito. Por consiguiente, su ubicación normativa se detecta siempre en los Códigos o normas procesales. En el Derecho nacional y comparado tienen la condición de reglas de reducción o bonificación procesal los siguientes supuestos:

    - La confesión sincera.
    - La terminación anticipada del proceso.
    - La colaboración eficaz.
    - La conclusión anticipada de la audiencia o conformidad.

    A diferencia de las circunstancias atenuantes o de las causales de disminución o incremento de punibilidad, las **reglas de reducción por bonificación procesal** no están vinculadas a juicios de valor propios del procedimiento de individualización de la pena ni a la verificación de defectos de estructura o realización del delito. Ellas tienen una operatividad más bien complementaria, final y de refinamiento del resultado punitivo y que se produce por imperio de la ley. El juez, por tanto, no valora ni razona sobre su eficacia, ya que simplemente la ejecuta cada vez que concurren los presupuestos legales que la definen o validan. Asimismo, la extensión del efecto premial sobre la pena concreta

no puede exceder nunca el límite legal fijado (un sétimo, un tercio, etc.). Ello se observa, por ejemplo, en el caso de la terminación anticipada, donde el artículo 471 del Código Procesal Penal se limita disponer lo siguiente: "El imputado que se acoja a este procedimiento **recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte**". Ahora bien, hay que destacar que la pena a reducir no es la pena conminada, ni la pena básica, ni mucho menos la que pudo postular como pretensión punitiva el Ministerio Público en su acusación, **se trata en exclusiva de una reducción sobre la pena concreta o resultado punitivo** obtenido luego de aplicar el procedimiento de determinación de la pena. De allí que resulte confusa y técnicamente incorrecta la redacción del artículo 161 del Código adjetivo que trata de los efectos de la confesión sincera. Efectivamente, la citada disposición señala que: "El juez **puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal,** si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160". Algo mejor era la fórmula legal empleada por el párrafo segundo del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales que precisaba al respecto que: "La confesión sincera debidamente **comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal,** salvo que se trate de los delitos de secuestro y extorsión, previstos en los artículos 152 y 200 del Código Penal, respectivamente, **en cuyo caso no opera la reducción".** En ambos casos debe entenderse que la reducción operará siempre después de que se fije una pena concreta, aunque los alcances finales de la misma arrojen un resultado cuantitativo que sea inferior al mínimo de la pena conminada para el delito objeto de condena. Esto es trascendente, pues, como se ha señalado, los efectos aludidos de la confesión sincera son reglas de reducción por bonificación procesal y no atenuantes genéricas ni mucho menos atenuantes privilegiadas.

Similar lectura y eficacia debe proyectarse sobre las reglas vinculadas a la colaboración eficaz que define el inciso 2 del artículo 474 del Código Procesal Penal. En dicha disposición nuevamente el lenguaje es inapropiado, ya que alude a una **"disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal (...)".**

14. **La pena concreta parcial:** Denominamos de esta manera a la pena concreta o resultado punitivo que se obtuvo luego de la aplicación del procedimiento de determinación judicial, pero a la cual se deberán aplicar los efectos de una regla de reducción por bonificación procesal en los

términos y alcances autorizados por la ley. En consecuencia, pues, solo luego de cumplida dicha operación, se obtendrá la pena concreta definitiva que deberá cumplir el condenado. Sobre la pena concreta parcial se pronunció implícitamente el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 al analizar su operatividad en el procedimiento de terminación anticipada (Cfr. fundamento jurídico 23).

Cabe señalar que un supuesto especial de pena concreta parcial también se produce cuando se van determinando las penas concretas de cada delito integrante de un concurso real, sea este homogéneo o heterogéneo, y que solo después de su acumulación y validación, conforme a lo establecido en el artículo 50 del Código Penal, darán lugar a la pena concreta definitiva. Así, por lo demás, también lo precisamos al redactar la parte sustantiva del Acuerdo Plenario N° 4-2009/Cj-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República (fundamento jurídico 7).

15. **Mínimo legal:** Con esta denominación se identifica al extremo inicial de toda pena conminada o básica correspondiente a un determinado delito. Su principal utilidad es marcar el límite a partir del cual se debe producir la disminución o reducción de la pena. Tratándose de atenuantes privilegiadas (actualmente no reguladas en la legislación penal vigente), el mínimo legal también identifica el punto inicial del extremo inferior del espacio punitivo desde el cual operará el efecto atenuante en línea descendente. Ahora bien, no debe confundirse el mínimo legal con el mínimo genérico que tiene cada pena en la parte general, como es el caso del previsto en el artículo 29 para las penas privativas de libertad temporales (dos días). El Código Penal de 1924 tenía al respecto una disposición expresa en el artículo 88: "La disminución de la pena hasta límites inferiores al mínimum legal, se entiende respecto del tiempo previsto para el delito de que se trate, pero no del mínimum señalado para cada clase de pena que en ningún caso puede ser reducido".

16. **Máximo legal:** Se identifica como tal al límite final de la pena conminada para el delito cometido. Su principal utilidad es marcar el punto de inicio del efecto agravante que producen las circunstancias agravantes cualificadas y que se extenderá hacia la proporción fijada por la ley; por ejemplo, hasta una mitad por encima, como lo regula el artículo 46-B para la reincidencia: "La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el Juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".

III. LA TAREA PENDIENTE: PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 2014-2015

El 28 de enero de 2015 la presidenta del Congreso de la República hizo una convocatoria nacional para evaluar el dictamen del Nuevo Código Penal que aprobó la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 9 de diciembre de 2014. La tarea pendiente, entonces, consiste en examinar las bondades y defectos que en torno a la temática de la determinación judicial de la pena contiene el aludido texto legislativo.

Comencemos señalando que el título II, de la Sección III, del Libro I corresponde a la **aplicación de la pena.** Comprende los artículos 50 a 67 e incluye las reglas relacionadas a los concursos de delitos y delito continuado (Cfr. artículos 60 a 63). Ahora bien, lo concerniente a la temática que hemos analizado, sobre la determinación judicial de la pena, se regula entre los numerales 50 a 59. Y lo referente a la reincidencia y habitualidad se encuentra normado por los artículos 64 y 65.

Identificamos tres innovaciones con relación a las propuestas incluidas en el Anteproyecto de Código Penal de 2008-2010. Se trata de las siguientes disposiciones:

- **La inclusión de una agravante cualificada por integrar una organización criminal prevista en el artículo 57:** Esta disposición procura sustituir las agravantes cualificadas que incorporó la Ley N° 30077 en su artículo 22. Lo que llama la atención es la inclusión de una noción de **"delito grave"** (cuando tenga una pena conminada no menor de seis años) similar a la prevista en el ordenamiento jurídico español (Cfr. artículo 33.2 del Código Penal español), pero ajena a nuestra tradición legislativa.
- **Incorporación de la agravante mixta cualificada-privilegiada del parentesco en el artículo 59:** Esta opción normativa constituye uno de los mayores defectos del proyecto 2014-2015, ya que en nuestra legislación el parentesco ha operado siempre como una agravante específica. En todo caso debió de ser incluida como agravante genérica en el artículo 56. Al igual que ocurre en el Derecho Penal ibérico (Cfr. artículo 23 del Código Penal español). Además resultará un dilema hermenéutico el efecto de atenuante privilegiada que se concede cuando el agente **"haya actuado por motivos excusables"**.

- **Reglas de determinación de la pena en caso de concurrencia de agravantes cualificadas reguladas por el artículo 66:** Esta norma deviene en innecesaria y carece de técnica legislativa y consistencia dogmática. Por ejemplo, plantea la aplicación de las agravantes cualificadas "según su orden de aparición en este código" y precisa además que "en la sentencia el juez hace mención de la pena aplicable y del *quantum* máximo posible conforme lo dispone este artículo" (¿?). En todo caso hubiera sido mejor reformular los alcances del inciso 4 del artículo 54 planteando que las agravantes cualificadas concurrentes acumulan sus efectos hasta un límite determinado y ello hubiera hecho más comprensible la finalidad perseguida por el legislador.

En líneas generales, el articulado relativo a la determinación judicial de la pena confunde conceptos elementales. Es así que en el inciso 2 del artículo 21 se identifica a la tentativa inacabada como una circunstancia atenuante privilegiada cuando ella constituye, como ya se ha explicado, una causal de disminución de punibilidad. Defecto similar se detecta en el artículo 26.1 que identifica la eficacia de las eximentes imperfectas. Sin embargo, es positiva la incorporación de una atenuante privilegiada "cuando la afectación del bien jurídico protegido sea insignificante" que contempla el inciso 1 del artículo 58.

Merece un comentario aparte la peculiar disposición del inciso 4 del artículo 21 correspondiente a la tentativa. Según esta norma, "el juez aplica la pena para delito consumado cuando se trate de tentativa de los casos previstos en el numeral 14 del artículo 56". Esta última disposición se refiere a una circunstancia agravante genérica "cuando el delito produzca la muerte de la víctima, un grave daño a la salud o al medio ambiente, y este se verificara a largo plazo". Surgen varias dudas. En primer lugar, ¿se plantea aquí una tentativa de una especie de delito preterintencional? ¿Se trata de una regulación defectuosa de la tentativa de un homicidio de resultado diferido? ¿No hubiera sido mejor optar por una fórmula similar a la del inciso 14 del artículo 58 del Código Penal colombiano ("cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales)? ¿Era necesaria una norma de estas características? Lamentablemente ninguna de estas interrogantes es resuelta por la escueta y desordenada Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto de 2014-2015. Su alcance y utilidad será, pues, otra de las tareas pendientes que una nueva dogmática jurídico-penal de la determinación judicial de la pena tendrá que afrontar.

Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal[8]

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30076 renovó el marco legal correspondiente a la determinación judicial de la pena que regulaba el Código Penal desde su promulgación en 1991. A través de la inclusión de un inédito artículo 45-A el legislador nacional introdujo un esquema operativo para orientar al juez en su delicada tarea de aplicar penas justas al autor o partícipe culpables de un delito. Pero, además, con las modificaciones producidas en el artículo 46 construyó dos catálogos de circunstancias que facilitarían ese importante rol del órgano jurisdiccional. Uno de esos listados circunstanciales estaba dedicado a integrar y sistematizar las circunstancias atenuantes genéricas. La finalidad de estos breves comentarios es darlas a conocer y explicar su eficacia teórica y práctica. Confiamos, pues, dada la relevancia de su reciente inclusión en nuestra legislación penal, en que la doctrina y la jurisprudencia vayan deduciendo y afinando sus contornos dogmáticos y operativos, que ahora nosotros solo nos limitamos a perfilar.

II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Una de las definiciones más claras e ideográficas sobre las circunstancias del delito es la aportada por ANTOLISEI, quien señalaba que: "Circunstancia del delito (*de cincum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura"

(8) Publicado originalmente en: Thémis. *Revista de Derecho* N° 68, 2015, Lima, pp. 33-39.

(Francesco Antolisei. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Uteha Argentina. Buenos Aires. 1960, p. 319).

Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (**antijuridicidad del hecho**); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (**culpabilidad del agente**). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe. Su función principal, por tanto, no es otra que coadyuvar a la graduación o determinación del *quantum* o extensión de la pena concreta aplicable al hecho punible cometido. Cuando las circunstancias promueven una penalidad conminada o pena concreta mayor se les denomina **agravantes** y cuando auspician una penalidad conminada o pena concreta menor son llamadas **atenuantes.**

Las circunstancias no deben confundirse con otras reglas que afectan la construcción o extensión de la pena básica o concreta como son las denominadas **causales de disminución o incremento de punibilidad** (eximentes imperfectas, la tentativa o la complicidad secundaria) y las **reglas de reducción punitiva por bonificación procesal** (confesión sincera, colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso). Por tanto, es incorrecta la calificación de circunstancia privilegiada que el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal de 2014 (Proyecto de Ley N° 3491/2013-CR del 14 de mayo de 2014) otorga a la tentativa inacabada en su artículo 23.2: "En la tentativa inacabada el juez reduce la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal señalado para el hecho punible cometido. **La tentativa inacabada constituye circunstancia atenuante privilegiada**".

III. LAS CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS DEL ARTÍCULO 46

Son circunstancias genéricas las que se regulan en la parte general del Código Penal y que pueden operar en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito. Esta clase de circunstancias solo permiten al juez individualizar la pena que corresponde al delito cometido y a su autor o partícipes dentro del espacio punitivo generado entre los límites inicial y final de la pena básica o espacio de punición que, conforme al artículo 45-A debe configurar previamente el juez.

Ahora bien, cuando se trata de **atenuantes genéricas** que identifican una menor antijuricidad del hecho o una menor culpabilidad de su autor, ellas producen como consecuencia una menor punibilidad o posibilidad de sanción del delito y van a determinar una pena concreta menor, la que siempre se ha de proyectar hacia el extremo inicial o mínimo de la pena básica y que en el artículo 45-A corresponde al primer tercio. Por el contrario, si son **agravantes genéricas** que tienen el rol de indicar una mayor antijuricidad de la conducta o una mayor culpabilidad del autor, su eficacia se expresará también como una mayor punibilidad o posibilidad de sanción del delito, la cual se materializará en una pena concreta mayor que se dirigirá siempre hacia el extremo final o máximo de la pena básica o tercer tercio.

Siguiendo la técnica legislativa de otros Códigos Penales, como el colombiano (Cfr. artículos 55 y 58) o el español (Cfr. artículos 21 y 22), la Ley N° 30076 ha reunido un detallado listado de circunstancias genéricas en el artículo 46, diferenciándolas sistemáticamente entre atenuantes y agravantes. La influencia colombiana en el listado de estas circunstancias es por lo demás manifiesta (sobre el significado y los alcances dogmáticos asignados a las circunstancias genéricas en la doctrina penal colombiana, véase: Fernando Velásquez Velásquez. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal". En: *Derecho Penal y Criminología*. Volumen 22. N° 73. 2001, p. 127 y ss.; Pedro Alfonso Pabón Parra. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. 9ª edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, p. 656 y ss.). Cabe señalar que la decisión normativa de abandonar el catálogo de circunstancias abiertas y avaloradas, que tenía el otrora artículo 51 del Código Penal de 1924 y el texto original del artículo 46 Código Penal de 1991, se adoptó desde el Anteproyecto de Código Penal - Parte general de 2004 (Cfr. artículos 46 y 47). Posteriormente ella fue ratificada en el Anteproyecto de Código Penal de 2008/2010 (Cfr. artículos 46 y 47) y recepcionada, luego, en el texto definitivo de la Ley N° 30076. Solo en el segundo de los documentos citados la Exposición de Motivos alude de modo muy escueto a la utilidad y trascendencia de esta reforma para la labor judicial de la búsqueda de un resultado punitivo coherente y justificado: "Con relación a la determinación judicial de la pena, se construye un procedimiento más accesible a la judicatura y más predecible en sus resultados. Para ello se establecen catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes, a la vez que se regulan reglas precisas para la individualización de la pena concreta" (Cfr. Carlos Alberto Torres Caro. Compilador. *El Nuevo Código Penal peruano*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2011, p. 106). Ahora bien, una crítica que cabe formular a la nueva disposición nacional es su exagerado casuismo. Ello no solo compromete la coherencia interna de los catálogos

circunstanciales, sino que, además, en no pocos casos reitera innecesariamente el indicador atenuante o agravante. Hubiera sido preferible, pues, la enunciación de ciertas circunstancias de manera más general y omnicomprensiva (Cfr. artículo 46, inciso 2, literales c y d).

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES GENÉRICAS

En el primer inciso del artículo 46 del Código Penal se incluyen **ocho circunstancias atenuantes.** Pasaremos ahora a examinar sus características y presupuestos.

a) **La carencia de antecedentes penales:** El Código Penal español (Cfr. artículo 21), a diferencia del colombiano (Cfr. artículo 55), no regula una atenuante genérica similar. Tampoco fue incluida en el texto original del Código Penal peruano de 1991. No obstante, el Código Penal nacional de 1924 aludía a ella implícitamente al considerar en el inciso 2 del artículo 51 **"los precedentes judiciales y penales"** del agente del delito. Fueron los anteproyectos de 2004 (Cfr. artículo 46, inciso 1) y 2008/2010 (Cfr. artículo 45, inciso 1) los que, siguiendo la orientación colombiana, los incluyeron en nuestro sistema legal. Cabe señalar que los antecedentes penales registran y dan constancia de las condenas impuestas a una persona para fines de control del cumplimiento de las penas aplicadas. Pero también ellos pueden indicar una actitud proclive al delito o un estado de reincidencia (Cfr. artículo 46-B). Por tanto, la ausencia de condenas penales anteriores coloca al autor o partícipe de un delito en una condición más propicia a la búsqueda de efectos preventivos especiales que indican una menor necesidad punitiva. La atenuante, sin embargo, solo debe excluirse ante la existencia de antecedentes penales que registren condenas firmes. Tampoco afectan su eficacia la mera existencia de antecedentes policiales o judiciales. Si bien la norma no lo destaca expresamente, ella permite inferir que los registros punitivos que impiden su configuración deben tener eficacia al momento de decidir la penalidad concreta del condenado. Por tanto, la atenuante opera aún en aquellos casos donde hayan preexistido antecedentes penales que fueron, luego, objeto de cancelación definitiva por el cumplimiento de la pena impuesta (Cfr. artículo 69) o por la extinción de esta al vencimiento exitoso de un periodo de prueba derivado de un régimen de suspensión de la ejecución de la pena (Cfr. artículo 61).

b) **El obrar por móviles nobles o altruistas:** También de origen colombiano, esta atenuante, según VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, demanda la necesidad de "indagar aquellas motivaciones que demuestran nobleza y altruismo por parte del agente, todo lo que permite fundarlo en un menor desvalor de acto por tratarse de un injusto menos grave" (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal". Ob. cit., p. 128). Al respecto, es de señalar que la motivación que determina, induce o guía la acción delictiva del agente influye, de modo determinante, en la menor intensidad de su culpabilidad. Esto es, esta clase de circunstancias reduce el grado de reproche que cabe formular al autor del delito. Su naturaleza subjetiva es preeminente y se expresa en una valoración positiva de lo "noble o altruista" de los móviles internos del agente. El Código Maúrtua incluyó una opción de similar efecto punitivo al referirse a "la calidad de los móviles honorables o excusables" que determinaron la actividad delictiva del agente (Cfr. artículo 51, inciso 2). En torno a esta atenuante, CORNEJO destacaba que "para la aplicación de las penas lo que debe valuarse es el motivo psicológico en cuanto se relaciona con los fines sociales, y es tanto más ilícito en cuanto más se opone a los sentimientos básicos de la piedad, la solidaridad, de la cultura en suma" (Cfr. Ángel Gustavo Cornejo. *Parte general del Derecho Penal.* Tomo I. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima. 1936, p. 242). Cabe señalar, además, que en determinados delitos este tipo de móviles operan también como circunstancias atenuantes específicas. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 146 que considera una menor punibilidad para los delitos contra el estado civil de una persona cuando se "comete el hecho por un móvil de honor".

c) **El obrar en estado de emoción o de temor excusables:** Es evidente que esta circunstancia atenuante nos vincula también con un supuesto que incide en la medición de la culpabilidad del autor. Los precedentes históricos que ella registra en nuestra legislación podrían ser dos. En primer lugar, está el Código Penal de 1863 que consideraba como atenuante genérica que el agente hubiera cometido el delito "bajo influencia de impresiones tan violentas que produzcan arrebato u obcecación" (Cfr. artículo 9, inciso 8). Luego encontramos la fórmula contenida en el Código Penal de 1924, que se refería al agente del delito apreciando "las emociones que lo hubieran agitado" (Cfr. artículo 51, inciso 1). No ha existido, pues, en nuestra evolución legislativa una disposición idéntica a la que ahora se analiza. De allí, pues, que resulte justificado el recurrir nuevamente a la doctrina

colombiana para entender mejor su significado y presupuestos. En este contexto se ha señalado que "el legislador toma en cuenta el estado psicoafectivo de la persona al momento del hecho para efectos de formular un menor juicio de exigibilidad (...) se tienen como atenuantes los estados de emoción (...) en general, a condición de que sean **excusables,** esto es, atendibles; o para decirlo en otros términos, que jurídica o socialmente no sean merecedores de reproche o rechazo, aunque tampoco susciten reacciones abiertamente favorables" (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal". Ob. cit., p. 128). Cabe recordar que en el Derecho Penal nacional se ha tipificado una modalidad de homicidio privilegiado en el artículo 109 del Código Penal que también puede ayudar a definir el sentido de esta atenuante. En dicha disposición se alude también a una "emoción violenta que las circunstancias **hacen excusable** (...)". Al respecto, como lo ha destacado la doctrina nacional al comentar dicha disposición: "No es posible distinguir las emociones conforme a su propia naturaleza. Es inadmisible considerar que ciertas emociones son en sí excusables y otras, condenables. Como exige la ley, este carácter de la emoción debe ser determinado en cada caso concreto y apreciando las circunstancias en que actuó el agente" (Cfr. José Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal. Parte especial 1. Homicidio.* Ediciones Juris. Lima. 1993, p. 62). Pero, además, en torno al autor del delito, "la emoción violenta debe ser excusable. No quiere decir que sea exculpable, sino disculpable en el sentido de atenuarle la pena por encontrarse ofuscado producto de una situación externa que motiva su comportamiento y reacción frente a lo sucedido. Nuestra jurisprudencia entiende que son circunstancias que hacen excusable a la emoción: honor mancillado, afrenta inmerecida, ofensa injustificada" (Cfr. Felipe Villavicencio Terreros. *Derecho Penal. Parte especial.* Volumen I. Grijley. Lima. 2014, p. 250).

En cuanto al **temor excusable**, este queda referido a un sentimiento de inseguridad o riesgo de sufrir un mal que afecta al autor y lo constriñe directamente hacia la comisión del delito. Este temor debe igualmente ser aceptable u atendible desde la valoración que sobre él y los factores que lo generaron deberá realizar necesariamente el órgano jurisdiccional caso por caso. Sin embargo, el temor que menciona la norma no debe ser equiparable al miedo insuperable cuyos presupuestos exculpantes regula el inciso 7 del artículo 20. En el Código Penal colombiano, donde se ha preferido aludir a un **"temor intenso"**, se ha criticado su inclusión pues está también referido a un estado emocional y obliga a dimensionar su magnitud para distinguirlo de un estado de miedo insuperable (Cfr. Fernando

Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá. 2009, p. 1108).

d) **La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en ejecución de la conducta punible:** Esta atenuante reduce también la intensidad del reproche que cabe formular al autor del delito. Ella se edifica con base en la incidencia de factores extraordinarios y trascendentes, ligados al ámbito personal o familiar de delincuente, los cuales concurren e interactúan en la formación y limitación del espacio decisional del agente, condicionándolo a la comisión del delito. Son, pues, este tipo de situaciones extremas las que deben tomarse en cuenta para decidir su configuración y eficacia. Como explica VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, **son este tipo de factores los que justifican "un juicio de exigibilidad menor"** (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal" Ob. cit., p. 129). De allí, pues, que el legislador demande una calificación particular de los mismos como "apremiantes"; esto es, como de eficacia inmediata e impostergable, compatibles, pues, con una situación de emergencia o urgencia que constriñe el arbitrio del autor del delito derivándolo hacia su ejecución. La casuística al respecto alude a casos como la urgencia de atender el tratamiento de la enfermedad que afecta a un familiar cercano o la de proveer alimentos para sí o para los hijos menores y que pueden determinar al agente a cometer un hurto o un robo en la medida en que no se configure, en tales supuestos, una justificante perfecta o imperfecta por estado de necesidad.

e) **Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias:** Se trata de una circunstancia de carácter subsecuente al delito y de origen italiano. Como señalaba RANIERI, se le construye a partir de una actitud de arrepentimiento posterior que hace posible reconocer en el agente una "menor peligrosidad". La doctrina colombiana, en cambio, la considera como vinculada a las razones político-criminales de protección de las víctimas y que inciden en la punibilidad del hecho (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal". Ob. cit., p. 129). Esta atenuante requiere para su realización que el autor del delito "se haya esforzado espontáneamente, esto es, con base en motivos internos y no externos, como serían los surgidos a causa de una presión ajena o por imposición de la ley (por ejemplo, por deber de asistencia o socorro), por eliminar o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito. También se requiere que su actividad haya sido desplegada eficazmente,

es decir, de modo adecuado para alcanzar ese fin, aunque, por motivos independientes de la voluntad del agente, no lo haya alcanzado" (Cfr. Silvio Ranieri. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1975, p. 29). Algunos sistemas jurídicos, como el español, demandan que el agente ejecute los actos dirigidos a la disminución de las consecuencias dañosas del delito, "en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral" (Cfr. artículo 21, inciso 5). La legislación nacional no hace precisiones al respecto ni tampoco alude al modo en que tales actos deben producirse. No obstante, es de exigir para validar el efecto atenuante que los mismos sean oportunos, idóneos y en lo posible eficaces.

f) **Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado:** Esta circunstancia toma también en cuenta para la operatividad de su eficacia atenuante una conducta posterior al delito y que debe exteriorizar el agente. A ella también se refiere también el artículo 64, inciso 7, del Código Penal de Colombia. Lo esencial radica en la decisión espontánea del delincuente de reparar en lo posible el daño ocasionado u otras consecuencias negativas generadas por su accionar ilícito. De esta manera él revela una actitud positiva que debe merituarse favorablemente en la punibilidad del delito que aquel hubiera cometido. Sin embargo, es pertinente demandar, como lo hacía PEÑA CABRERA al comentar una atenuante similar del Código Penal de 1924: "que la reparación debe ser espontánea, es decir, voluntaria y, naturalmente antes de la respectiva sentencia. Se entiende que la reparación debe partir del autor, y no de terceros" (Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición. Volumen I. Editorial Sagitario. Lima. 1987, p. 264). Ella, por lo demás, tal como lo admite la doctrina colombiana, incluye "los eventos de la restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios, compensaciones, etc." (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* Ob. cit., p. 1110).

g) **Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad:** La presente circunstancia es similar en su naturaleza y efectos a la que recogía el inciso 10 del texto original del artículo 46 ("[l]a confesión sincera antes de haber sido descubierto"). Ella también es regulada de modo frecuente en el Derecho Penal extranjero. Por ejemplo, con una redacción algo diferente de la peruana, está prevista en el texto vigente del artículo 21, inciso 4, del Código Penal español ("[l]a de haber procedido el culpable,

antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades"). En esta atenuante nuevamente se valora un acto de **arrepentimiento posterior al delito.** Con su conducta el agente expresa su voluntad de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Esta actitud se destaca en favor del agente al alejarse este de un patrón conductual común y que se suele orientarse hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor. Al respecto, la doctrina nacional, incluso desde la vigencia del Código Maúrtua, ha destacado que: "Hay diferencia notable en el delincuente que huye después de consumado el delito, del que se presenta voluntariamente a las autoridades para confesar. Este último muestra arrepentimiento, o por lo menos, asume su responsabilidad, lógicamente la atenuante es procedente; de suerte que no puede favorecerse al delincuente que huye y regresa después acompañado de su abogado" (Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal.* Ob. cit., p. 264). Por su parte, los comentarios en torno a la fuente legal extranjera seguida por el legislador peruano desarrollan una interpretación compatible con lo antes señalado: "Como es de suponer, si el encartado confiesa la comisión de la conducta punible lo hace como muestra de su arrepentimiento, aunque no está obligado a ello. La presentación debe ser voluntaria, esto es, espontánea, libre, sin mediar presión de ninguna índole o responder a factores independientes del querer del sujeto" (Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá. 2009, p. 1111).

Ahora bien, es importante diferenciar esta atenuante genérica de otros supuestos legales que operan como **reglas de reducción por bonificación procesal,** a partir de actos de confesión sincera en el marco de un proceso penal y que están contempladas en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales y en el artículo 161 del Código Procesal Penal de 2004. En efecto, se trata de reglas que no funcionan como atenuantes, sino que generan premios o recompensas para el comportamiento positivo de un imputado que facilita la abreviación del proceso y que se expresan como una reducción porcentual que se aplica a la pena concreta. Por tanto, la circunstancia atenuante del artículo 46 del Código Penal, que aquí se analiza, equivale, más bien, a la denominada **autodenuncia**.

h) **La edad del imputado en tanto que ella hubiese influido en la conducta punible:** Tanto el inciso 2 del artículo 51 del Código Penal de 1924, así como el inciso 8 del texto original del artículo 46 del Código vigente,

se referían genéricamente a la **"edad"** del agente al momento de comisión del delito. Sin embargo, ambas disposiciones omitían cualquier exigencia en torno a que este componente etáreo hubiese significado un determinado nivel de influencia en la realización del hecho punible, como sí se demanda en la fórmula introducida por la Ley N° 30076. Al respecto, cabe precisar, también, que en el Derecho Penal colombiano no se ha regulado una atenuante genérica de iguales características, aunque el inciso 9 del artículo 55 otorga esa calidad a "[l]as **condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad** o por circunstancias orgánicas, **en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible**". Tampoco en la legislación española encontramos una disposición similar a la peruana (Cfr. artículo 21), la cual ya había sido incorporada como atenuante genérica, con igual redacción, desde el anteproyecto de 2004 (Cfr. artículo 46, inciso 8).

De hecho, cabe entender que el legislador nacional ha asumido que la edad puede influir en la conducta punible. Lo que no se ha especificado son las manifestaciones o eficacia de dicha influencia. Por ejemplo, en la norma colombiana se alude expresamente a que ella afecte la capacidad penal plena del agente. Esto es, se trataría de un supuesto equivalente al regulado por el artículo 22 que califica la edad como **un factor de imputabilidad disminuida** ("[p]odrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años al momento de realizar la infracción (...)"). Si esta fuese la opción asumida, la atenuante introducida sería en principio innecesaria; y, además, técnicamente incorrecta, pues no sería una circunstancia atenuante genérica, sino **una causal de disminución de punibilidad**. Queda, pues, como una tarea futura de la jurisprudencia esclarecer estos aspectos y hacer el deslinde pertinente.

Sobre la eficacia punitiva de las circunstancias agravantes cualificadas[9]

I. FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS

Esta clase de circunstancias se distingue de las otras modalidades de circunstancias que regula el Código Penal de 1991, porque su eficacia incide directamente sobre la estructura de la pena conminada para el delito. Esto es, sus efectos alteran o modifican los límites mínimos o máximos de la penalidad legal prevista para el hecho punible, configurando así un nuevo marco de conminación penal.

Efectivamente, las circunstancias agravantes cualificadas producen una modificación ascendente que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual se convierte en mínimo. Un ejemplo de ello es la circunstancia cualificada por reincidencia, la cual se encuentra regulada en el artículo 46-B del Código Penal. Este dispositivo legal establece que la reincidencia genera como efecto la asignación de un nuevo extremo máximo para la pena conminada del nuevo delito cometido que será equivalente a **"una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".** Es decir, ahora la penalidad conminada y, en su momento, la correspondiente pena básica se extenderán hasta este nuevo máximo legal.

(9) Publicado originalmente en: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 221-234.

II. LA EFICACIA PUNITIVA EN LA REINCIDENCIA

Estando a lo antes expuesto, no resulta, pues, aceptable la posición que en torno a la eficacia punitiva de la reincidencia ha formulado ÁVALOS RODRÍGUEZ. Este autor, siguiendo el modelo español de incrementos o reducciones punitivas en función de grados, regulado en el artículo 70 del Código Penal ibérico, pero no válido para la interpretación de la legislación nacional, considera que el límite mínimo desde el cual debe construirse la nueva pena conminada en la reincidencia **debe ser un día por encima del máximo**. Al respecto, utilizando como ejemplo el delito de extorsión (artículo 200, primer párrafo, del Código Penal), sancionado con una pena conminada privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, el citado autor sostiene que: "Es de precisar que el nuevo límite inferior del marco penal no puede estar constituido por el límite superior original (en el ejemplo, 15 años) sino por el *quantum* inmediato superior a él (en el ejemplo, 15 años y un día) por lo que el literal b) del numeral 3) del artículo 45-A del Código Penal establece que para dichos casos la pena se determina por encima del tercio superior (siendo que 15 años no se halla por encima de dicho tercio, sino que precisamente forma parte de él)". De esta manera, el jurista citado confunde la pena conminada con la pena concreta que es, justamente, la que está por **"determinar"** y que cuantitativamente siempre será por **"encima"** del límite inicial, inferior o mínimo de quince años que fue, a su vez, el extremo máximo original del delito cometido. Esto es, se equivoca plenamente al identificar el límite inicial de una pena conminada con el posible resultado punitivo que se debe obtener, luego de cumplido el procedimiento de individualización de la pena concreta que manda el artículo 45-A. Es por ello que el artículo 46-B, al referirse al efecto punitivo de la reincidencia, con claridad semántica describe que en tales casos "el juez aumenta la pena hasta una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal". Esto es, la norma solo alude al nuevo extremo límite legal o abstracto superior no al inferior que siempre será el máximo original (Cfr. Constante Carlos Ávalos Rodríguez. *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios*. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 182).

En atención, pues, a las distorsiones teóricas y prácticas que se vienen detectando en torno a la agravante cualificada de la reincidencia, resulta pertinente formular una explicación más detallada sobre sus presupuestos legales y su eficacia punitiva. Sobre todo, porque la incorporación de esta circunstancia agravante cualificada ha sufrido sucesivas reformas desde su inclusión en el Código Penal el año 2006, a través de la Ley N° 28726. En efecto, el texto legal del artículo 46-B, actualmente vigente, corresponde a las modificaciones

introducidas por la Ley N° 30838 del 3 de agosto de 2018 y describe la reincidencia, así como sus modalidades y efectos calificantes del modo siguiente:

> **"Artículo 46-B. Reincidencia**
>
> El que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.
>
> La reincidencia constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.
>
> El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en los **capítulos IX, X y XI del Título IV** del Libro Segundo y en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 121 segundo párrafo 121-B, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, **173, 173-A,** 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para tipo penal.
>
> En los supuestos de reincidencia no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en los delitos señalados en el tercer párrafo del presente artículo".

A partir, pues, de la normativa alusiva a la reincidencia, es de destacar que en su morfología interna se regulan dos modalidades de **reincidencia real**:

a) La reincidencia de delitos.

b) La reincidencia de faltas.

Asimismo, es de precisar que en el Derecho Penal peruano se ha configurado una forma de **reincidencia genérica y no específica**. Por tanto, los nuevos delitos pueden ser de diferente especie de aquellos que generaron la condena anterior.

En cuanto a los presupuestos y requisitos para la reincidencia de delitos, cabe distinguir como esenciales a los siguientes:

a) Haber cumplido en todo o en parte una pena privativa de la libertad de carácter efectivo.

b) Haber cometido un nuevo delito doloso dentro de los cincos años siguientes a la excarcelación.

Y, como se señaló anteriormente, el efecto punitivo que genera la agravante cualificada de la reincidencia es que se aumenta la pena conminada hasta en una mitad por encima del máximo fijado para el nuevo delito cometido. Dicho máximo original ahora se convierte en el mínimo de la nueva penalidad conminada y que operará como pena básica.

Además, la actual legislación establece **dos modalidades especiales de reincidencia.**

La **primera** corresponde a un largo listado de delitos graves. En estos casos, donde el nuevo delito posterior a la excarcelación tiene que ser uno de los señalados por el legislador, el plazo de los cinco años no opera como regla de prescripción. Y, para tales supuestos especiales de reincidencia, la eficacia agravante consiste en aumentar la pena **"en no menos de dos tercios"**. Asimismo, para este tipo de reincidencia especial no procederán los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Ahora bien, en torno a la regulación normativa de dicha forma de reincidencia especial, se detectan dos errores legislativos. El primero es muy relevante, ya que demanda la necesidad de esclarecer que el nuevo máximo se configurará incrementando dos tercios por encima del máximo de la pena conminada y que este operará siempre como el límite superior de la pena básica. Esta aclaración es indispensable en la medida que la redacción literal hace referencia dudosa a los efectos de agravación punitiva que corresponden por reincidencia en los delitos considerados graves. Según el texto legal, en tales supuestos **"el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal** (...)". Hubiera sido preferible, para evitar confusiones, que la norma usara el giro lingüístico "el juez aumenta la **pena hasta dos tercios por encima del máximo"**. Esto es, **no como un mínimo sino como un máximo.** En todo caso, consideramos, de *lege lata* y por coherencia sistemática, que esa es la lectura hermenéutica que debe prevalecer en las decisiones judiciales. Sobre todo porque la alternativa sugerida también ha sido considerada por el legislador nacional al tratar la agravante cualificada por habitualidad en delitos graves, prevista en el segundo párrafo del

artículo 46-C ["(...) **salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal** (...)"].

Por tanto, no se trata de un incremento abierto o de libre definición del juez como parecería indicar la cuestionada expresión "en no menos de dos tercios" que se mantiene en la redacción vigente.

El segundo error es de naturaleza formal y consiste en una innecesaria referencia numérica a los artículos 173 y 173-A que hace el texto legal, a pesar de haber considerado ya a tales disposiciones en la alusión genérica que formula respecto a todos los delitos **"previstos en los capítulos IX (...)"** del Código Penal y del cual son parte los numerales mencionados. Este último defecto se reproduce también en la redacción del artículo 46-C, sobre la circunstancia agravante cualificada de la habitualidad, demostrando, así, una falta de visión sistemática y control de calidad en la elaboración de las normas penales.

Una **segunda** modalidad de reincidencia especial se presenta cuando el nuevo delito se cometió luego de una excarcelación anticipada generada por un indulto o por una conmutación de pena (variación o reducción de la clase o duración de la pena impuesta mediante gracia presidencial). Para este supuesto sí rige el plazo de prescripción de cincos años, pero en estos casos el efecto calificante es de una mitad por encima del máximo original previsto para el nuevo delito, que ahora será el mínimo de la nueva pena conminada que operará también como pena básica.

Finalmente, es de indicar que, conforme al párrafo final del artículo 46-B, se excluye la configuración de la reincidencia regulada en el párrafo primero y en el párrafo cuarto (supuestos de indulto o pena conmutada) si los antecedentes penales ya fueron cancelados. Es decir, cuando el nuevo delito se cometió luego de transcurridos cinco años desde la excarcelación, tal como lo dispone el artículo 69 del Código Penal en su párrafo final.

Sin embargo, en el presente se ha identificado una equivocada tendencia desarrollada por un sector de la judicatura nacional que plantea con base en una interpretación estrictamente literal de la antes citada disposición legal, **que la reincidencia no requiere que el autor del nuevo delito doloso haya cumplido antes una pena privativa de libertad total o parcialmente;** y, por tanto, que el hecho punible que genera la reincidencia haya tenido lugar en un plazo no mayor a cinco años desde la excarcelación de su autor. Esta errada opción hermenéutica postula, pues, que aun cuando en la primera condena la pena impuesta no haya sido privativa de la libertad, o haya sido pena privativa

de la libertad pero con ejecución suspendida, la comisión de otro delito doloso posterior **siempre configurará reincidencia**. Tal posición, sin embargo, debe rechazarse no solo porque contradice lo ya acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 (Cfr. fundamento jurídico 12), sino, además, porque desconoce la naturaleza de **reincidencia real** del supuesto regulado por el artículo 46-B. En efecto, esta errada posición pretende aplicar la eficacia punitiva de una **reincidencia ficta** que en nuestra legislación histórica solo fue admitida por el Código Penal de 1924, para el caso de la condena condicional (Cfr. Artículo 56). Asimismo, ella omite tomar en cuenta, en línea sistemática, que en el segundo párrafo *in fine* la misma norma se refiere al **indulto o la conmutación de penas** que son modalidades del derecho de gracia presidencial que posibilitan una conclusión anticipada o una modificación cuantitativa de la duración de penas privativas de libertad efectivas. Pero también porque interpretaciones de esa naturaleza ignoran que en el texto legal del Proyecto de Ley N° 1616/2012-PE, que dio origen a la Ley N° 30076, que fue la primera norma que cambió el tenor original del artículo 46-B por el hasta ahora vigente de **"El que después de haber cumplido en todo o en parte una pena (...)"**, el legislador había señalado expresamente en su propuesta reformista de dicho numeral lo siguiente: "El que, **después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no exceda de cinco años tiene la condición de reincidente** (...)". Es más, en la Exposición de Motivos se explicaba que la única razón para reformar el artículo 46-B era habilitar la inclusión en su párrafo segundo del feminicidio y no la de ampliar la reincidencia para los nuevos delitos cometidos después de haber cumplido en todo o en parte **cualquier clase de pena** (Cfr. Proyecto de Ley N° 1616/2012-PE. Remitido por la presidencia de la República con Oficio N° 227-2012-PR y recibido por el Congreso de la República el 18 de octubre de 2012. Exposición de Motivos, p. 22).

No obstante, en la Sentencia de Casación N° 1459-2017/Lambayeque, del 20 de setiembre de 2018, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se ha persistido en señalar que la reincidencia también es posible en relación a penas no privativas de libertad. Al respecto, se ha argumentado que, por efecto de las reformas legales producidas en el artículo 46-B, la actual configuración de dicha agravante cualificada **"comprende toda clase de pena efectiva"**. Al respecto, discrepando respetuosamente de esta posición hermenéutica, cabe refutarla destacando, desde una perspectiva de interpretación sistemática y teleológica, que en el texto vigente del artículo 69, tercer párrafo, del Código Penal, que trata de la anulación de

los antecedentes efectos de la reincidencia (cinco años), la norma alude también expresamente a que debe tratarse de una **"pena privativa de libertad".**

III. SOBRE LA HABITUALIDAD Y SU EFICACIA PUNITIVA

Por tratarse también de una circunstancia agravante cualificada de relativa frecuencia en la casuística judicial, resulta igualmente oportuno analizar con detalle algunas características y efectos propios de la **habitualidad.**

Comencemos señalando que ella se encuentra reglada por el artículo 46-C del Código Penal. Al igual que lo ocurrido con la reincidencia, la habitualidad ha sido objeto de continuas modificaciones. Su actual redacción normativa corresponde también a las reformas introducidas por la Ley N° 30838 del 3 de agosto de 2018. Cabe destacar que tales reformas sobre el texto original del artículo 46-C fueron siempre técnicamente muy deficientes. En efecto, todas ellas afectaron de modo notable la otrora claridad con la que el legislador normó esta circunstancia agravante cualificada en la Ley N° 28730 del 13 de junio de 2006.

Conforme al texto legal actualmente vigente, la habitualidad se configura cuando **se comete un nuevo delito doloso que debe ser el tercero de una secuencia delictiva, que ha debido ser realizada por el mismo autor y dentro de un periodo de cinco años**.

Se trata, por tanto, de una forma de reiterancia delictiva y que se materializa como un **concurso real de delitos.** Por consiguiente, entre esos tres delitos independientes no debe mediar ninguna condena. Lo cual significa que la habitualidad requiere que los tres delitos se hayan cometido antes de una primera condena por alguno de ellos. Esta exigencia marca con claridad su principal diferencia con la reincidencia.

Y, como en el caso de la reincidencia, la ley ha regulado también **una modalidad especial de habitualidad** que está prevista en el segundo párrafo del artículo 46-C. Ella se produce cuando se trata de aquellos delitos que la ley enumera como graves. Es más, en estos casos el plazo de cinco años es suprimido, por lo que queda abierta la posibilidad de que el tercer delito que configura la habitualidad, siempre que sea de aquellos señalados por la aludida disposición, pueda ser cometido con posterioridad a cinco años desde la realización de los otros dos delitos precedentes. Esta opción excepcional resulta a todas luces inconsistente y excesiva. Sin embargo, es pertinente exigir siempre que los tres delitos, en este supuesto especial de habitualidad, **sean todos de los que la ley menciona como graves.**

La eficacia punitiva de la **habitualidad genérica** implica que se aumente un tercio por encima del máximo original del tercer delito, el cual pasa a ser el nuevo mínimo de la pena conminada y que operará como pena básica. En cambio, en el caso de la **habitualidad especial por delitos graves**, el aumento de la pena es equivalente a una mitad por encima del máximo original, el cual se convierte en el nuevo mínimo de la pena conminada que operará también como pena básica. Asimismo, para estos supuestos especiales no serán aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

Para concluir es de cuestionar lo innecesario e incoherente de la alusión a los **antecedentes penales cancelados,** que se formula en el párrafo final del artículo 46-C. Sobre todo porque, como ya se ha mencionado, la habitualidad descansa sobre un concurso real de delitos donde ninguno de ellos debe contar con condena previa y todos deben haberse cometido antes de una primera sentencia condenatoria. Por consiguiente, pues, ninguno de esos tres delitos debe haber generado un antecedente penal.

IV. SOBRE OTRAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES CUALIFICADAS

Por último, es de mencionar también que en el Derecho Penal complementario coexisten otras tipologías de circunstancias agravantes cualificadas, como las previstas en el artículo 22 de la Ley N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado. Este dispositivo integra en su interior un variado catálogo de circunstancias agravantes cualificadas, comprendiendo ocho supuestos. Lamentablemente a este artículo se le ha asignado una errada y nada ideográfica denominación de **"agravantes especiales".**

Pero, al margen de la agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad, también coexisten en la parte general del Código Penal peruano otras circunstancias agravantes cualificadas que aparecen reguladas en los artículos 46-A (**Por calidad del agente o lugar y modo de comisión del delito**), 46-D (**Por empleo de menores de edad**) y 46-E (**Por parentesco**).

Si algo hay común que cuestionar a ese sistema complementario de agravantes cualificadas, ello radica, sobre todo, en su incoherencia sistemática. Lo cual, además, se refleja en los diferentes estándares y modos de eficacia punitiva que ha establecido la ley para cada supuesto. Esta notable desarmonía ha sido consecuencia de la sucesiva y oportunista ocasión en la que el legislador nacional fue decidiendo su incorporación al Código Penal. Ese coyunturalismo y corta visión sistémica lo llevó a desconocer, de modo incoherente y sin sustento técnico, la necesaria simetría que debió considerarse y reflejarse en

el efecto de punibilidad que correspondería a cada nueva circunstancia agravante cualificada que era incorporada y respecto de sus precedentes. Este defecto de técnica legislativa fue advertido por el **Anteproyecto de Código Penal 2008/2010**, el cual no solo redujo el número de agravantes cualificadas, sino que, además, les concedió el mismo estándar de incremento de la punibilidad estandarizándolo "hasta un tercio por encima del máximo legal" (Cfr. artículo 47, párrafo segundo).

V. LOS NUEVOS PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL

El **Proyecto de Código Penal 2014-2015** también reguló de manera deficiente y confusa las circunstancias agravantes cualificadas en sus artículos 58, 64 y 65. Su más clamoroso defecto consistía en que la agravante cualificada por reincidencia aparecía considerada en dos disposiciones legales y con efectos de punibilidad diferentes. En efecto, mientras que en el literal b, del inciso 2, del artículo 58, se disponía que se aplicará a la reincidencia el incremento de "hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito"; luego, en el inciso 2 del artículo 64, se establecía que para dicha circunstancia agravante cualificada "el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".

Lamentablemente, el **Proyecto de Código Penal de mayo de 2016** contiene, igualmente, múltiples defectos e incoherencias sobre la eficacia calificante que corresponden a las circunstancias agravantes cualificadas que contempla su articulado. Asimismo, es también notable la imprecisión sobre los límites de punibilidad que se establecen para ellas. A modo de ilustración sobre estas disfunciones normativas, se transcribe a continuación el articulado pertinente de dicha propuesta legislativa, haciendo hincapié en lo asistemático y casuístico de su extensa morfología.

> **"Artículo 56. Circunstancia agravante cualificada por actuación mediante organización criminal**
>
> **56.1.** Constituye circunstancia agravante **cualificada** cometer el delito como miembro o integrante de una organización criminal **o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella.** En este caso, el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido.
>
> **56.2** El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, si el agente, como integrante de una organización criminal o como persona vinculada o que actúa por encargo de ella:

a) Es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección o supervisión de la organización criminal.

b) Financia la organización criminal.

c) Es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito.

d) Utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito.

e) Atenta contra la integridad física o sicológica de menores de edad u otros inimputables.

f) Utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas.

g) Hace uso de armas de guerra para cometer los delitos señalados en el párrafo 56.3.

h) Posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

56.3 Para efectos del presente artículo, es organización criminal 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 de los siguientes delitos:

a) Los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo y en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 279, 284, 285, 286, 297, 300, 304, 310, 311, 312, 313, 314, 318, 324, 326, 328, 339, 341, 342, 343, 348, 349, 350, 352, 354, 360, 361, 362, 363, 364, 381, 391, 393, 394, 395, 396, 424, 425, 426, 464, 465, 466, 486, 487, 496, 497, 498, 499, 500, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 525, 526, 527, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 662, primer párrafo.

b) Los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal.

c) Cualquier otro delito cometido en concurso con cualquiera de establecidos en los literales a y b.

56.4 La intervención de los integrantes de una organización criminal, de personas vinculadas o que actúan por encargo de ella puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal, para lo cual no se requiere que la organización criminal tenga una estructura compleja o altamente desarrollada sino solo cierto grado de organización y estabilidad.

56.5 En los supuestos previstos en los párrafos 56.1 y 56.2, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

56.6 La circunstancia agravante prevista en este artículo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 57. Circunstancia agravante cualificada por la condición de funcionario o servidor público o por el uso de conocimientos adquiridos en el ejercicio de la función pública desempeñada

El juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando el hecho punible es cometido por:

a) Miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público con el abuso del ejercicio de sus funciones o de su cargo o utiliza para ello bienes o recursos públicos.

b) Agente que utiliza los conocimientos adquiridos cuando se desempeñaba como funcionario o servidor público.

En los supuestos previstos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

Cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este artículo es inaplicable cuando estén establecidas como tales en la ley penal.

Artículo 58. Circunstancia agravante cualificada por la comisión de delitos desde establecimientos penitenciarios

El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando cualquiera de los delitos previstos en este Código es cometido por una persona privada de

su libertad en un establecimiento penitenciario en calidad de autor o partícipe. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

La circunstancia agravante del primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 59. Circunstancia agravante cualificada por el uso de inimputables en la comisión de delitos

59.1 El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal cuando el agente utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de cualquier delito.

59.2 Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo, vínculo familiar, laboral o de prestación de servicios, o de responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o impulse a esta a depositar en él su confianza, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad, tutela o curatela, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia.

59.3 Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el inimputable sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muerte, y el agente pudo prever el resultado, el juez impone una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

59.4 En los supuestos previstos en los párrafos 59.1, 59.2 y 59.3, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

59.5 Cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en este artículo son inaplicables cuando estén establecidas como tales en la ley penal.

Artículo 60. Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o afinidad; cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente; condición de tener hijos en común con la víctima; condición de habitar en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; calidad de pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Artículo 61. Circunstancia agravante cualificada por la condición de vulnerabilidad de la víctima

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente haya ejecutado la conducta punible bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.

La pena es aumentada hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de la condición de vulnerabilidad de la víctima, tales como, su condición de menor de edad, mujer por su condición de tal, persona mayor de sesenta años, turista nacional o extranjero, discapacidad, miembro de un pueblo indígena o tribal o persona en extrema pobreza.

Artículo 62. Circunstancia agravante cualificada por reincidencia en la comisión de delitos

62.1 La reincidencia en la comisión de delitos constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.2 Tiene condición de reincidente en la comisión de delitos el que, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso no mayor de cinco años.

62.3 Tiene igual condición, quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años.

62.4 El plazo fijado para la reincidencia no es aplicable a los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo y en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 241, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 318, 324, 328, 339, 499, 505, 506, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 551, 552, 554, 555, 556, 557, 558, 559 y 560 el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.5 Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

62.6 En los supuestos de reincidencia, no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieren ser cancelados, salvo en el caso de los delitos señalados en el párrafo 62.4.

62.7 En los supuestos previstos en los párrafos 62.1, 62.4 y 62.5, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última.

Artículo 63. Circunstancia agravante cualificada por habitualidad en la comisión de delitos

63.1 La habitualidad en la comisión de delitos constituye circunstancia agravante cualificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

63.2 Tiene la condición de habitual en la comisión de delitos el agente que comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso no mayor de cinco años.

63.3 Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 684, 685 y 686, en un lapso no mayor de tres años.

63.4 El plazo fijado para la habitualidad no es aplicable para los delitos previstos en la Sección I del Libro Segundo en los artículos 224, 225, 226, 227, 228, 241, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 318, 324, 328, 339, 499, 505, 506, 537, 538, 539, 540, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 551, 552, 554, 555, 556, 557, 558, 559 y 560 el cual se computa sin límite de tiempo. En estos casos, el juez aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

63.5 En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en el caso de los delitos señalados en el párrafo 63.4.

63.6 En los supuestos previstos en los párrafos 63.1 y 63.4, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última".

Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba: el caso peruano[10]

I. CRISIS Y NUEVOS ROLES DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Con la variada denominación de **medidas alternativas, penas alternativas, medidas penales alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales,** se distingue en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia a un conjunto de procedimientos y mecanismos legales que han sido configurados para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, esto es, de penas de prisión no superiores a seis años.

Históricamente, su origen político-criminal está conectado al cuestionamiento de la utilidad de este tipo de reclusión, al cual se le niega expectativas y capacidad de prevención general o especial. Atribuyéndoseles, más bien, graves disfunciones de carácter estigmatizante y que recaen negativamente sobre los condenados. LARRAURI destaca que esta clase de disfunciones imputadas a la pena privativa de libertad y a su ejecución también han merecido un análisis criminológico: "La prisión es la pena más estudiada por los criminólogos. Surgió en el siglo XIX como una alternativa a las penas corporales y a la pena de muerte. La prisión se defendió porque no elimina físicamente a la persona, era una pena igualitaria que podía imponerse a quien no tuviera patrimonio y podía dividirse en unidades de tiempo de forma proporcional. Los primeros estudios de los criminólogos analizaron si las prisiones constituían una pena humanitaria. La conclusión fue muy crítica con esta institución y,

(10) Publicado originalmente en: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Volumen 73. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2016-2017, pp. 349-376.

por tanto, todos los países discuten la necesidad de limitar el uso y el tiempo de duración de la pena de prisión" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, pp. 22-23). En ese mismo sentido, ARMENDÁRIZ LEÓN ha sostenido que "la razón de la búsqueda de alternativas, a las penas cortas privativas de libertad, viene marcada por los efectos negativos que conlleva el cumplimiento de este tipo de penas. Pero esa idea de las alternativas no es ni mucho menos nueva, data de la segunda mitad del siglo XIX (ya se recomendó utilizar otras sanciones en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres de 1872). Bien es cierto, que debido al predominio de la concepción retributiva de la pena, aquella idea ha tardado en hacerse realidad en los distintos ordenamientos jurídicos" (Carmen Armendáriz León. "Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código Penal español". En: Ángel Gaspar Chirinos y Raúl Martínez Huamán. Directores. *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias.* Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, pp. 131-132).

Y, desde un enfoque político-criminal, los expertos han considerado siempre que las medidas alternativas a la pena privativa de libertad son útiles **instrumentos de despenalización**, pues posibilitan compensar o flexibizar el excesivo rigor de las decisiones punitivas del Estado que se construyen o expresan a través de la conminación o aplicación de penas cortas privativas de libertad. Así, por ejemplo, en un informe del Subcomité de Descriminalización del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, de inicios de los años ochenta del siglo pasado, ya se destacaba tal cualidad en los siguientes términos: "El concepto de despenalización define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido el traspaso de un delito de la categoría de 'crimen' o 'felonía' a la de delito menor, puede considerarse como una despenalización. **Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de prueba, trabajos obligatorios**, entre otros" (*Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad. Estrasburgo, 1980.* Ediar. Buenos Aires. 1987, p. 23).

Cabe, entonces, reconocer que la función asignada a las medidas alternativas desde sus orígenes no ha sido otra que la de bloquear o desviar el acceso a la prisión por breves periodos de tiempo. Y ese trascendente rol ha logrado un afianzamiento normativo y práctico paulatino, pero continuo en los dos últimos siglos.

Ahora bien, como pone de relieve la doctrina contemporánea, hoy coexiste una notable diversidad de medidas alternativas. No obstante, "no todas las medidas penales alternativas (MPA) son iguales: algunas como las multas están pensadas en clave de retribución; otras como la prohibición de conducir o de aproximarse a la víctima persiguen la incapacitación, procuran que la persona no pueda reincidir. Estas MPA se cumplen de forma instantánea o prácticamente con la exclusiva intervención del sistema judicial, si bien en algunas existe también un control policial. Un tercer grupo como los trabajos en beneficio de la comunidad o la suspensión de la pena de prisión impone en ocasiones la obligación de someterse a un programa formativo o de tratamiento y están dirigidas a conseguir que la persona adquiera técnicas, habilidades y valores o supere circunstancias personales muy difíciles –en clave de rehabilitación–" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Ob. cit., p. 147). Esto es, sobre la base de su diseño, finalidad específica, oportunidad y operatividad, es posible en el presente distinguir diferentes modalidades de medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI describe lo esencial de tales diferencias destacando lo siguiente:

- "Algunas sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Otras, basadas en la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de periodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.
- Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad" (José L. de la Cuesta Arzamendi. "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992". En: *Política criminal y reforma penal.* Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, p. 322 y ss.).

Por su parte, instrumentos internacionales como las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio,** aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre

de 1990, registraban en su numeral 8.1 un amplio y variado catálogo de medidas alternativas, muchas de las cuales están actualmente reguladas en los sistemas penales internos de los Estados. Se trata de las siguientes opciones:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.
- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como consecuencia de la notable diversidad alcanzada por las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, se ha construido en la literatura especializada una heterogénea morfología o esquemas de clasificación que procuran alinear las principales características y formas de aplicación que corresponden a cada una de ellas (Silvia Valmaña Ochaíta. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español.* Ministerio de Justicia. Madrid. 1990, p. 26 y ss.). En ese contexto, resulta gráfica y de gran utilidad práctica la clasificación propuesta por DE LA CUESTA ARZAMENDI (José L. de la Cuesta Arzamendi. Ob. cit., p. 322 y ss.). Para este autor cabe identificar cuatro modalidades: sistemas de privación de libertad atenuada (**arresto de fin de semana**); sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas (**multa, trabajo en provecho de la comunidad**); instituciones probatorias (**suspensión condicional de la pena y suspensión del fallo**); otras alternativas (**dispensa de pena, perdón judicial, conciliación delincuente-víctima**).

Nosotros preferimos optar por una clasificación que comprende solo tres clases de medidas alternativas:

- **Medidas de régimen de prueba:** Entendiendo por tales a aquellas que intercambian la imposición o el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta o mediana duración, por un régimen de prueba al que queda adscrito el sentenciado o condenado por un espacio temporal fijado por el juez y sometido al cumplimiento de reglas de conducta específicas que él también define con objetivos de prevención especial. Al vencimiento exitoso del plazo fijado sin que medie revocación por incumplimiento de las reglas impuestas o la comisión de un nuevo delito, se extingue la pena impuesta o la posibilidad de su imposición y cumplimiento efectivo. Un presupuesto o estándar esencial para la aplicación de esta clase de medidas es el pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado.
- **Medidas de reemplazo o conmutación:** Esta clase de medidas intercambian, sustituyen o reemplazan las penas privativas de libertad que cabe imponer o que ya han sido impuestas con carácter efectivo por otras penas no privativas de libertad que serán las que se impongan al condenado o que este en definitiva deberá cumplir.
- **Medidas de perdón judicial:** Como su nombre lo va indicando, en este tipo de medidas corresponde a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, pero conforme a los presupuestos y límites legalmente definidos, decidir y aplicar una exoneración punitiva. Esto es, exonerar de la imposición de la pena privativa de libertad que se debería aplicar al condenado.

Sin embargo, es de precisar que la aparición histórica y los procesos evolutivos de todas estas medidas alternativas a las penas privativas de libertad no han sido homogéneos. Cada modalidad tuvo su momento de aparición, difusión y predominio (sobre el origen y evolución de las diferentes variantes de las medidas alternativas, véase: José L. de la Cuesta Arzamendi. "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992". En: *Política criminal y reforma penal.* Ob. cit., p. 322). Es más, en el presente resulta todavía frecuente detectar que los sistemas jurídicos nacionales de cada país no incluyen siempre las mismas clases y tipos de medidas alternativas. Sin embargo, parece haber consenso en aceptar que las que corresponden a la modalidad denominada de **régimen de prueba** como la suspensión de la ejecución de la pena, la condena condicional o la *probation* son las de mayor antigüedad y presencia en el Derecho Penal comparado (Cfr. Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Ob. cit., p. 23). No obstante, como bien explica ARMENDÁRIZ LEÓN, en torno a este tipo de medidas alternativas hay también diferentes regulaciones normativas: "En el mundo occidental se

utilizan en la actualidad tres modelos de suspensión de las penas cortas privativas de libertad: el anglosajón, denominado *probation,* el continental llamado *sursis* y uno mixto, la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba". La citada jurista destaca, además, que si bien los modelos citados tienen funciones comunes, sus presupuestos y efectos permiten igualmente establecer diferencias claras entre unos y otros (Cfr. Carmen Armendáriz León. "Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código Penal español". Ob. cit., p. 134 y ss.).

Y son, justamente, las **medidas alternativas de régimen de prueba**, las que guardan relación con el tema central de nuestras reflexiones. En efecto, la necesidad de **un pronóstico favorable de conducta futura** y de fijar **estándares de prueba** para su emisión y motivación judicial son presupuestos y requisitos exclusivos de esta clase de medidas alternativas, como lo detallaremos más adelante al examinar el caso peruano.

Pero, a pesar de haber atravesado por periodos auspiciosos y expectantes, las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad también han debido enfrentar coyunturas adversas y ser objeto de diferentes críticas, sobre todo formuladas por quienes promueven la utilidad preventiva de un **efecto *shock*** como función especial de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. El cual resulta de suma utilidad y pertinencia para sancionar determinadas modalidades de criminalidad como las de carácter económico o funcionarial (Javier Villa Stein. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Ara Editores. Lima. 2014, p. 589). Es más, la influencia de esta tendencia ha alcanzado también a la legislación penal peruana como lo demuestra la reciente promulgación del Decreto Legislativo N° 1343, que prohíbe la aplicación de la medida de régimen de prueba de suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por delitos contra la Administración Pública de colusión, peculado, malversación de caudales públicos, corrupción de funcionarios, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.

Pero también en las últimas décadas se han descargado contra las medidas alternativas de régimen de prueba reiterados cuestionamientos sociales debido a su uso judicial arbitrario e indiscriminado. Lo cual incluso ha generado que un sector mayoritario de la población los identifique como formas encubiertas de impunidad, corrupción o indebida benevolencia judicial. Otras objeciones, en cambio, han relativizado su pretendida eficacia o utilidad real para ejercer un efecto relevante sobre el acceso a los centros carcelarios o sobre la descongestión de los mismos. Al respecto, incluso, se ha llegado a sostener que

las medidas alternativas han extendido de modo desmesurado el control penal fuera de la cárcel y que lo han delegado en agencias extrapenales que actúan con marcada ausencia de garantías para los condenados (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 163). Por último, se ha sustentado un discurso deslegitimador de los sustitutivos penales, el cual refiere que al recaer estos solo sobre formas leves de criminalidad, se genera un efecto perverso y discreto de reafirmación o relegitimación de la necesidad o permanencia de la cárcel. La cual resulta fortalecida como el espacio predilecto de reacción penal para todas las formas agudas o críticas de la delincuencia. Especialmente de aquella violenta u organizada. Esta última aseveración ha motivado que un sector de especialistas admita también que esta clase de medidas proyectan un efecto colateral de sesgo **reaccionario y simbólico**, que las convierte más que en alternativas en verdaderos **"complementos"** de la cárcel (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal. Parte general.* Ediar. Buenos Aires. 2000, p. 927; Elena Larrauri. "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español". En: *Derecho Penal y criminología* N° 43. 1991, p. 139 y ss.).

Y, por último, resulta evidente en la coyuntura actual que las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad también han sido impactadas por el **giro punitivo** que caracteriza la configuración de la política criminal en el tercer milenio. Efectivamente, la agudización del espectro de la inseguridad ciudadana o del sentimiento socializado de la víctima, muy internalizados y extendidos entre los diferentes grupos sociales, han debilitado la validación política y la consideración jurisdiccional de su empleo sobre aquellas formas de delincuencia que se estiman como frecuentes y relevantes (Loïc Wacquant. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social.* Gedisa Editores. Barcelona. 2010, p. 60 y ss.). Lo cual ha conducido a los Estados a aplicar como respuesta frecuente e inmediata la **decisión sobrecriminalizadora** de ir suprimiendo o descartando en las reformas legales, la regulación o aplicación de toda modalidad de medida alternativa (Lohitzune Zuluoga. *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política.* Catarata. Madrid. 2014, p. 24 y ss.). Esta actitud también suele concretarse de un modo indirecto, subrepticio y menos perceptible, a través de la elevación cuantitativa de los umbrales de penalidad conminada que regulan las leyes para la procedencia judicial de medidas alternativas. Estas prácticas legislativas que inutilizan u opacan la función esencial de las medidas alternativas de régimen de prueba, según LARRAURI, también se suelen utilizar para anular la presencia de **penas alternativas** a la prisión: "El problema en

ocasiones no es la ausencia de penas alternativas a la prisión, sino que el legislador deja poco margen para que se apliquen. De este modo, aun cuando en los códigos penales aparezcan largos catálogos de penas alternativas, debemos fijarnos, en primer lugar, en qué delitos está prevista su aplicación y con qué condiciones; en segundo lugar, es importante analizar si los jueces confían en ellas y las imponen; y finalmente, es indispensable observar los medios que la Administración pone a disposición para que se cumplan este tipo de penas" (Elena Larrauri. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 147).

Es de mencionar que en la experiencia peruana, el empleo de estas estrategias anulatorias y de proscripción de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad también ha sido muy recurrente. Por ejemplo, ello se hizo notar a través de las modificaciones que sufrieron los rangos mínimos punitivos de los delitos de defraudación tributaria o contrabando, los cuales fueron elevados, al poco tiempo de entrar en vigor el Código Penal de 1991, para impedir que los jueces otorguen a los implicados en tales ilícitos la suspensión de la ejecución de la pena (Cfr. Ley N° 26461 y Decreto Legislativo N° 813).

Ahora bien, muchas de las críticas y efectos negativos descritos, que muestran la **crisis actual de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad**, han sido inteligentemente contestados o esquivados mediante importantes aportes de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada. En efecto, por un lado se ha dejado en claro que no es, ni nunca fue, el objetivo de las medidas alternativas el de abolir la prisión, sino, simplemente, el de procurar un efecto o castigo menos dañino que los que representa la cárcel en casos especiales donde esta deviene en desproporcionada e innecesaria (Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte general.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1993, p. 496 y ss.). Y, por otro lado, se ha puesto en evidencia que, en los diferentes y continuos procesos de reforma que ocurren en el Derecho Penal contemporáneo, la posición del legislador hacia las medidas alternativas no es de rechazo absoluto, sino de notable vocación receptiva. Por tal razón, medidas alternativas a las penas privativas de la libertada de corta o mediana duración son todavía incorporadas, con mayor o menor intensidad o variedad, en los nuevos proyectos y códigos penales del siglo XXI. Ejemplos de esta paradójica tendencia legislativa son los anteproyectos peruanos de reforma del Código Penal de 2004, 2008/2010 y el reciente Proyecto de Nuevo Código Penal de 2016. En todos estos documentos prelegislativos no solo se ha procurado mantener las cinco modalidades de medidas alternativas que reguló el Código Penal de 1991, sino que se

han ampliado también sus efectos para poder alcanzar a penas privativas de libertad de hasta cinco años.

En consecuencia, es justificado reconocer que, aun limitadamente y pese a tener una utilidad cada vez más simbólica, todavía encontramos decisiones legislativas que apuestan por las medidas alternativas expresando un mensaje crítico hacia el uso desmedido de la cárcel. Lo cual es pertinente sobre todo para la realidad de las prisiones latinoamericanas que siguen siendo crónicos escenarios de deshumanizado hacinamiento y carencia generalizada de servicios esenciales para una ejecución penal que asegure a los reclusos un tratamiento acorde con su irrenunciable condición de personas. No cabe duda, pues, que obrar legislativamente de otra manera, esto es, solo eliminando o reduciendo significativamente la presencia normativa de las medidas alternativas en el Derecho Penal positivo implica renunciar injustificadamente a uno de los pocos medios que todavía subsisten para compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y con proyecciones serias de prevención especial. En ese sentido, consideramos, pues, que mantienen plena vigencia las reflexiones formuladas por MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN hace ya más de dos décadas: "(...) por mucho que no quepa ocultar el contenido de control presente en este tipo de instituciones, no puede negarse que este es menor que el ofrecido por la cárcel y si se renuncia a ejercerlo en determinados casos, ello es en beneficio de consideraciones que tienden a evitar la desocialización del condenado, el efecto estigmatizador de la prisión y sus consecuencias sobre la dignidad humana. Por tanto, una política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho Penal como última ratio, que en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico" (Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Ob. cit., p. 497). Para el caso peruano, estas reflexiones adquieren plena validez al constatarse que el hacinamiento carcelario o las carencias de servicios y tratamiento se han potenciado y fortalecido en los últimos diez años, como efecto esperado y directo del giro punitivo en la política criminal nacional. Al respecto, cabe destacar, tal como se aprecia en las estadísticas penitenciarias, que un porcentaje importante de la población carcelaria del país está recluida por delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas o al robo; y que, además, se encuentran cumpliendo penas superiores a diez años de reclusión. **Sin embargo, también entre estos datos emerge una cifra significativa de internos que en las cárceles peruanas cumplen penas no superiores a cinco años de pena privativa de libertad**. Esto es, se detecta que entre la masa carcelaria un porcentaje

importante de internos, cerca del 20 % de la población total, cumplen penas de prisión cortas o de mediana gravedad, lo que contribuye a hacer más crítico el espacio colapsado de la capacidad de albergue de los centros penales (Consejo Nacional de Política Criminal. Indaga. *¿Qué tanto sabes del sistema penitenciario en el Perú?* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Boletín 1-2016, p. 9 y ss.).

En medio de ese contexto reduccionista de las medidas alternativas, especialmente de aquellas de régimen de prueba, se perfilan, compensatoriamente, nuevos discursos y espacios favorables a su regulación y utilidad operativa. Esto último se hace notar en lo que se ha dado en llamar la **nueva política hemisférica de control de drogas** que viene impulsando desde hace tres años la Organización de Estados Americanos (OEA). En efecto, este organismo regional ha abierto una nueva etapa que propicia el resurgimiento de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, como parte esencial de un inédito programa estratégico regional de prevención y control del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas. Esta importante reforma político-criminal se originó en el Informe final sobre el problema de las drogas en las Américas que se debatió y se hizo público por la Asamblea General de la OEA entre abril y junio de 2013 (Organización de Estados Americanos. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos.* Ciudad de Guatemala. Setiembre de 2014, p. 2 y ss.). Sus ejes centrales pueden resumirse en el siguiente pasaje: "Los Estados Miembros de la OEA han señalado que las respuestas al problema de las drogas deben ser integrales, poniendo en el centro de la política de drogas las perspectivas de salud pública y derechos humanos. Cumplir con este propósito **requiere superar los enfoques que se basan únicamente en la represión, para dar espacio a alternativas** que pongan en el centro al individuo" (Cfr. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas.* Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Bogotá. Octubre de 2014, p. 6).

Este nuevo enfoque y oportunidad resulta compatible con el rol funcional que tradicionalmente se asignó a las medidas alternativas a la cárcel y que también destacaron hacia finales del siglo anterior importantes juristas latinoamericanos como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE: "De ahí la crisis actual de la pena privativa de libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto" (Juan J.

Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal.* Volumen I. Editorial Trotta. Madrid, 1997, p. 189).

En el ámbito europeo también se han comenzado a reestructurar las políticas regionales y nacionales contra las drogas, procurando pasar de un modelo prohibicionista adaptado a la Convención de Viena de 1988 y empezar a transitar vías alternativas que se basan en un enfoque de salud pública y control de daños. Sin embargo, como sostiene MUÑOZ SÁNCHEZ, en el presente la asimilación de esta innovadora variante táctica en las políticas de control de drogas, todavía viene suscitando debates y resistencias: "La introducción de esta política asistencial de reducción de daños se ha realizado sin modificaciones en el marco legal hecho a semejanza de la Convención de Naciones Unidas de 1988. La coexistencia de una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica" (Cfr. Juan Muñoz Sánchez. "Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada". En: Ángel Gaspar Chirinos y Raúl Martínez Huamán. Directores. *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Tendencias actuales.* Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 192 y ss.).

En relación con esta nueva postura internacional en la prevención y el control de los conflictos de la droga y su tratamiento penal, JUAN MANUEL TORRES ha marcado, con precisión, que uno de los cambios más trascendentales radica, justamente, en las agudas **críticas que se formulan a la ineficacia y nocividad derivada del modelo punitivo y de exclusiva prisionalización**. El cual, por lo demás, ha imperado por más de treinta años en el tratamiento interno de las políticas y acciones estatales que la mayoría de países de nuestro continente han normado y aplicado contra el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, como señala el citado autor, tales cuestionamientos han dejado traslucir y visibilizar una vocación innovadora orientada a ensayar vías diferentes entre las que encajan **las medidas alternativas a la pena privativa de libertad;** sobre todo para aminorar daños colaterales a la salud y los derechos humanos de los sectores más bajos y vulnerables de la cadena de producción, comercialización y consumo ilegal de drogas y que suelen ser condenados a largas penas de cárcel (Cfr. Juan Manuel Torres. "Cuatro caminos, un comienzo". Comentarios al informe *El problema de las drogas en las Américas-2013 de la Organización de Estados Americanos.* Centro de Investigación, Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2013, p. 4 y ss.).

En ese mismo sentido, la investigadora mexicana CORINA GIACOMELLO, luego de resumir detalladamente las características y disfunciones

comunes de las estrategias punitivas contra las drogas, sostiene que "la necesidad de implementar medidas alternativas al encarcelamiento, así como de encontrar soluciones distintas a las desarrolladas hasta el momento para hacer frente al problema de las drogas parece imperante" (Corina Giacomello. *Propuestas de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina*. IDPC-Universidad Autónoma de Chiapas. Chiapas. Junio 2014, p. 1). En conexión con todo ello, en el Perú también se ha denunciado expresamente que: "El régimen legal y regulatorio actual para controlar el uso de drogas mediante sanciones penales (especialmente arrestos y encarcelamiento) está causando demasiado daño" (Cfr. Juan Manuel Torres. "Cuatro caminos, un comienzo". Ob. cit., p. 4 y ss.).

Todos estos aspectos nos sitúan, pues, en un renovado contexto político-criminal, donde el discurso y las estrategias hemisféricas contra el tráfico ilícito de drogas aparecen flexibizados frente a los planteamientos represivos de la "guerra contra las drogas" que han predominado en la región desde mediados de los años ochenta del siglo pasado (Cfr. Ernesto Samper Pizano. "Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta". En: *Debate*. Bogotá. 2013, p. 129 y ss.). En efecto, la intención despenalizadora de estas nuevas orientaciones políticas quedan claramente expuestas en el siguiente párrafo de los documentos oficiales de la OEA: "La búsqueda de alternativas al encarcelamiento para infractores dependientes de drogas o para personas que cometen delitos menores dentro de las cadenas del tráfico, es también una necesidad actual. Desde luego, la eliminación de la cárcel para las personas por simple posesión de pequeñas cantidades de drogas parece hoy necesaria en las legislaciones de algunos países. Para estas mismas personas y también para quienes deban cumplir penas en el sistema carcelario, deben buscarse vías de rango judicial, para su integración laboral a la sociedad" (Organización de Estados Americanos. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*. Ob. cit., p. 17).

En ejecución, pues, de esta opción despenalizadora de la política criminal contra el tráfico ilícito y el consumo indebido de drogas, se constituyó, desde el interior de la CICAD-OEA, un **Grupo de Trabajo para examinar la viabilidad de la implementación de alternativas al encarcelamiento por delitos de drogas**. Los resultados de las indagaciones y reflexiones de esta positiva experiencia se condensaron en un detallado informe. Este documento fue luego validado por expertos latinoamericanos en una reunión realizada en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia, treinta y ocho en octubre de 2014. Uno de sus principales hallazgos fue la identificación de 38 modalidades de medidas alternativas y que fueron agrupadas, según su oportunidad operativa, en tres

grupos: **preprocesales, procesales y posprocesales** (Cfr. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas*. Informe de la secretaría técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Bogotá. Octubre de 2014, p. 8 y ss.). Las medidas alternativas de régimen de prueba, **como la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio que contempla le legislación penal peruana**, correspondían al segundo y tercero de aquellos grupos Es decir, se alineaban entre las medidas procesales y posprocesales de origen legal y de aplicación ordinaria. Correspondían, pues, a aquellas medidas reguladas normativamente y que, además, podían ser aplicadas en cualquier proceso penal, pero siempre después del juzgamiento o del pronunciamiento de la sentencia condenatoria. **En ambos casos sus funciones formales o materiales incidían en bloquear el acceso a la cárcel de quien había sido ya declarado autor o partícipe culpable del delito.**

Sin embargo, resulta evidente que la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento de los delincuentes dependientes a drogas, basadas en un tratamiento deshabituador, demandan mayores requerimientos que su sola regulación legal. Su implementación material exige, pues, sobre todo, que los Estados se comprometan a proveer una asignación razonable y suficiente de recursos logísticos, técnicos y financieros, para viabilizar modelos vinculados a un régimen de prueba. De todo ello es consciente la CICAD-OEA, por lo que en sus documentos informativos y vinculantes sobre la materia suele demandar un compromiso proactivo y serio de los Estados para su plena y eficaz realización: "El esfuerzo de los Estados de la región debería estar encaminado a diseñar una política sobre alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas, que cuente con todos los elementos necesarios para asegurar una buena implementación y evaluación de las medidas diseñadas. En este sentido, es fundamental que dicha política cuente con responsables institucionales claros, mecanismos de implementación, seguimiento, evaluación y control, presupuesto suficiente y disponible, y un diseño claro que permita asegurar intervenciones adecuadas, oportunas,coherentes y diferenciales" (*Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas*. Ob. cit., pp. 16-17).

II. MEDIDAS DE RÉGIMEN DE PRUEBA EN EL PERÚ

Como ya se ha señalado, las medidas alternativas a las penas privativas de libertad adoptan distintas formas y modalidades de operatividad. Una modalidad particular de medidas alternativas y tal vez las más caracterizadas son las de **régimen de prueba.** Su regulación normativa en el Derecho Penal

comparado adquiere distintas manifestaciones, siendo la más difundida en el presente la que corresponde a la **suspensión de la ejecución de la pena.**

El proceso de reforma que llevó a la promulgación del Código Penal de 1991 aportó la inclusión paralela de dos tipos de medidas alternativas de régimen de prueba:

a) La suspensión de la ejecución de la pena (artículos 57 a 61).

b) La reserva del fallo condenatorio (artículos 62 a 67).

Cada una de ellas posee presupuestos. Requisitos y efectos similares que por razones de espacio no podemos ahora detallar, pero que ya hemos analizado con minuciosidad en anteriores publicaciones (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa. Lima. 2016, p. 353 y ss.). En todo caso, es de mencionar que sólo la suspensión de la ejecución de la pena opera con penas privativas de libertad concretas de hasta cuatro años; esto es, con penas impuestas judicialmente al autor o partícipe culpable de un hecho punible. En cambio, la reserva del fallo condenatorio funciona exclusivamente en relación con penas conminadas o abstractas privativas de libertad de hasta tres años.

Es de destacar que ambas modalidades han logrado, a lo largo de más de veinticinco años, una notable consolidación operativa y hoy en día su presencia en la **praxis** judicial es de alta frecuencia. Cabe agregar que recientes reformas legales, aportadas por las Leyes N°s 30076, 30304 y el Decreto Legislativo N° 1351, han introducido algunas modificaciones a su regulación original. Destacando entre ellas las que armonizan con las actuales orientaciones de justicia penal terapéutica que auspicia la OEA. Pero que también dejan sentir la influencia represiva y oportunista del giro punitivo. Es así que la primera de las leyes citadas introdujo la posibilidad de aplicar como regla de conducta un tratamiento especializado para promover la deshabituación de condenados adictos al consumo de drogas o alcohol; mientras que la segunda y la tercera de las disposiciones legales mencionadas han prohibido la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por delitos funcionariales contra la Administración Pública, como la colusión, el peculado, el cohecho, entre otros. Todos estos cambios son conservados también en el Proyecto de **Código Penal de 2016** (artículos 74 *in fine*, 75, inciso f, 79.4 y 81).

Ahora bien, el uso jurisdiccional de estas medidas ha sido legislado siempre con un esquema discrecional semirreglado que demanda de los operadores

de justicia una prudente capacidad de evaluación sobre su necesidad, utilidad y oportunidad. Lamentablemente, la utilización indiscriminada, desmedida e injustificada de tales medidas, sobre todo de la suspensión de la ejecución de la pena, ha generado su notable rechazo y descredito social (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *El Código Penal de 1991 y las medidas alternativas a las penas privativas de libertad.* Código Penal. 3ª edición. APECC. Lima. 2012, p. 56 y ss.). Es, pues, en ese espacio que resulta pertinente debatir sobre la utilidad de regular estándares de prueba para justificar con suficiencia y racionalidad el pronóstico judicial favorable de conducta futura que habilita la aplicación en un caso concreto de medidas de régimen de prueba de suspensión de la ejecución de la pena o de reserva del fallo condenatorio.

III. PRONÓSTICO FAVORABLE DE CONDUCTA FUTURA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA: NECESIDAD, LÍMITES Y CRITERIOS DE REGULACIÓN

Una crítica constante a las decisiones judiciales ha sido su escasa, confusa o aparente motivación. En más de una ocasión el control jerárquico o constitucional de resoluciones judiciales en el Perú ha hecho sentir su facultad anulatoria o revocatoria a partir de cuestionamientos a la fundamentación racional de las decisiones jurisdiccionales adoptadas (César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal. Lecciones.* Inpeccp-Cenales. Lima. 2015, p. 11 y ss.; José Antonio Neyra Flores. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Idemsa. Lima. 2015, p. 131 y ss.).

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia nacional son pocos los casos donde ese examen y control han cuestionado decisiones de concesión de medidas alternativas de régimen de prueba, a partir de una falta o incongruencia en la motivación del **pronóstico favorable de conducta futura del procesado**. El cual técnicamente podemos identificar en la actualidad, no como un vaticinio, sino como una modalidad de actitud prospectiva para la toma de decisiones. En este caso, para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Al respecto, es importante destacar lo señalado por MIKLOS, JIMÉNEZ y ARROYO, en el sentido de que: "En prospectiva se trata de construir el porvenir (futuro), no de predecirlo. Sus métodos no tienen como sentido la extrapolación, sino mostrar el presente en el futuro mediante la analogía y la metáfora. Interpreta el pasado y orienta el presente; integra conocimientos y valores para diseñar la acción social futura. Participa en la toma de decisiones, lo cual implica cambio y mejora respecto a una situación de origen" (Tomás Miklos, Edgar Jiménez y Margarita Arroyo. *Prospectiva, gobernabilidad*

y riesgo político. Editorial Limusa. Ciudad de México. 2016, p. 22). Por tanto, el estándar de verdad en un pronóstico siempre se expresará como un estándar de alta probabilidad y de mínima incertidumbre.

Ahora bien, en su evolución histórica, el legislador peruano se ha referido al pronóstico favorable de conducta futura siempre con términos muy generales e imprecisos. Por ejemplo, en el Código Penal de 1924, que regulaba la modalidad de **condena condicional,** el artículo 53 autorizaba al juez a conceder dicha alternativa "si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer una nueva infracción". Esta fórmula, sin embargo, era muy similar a la que incluyeron otros códigos importantes de la época, como el italiano que demandaba observar y valorar la gravedad del delito de modo que "il giudice presume che il colpevole si asterrrá dal commettere ulteriori reati"(artículo 164). En torno a tal disposición nacional, la jurisprudencia desarrolló lecturas poco explicitas pero con un marcado acento en aspectos subjetivos, sobre todo en la peligrosidad del condenado. Así, en una Ejecutoria de la Corte Suprema del 5 de diciembre de 1933 se señaló lo siguiente: "Siendo el fin principal de la pena la reforma del delincuente, tratándose de delitos de pequeña importancia material, cometidos por el acusado, sujeto de ninguna peligrosidad, basta a los fines de la represión penal la imposición de la condena con el carácter de condicional" (Sobre esta decisión judicial y otras análogas, véase: Julio D. Espino Pérez. *Código Penal. Concordancias*. 7ª edición. Cultural Cuzco. Lima. 1988, p. 73 y ss.).

Posteriormente en el texto original del Código Penal de 1991, al referirse este a la **suspensión de la ejecución de la pena** en el inciso 2 del artículo 57, la norma con relación al pronóstico favorable de conducta futura precisaba que la autoridad judicial debía tener en cuenta "que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito". En torno al desarrollo jurisprudencial de dicha disposición legal, una Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2010, insistía también en la utilidad de los indicadores de peligrosidad del condenado: "La efectividad de una pena o su suspensión no se rigen por los mismos criterios utilizados al momento de la determinación de la pena, sino por el contrario, se asumen aquellos que han sido desarrollados por la prevención especial (...); es decir, observar la peligrosidad del condenado, situación que se ha podido advertir por la forma en que se ejecutó el hecho criminal (...)" (publicada en *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 16. Octubre 2010, p. 86). Finalmente, con las sucesivas reformas ocurridas en el citado artículo 57, la redacción actual ha procurado construir una mejor especificación de los factores que deben ser

apreciados por el órgano jurisdiccional, pero también ha formalizado la necesidad de motivar expresamente el prónostico que se emita sobre la conducta que cabe esperar del condenado. En ese sentido, el mencionado artículo exige "[q]ue la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación" (Texto legal según la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1351 del 6 de enero de 2017).

A pesar de las variantes legales mencionadas las decisiones judiciales de concesión de medidas de régimen de prueba, especialmente de suspensión de la ejecución, han merecido una crítica social constante, que mayormente ha cuestionado la aplicación "ilegal", "extraña" o "corrupta" de medidas de suspensión de la ejecución de la pena por parte de la judicatura penal (Víctor Roberto Prado Saldarriaga et al. *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p. 20 y ss.). Es, pues, este último suceso el que motivó que desde el propio interior del Poder Judicial, emerja la necesidad de especificar mejores indicadores o reglas que hagan más transparentes y racionales los argumentos y las decisiones judiciales que conceden tales medidas. Un primer intento al respecto fue la **Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ** del 8 de setiembre de 2011 que hizo pública y vinculante la **circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.** La preocupación esencial de este documento fue definida con precisión en el siguiente considerando: "la actuación del Juez Penal implica, además, al momento de suspender la ejecución de la pena, fundamentar de manera explícita el pronóstico favorable de conducta del condenado que le lleve a la convicción de la imposición de dicha medida alternativa: no reiteración delictiva. Con esta finalidad ha de expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general), vinculada necesidad y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a las condiciones personales del condenado. No basta entonces que el juez intuya o confíe que el condenado se comportara bien; se requiere una expectativa fundada –determinado grado de probabilidad, no de certeza– de una conducta adecuada a derecho, de su legalidad futura. En caso de duda, no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*, pues no se trata ahora de la aclaración de hechos pasados" (segundo considerando). Es de mencionar que esta última e importante aseveración, ya había sido destacada también por HURTADO POZO al analizar la condena condicional que en el Código Penal de 1924 operaba como precedente de las medidas de régimen de prueba actualmente reguladas en nuestra

legislación (José Hurtado Pozo. *El sistema de control penal.* Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 980).

La aludida circular graficaba también con precisión la necesidad de adoptar correctivos inmediatos sobre malas prácticas jurisdiccionales, lamentablemente muy extendidas, que distorsionaban los objetivos funcionales de la suspensión de la ejecución de la pena o que reducían sus presupuestos legales a una mera constatación cuantitativa de la extensión de la pena aplicable. En efecto, según dicho instrumento normativo del Poder Judicial, "resulta censurable verificar que, pese a que el Código penal regula de manera taxativa los presupuestos legales que deben seguirse en la suspensión de la ejecución de la pena, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas. Ello conlleva que individuos que no tienen el más mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico" (considerando sexto):

Por ello, no fue del todo novedoso que unos años más tarde la Ley N° 30076, que tuvo por fuente, justamente, un conjunto de reformas legales presentado en octubre de 2012 por el Poder Judicial al Congreso de la República (R.A. N° 116-2012-SP-CS-PJ y Oficio N° 6425-2012-SG-Cs-PJ), haya considerado pertinente y necesario reformular el inciso 2 del texto original del artículo 57 del **Código Penal de 1991**, demandando expresamente que el pronóstico favorable de conducta futura, como juicio valorativo que debía emitir la autoridad judicial para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, **"requiere de debida motivación"**. La cual debe integrar y razonar sobre diferentes aspectos como "la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente" y permitirle al órgano jurisdiccional inferir **"que aquel no volverá a cometer nuevo delito".** La misma exigencia se mantiene en la redacción actual del inciso 2 del artículo 57 y con ligeras variantes ella también es incluida en el artículo 62 para la concesión de la reserva del fallo condenatorio. En lo que respecta al **Proyecto de Código Penal de 2016**, tal requisito también es contemplado para las medidas de régimen de prueba que su normativa regula (artículos 74, inciso a, y 79.1).

Por tanto, la necesidad de **motivación racional del pronóstico favorable de conducta futura constituye en la actualidad una exigencia legal y vinculante** para el órgano jurisdiccional que decide aplicar una medida alternativa de régimen de prueba. Lo que al parecer no ha quedado aún resuelto desde la ley es la identificación objetivable de esos indicadores que hagan posible "inferir" lo innecesario de una privación efectiva de libertad. **Esto es,**

los componentes fácticos y contrastables que hagan verificable un grado de probabilidad relevante de esa conducta futura no delictiva. Por tanto, lo legitimo de la decisión judicial adoptada. O, en términos más psicosociales, que hagan tolerable y razonable para la población aceptar como pertinente y equilibrado que el autor o partícipe culpable de un delito no sea condenado o no cumpla en una prisión la pena privativa de libertad que por justicia le corresponde. Y, desde un enfoque político-criminal, que tal resolución judicial no vaya a resentir la seguridad ciudadana ni vaya a debilitar la confianza de la población en la vigencia de la norma y en la eficacia e imparcialidad de las agencias tutelares del Estado.

Con relación a todos estos aspectos parece existir sustentado consenso, en torno a admitir que lo que se requiere son decisiones e indicadores de probabilidad criminal, los cuales deben responder racionalmente a la identificación y al análisis integrado de indicadores objetivos o subjetivos que al operar multifactorialmente producen un riesgo **mínimo o alto** de la realización futura de una conducta delictiva o de un acto de reiterancia o reincidencia. Sobre la metodología idónea para construir ese pronóstico favorable de conducta futura no se ha avanzado tanto, como sí se ha hecho para poder inferir riesgos de violencia. Es más, en relación a estos **últimos, coexisten** en la actualidad diferentes procedimientos científicamente validados y que suelen aplicarse a determinadas modalidades delictivas de relevante gravedad (delitos sexuales, homicidios seriales, terrorismo suicida), lo que los hace poco extrapolables al ámbito de la aplicación de medidas alternativas como la suspensión de la ejecución de la pena, mayormente dirigidas a condenados y delitos de nula o escasa peligrosidad (Cfr. Martín Luque Martín. "Evaluación del riesgo de violencia. Situación sobre la valoración de prognosis criminal". En: *International E. Journal of Criminal Sciences. Research Report 1.* Número 9. 2015, p. 15 y ss.).

Por tanto, lo que a la fecha tenemos sigue siendo muy poco y precario. Es así que las normas vigentes y las propuestas legislativas diseñadas siguen haciendo descansar el peso fundamental del pronóstico favorable de conducta en factores predominantemente subjetivos y de notoria ambigüedad (**"comportamiento procesal y la personalidad del agente"**). No concurren, pues, todavía, entre los artículos pertinentes del Código Penal, opciones de alguna manera más precisas y controlables como las consideradas para otros pronósticos jurisdiccionales sobre la aplicación de medidas de prisión preventiva frente al riesgo procesal y que se detallan en los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal. Y sobre los cuales, además, parecen haber ya importantes consensos hermenéuticos y prácticos en la doctrina y en la jurisprudencia (Cfr.

César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Inpeccp-Cenales. Lima. 2015, p. 457 y ss.; Elder Jaime Miranda Aburto. *Prisión preventiva, comparecencia y arresto domiciliario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica. Lima. 2014, p. 183 y ss.).

Tal vez la propuesta más coherente con esta trascendente falencia legal trató de insinuarla el Proyecto de Código Penal de 2014-2015, al requerir en su articulado correspondiente que el pronóstico favorable de conducta futura para la aplicación judicial de una suspensión de la ejecución de la pena o de una reserva del fallo condenatorio **"debe estar sustentado técnicamente"**. Según este frustrado documento preegislativo, "[e]ntre las circunstancias que debe considerar para la emisión de dicho pronóstico se encuentra la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales ordenadas o desordenadas, su arrepentimiento o su actitud –por voluntad propia o con ayuda de otros– que denote que se comportará conforme a derecho, así como su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado" (artículos 73, inciso 1, literal b, y 78, inciso 2). Cabe reconocer que estos mismos indicadores o circunstancias fueron también reseñados en la circular antes mencionada de 2011 como una manera de orientar el razonamiento y la valoración del órgano jurisdiccional sobre la **"personalidad del agente"**, la cual debía evaluarse "a partir de la comprensión razonable de un conjunto de circunstancias individuales objetivamente verificables que tengan importancia para concretar la suspensión de su ejecución" (considerando tercero).

Ahora bien, en el Derecho comparado las alternativas que se han ensayado sobre el problema que nos ocupa no son muy diferentes a las que se consideran en los documentos normativos nacionales que hemos mencionado. Por razones de espacio solo nos referiremos a dos sistemas penales extranjeros que guardan importantes similitudes con la actual regulación de la suspensión de la ejecución de la pena en el Código Penal peruano de 1991.

En primer lugar, cabe mencionar al Código Penal colombiano de 2000 que trata la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en su artículo 63, como uno de los **"mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad"** que regula. Sobre el tema que nos interesa cabe mencionar que la norma pertinente no alude expresamente a la necesidad de que la autoridad judicial emita y motive un pronóstico favorable de conducta futura. El texto legal se limita a demandar que "los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible **sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena**". La doctrina colombiana más calificada ha estimado pertinente destacar la necesidad de

una valoración reforzada de este último presupuesto sin aludir a la necesidad de un pronóstico favorable de conducta futura. En ese contexto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ ha señalado que: "es indispensable que, previamente, se haya emitido una valoración objetiva, imparcial, encaminada a descartar la necesidad de la pena y, por ende, el merecimiento de pena que, como ya se dijo, es un concepto muy general" (Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Comlibros. Bogotá. 2009, p. 1162).

Cabe señalar que en otras disposiciones legales del Código colombiano, como las concernientes a la libertad condicional, la ley exige, además, que se demuestre el "arraigo familiar y social" del condenado. En coherencia con ellos, se precisa que "corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo".

Y, en segundo lugar, nos referiremos al Código Penal español de 1995 que en el dominio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, a la cual incluye como una de las **"formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad"** en un extenso artículo 80, ha sido objeto de sucesivas reformas (Cfr. Carmen Navarro Villanueva. *Suspensión y modificación de la condena penal.* J.M.Bosch. Editor. Barcelona. 2002, p. 38 y ss.). Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 en esta disposición normativa aluden de modo expreso a la motivación de la decisión judicial que concede la suspensión de la ejecución de la pena y a la necesidad de un pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado. Esta **última exigencia legal es identificada como el hecho de que "sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos".** Para lo cual la norma citada precisa que **"el juez o tribunal valorará la circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".**

Al respecto, UNCILLA GALÁN ha destacado que "la regulación actual no menciona expresamente la peligrosidad criminal del condenado, pero esta era y sigue siendo el criterio básico para la suspensión, un pronóstico de peligrosidad negativo, que late en la expresión '**cuando sea razonable esperar**' que no se van a cometer más delitos, añadiendo ahora las circunstancias o elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez para realizar este pronóstico"

(Idoia Uncilla Galán. "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo". En: *Cuadernos Penales José María Lidón* N° 12. La reforma del Código Penal a debate. Universidad de Deusto. Bilbao. 2016, p. 67). El pronóstico favorable de conducta futura es, pues, asimilado legalmente como una "expectativa" que puede verse contradicha y frustrada por la comisión posterior de un nuevo delito, lo que, de ocurrir, habilitará al órgano jurisdiccional a revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta consecuencia, por lo demás, como lo especifica el artículo 86 1.a), ocurrirá al ponerse de manifiesto con la reiteración delictiva **"que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida".** Como se puede apreciar, en la actual legislación penal hispánica, tampoco la ley ha optado por configurar indicadores específicos y objetivables que puedan operar como estándares de prueba de la consistencia del pronóstico favorable de conducta futura, lo cual, igualmente, no ha podido ser plenamente superado por la doctrina y la frondosa jurisprudencia que se ha emitido al respecto. Por ejemplo, ha sido frecuente señalar en las sentencias españolas que "la resolución judicial debe ponderar las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social y las otras finalidades de prevención general que legitiman la pena privativa de libertad" (Sergio Amadeo Gadea y Consuelo Romero Sierra. *Código Penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios.* 1ª edición. Factum Libri. Madrid. 2015, p. 183 y ss.).

En atención, pues, a los modelos extranjeros descritos y a la orientación asumida por el legislador peruano en las modificaciones o adiciones legales aplicadas o sugeridas en torno a la regulación del pronóstico favorable de conducta futura en las medidas alternativas de régimen de prueba, cabe preguntarse si es posible fijar mejores estándares de prueba a los hasta ahora existentes. Y, de ser ello factible, cuáles serían los más idóneos y homologables. Al respecto, todo parece indicar que la legislación penal sustantiva tiende a renunciar a dar mayores precisiones legales y que, por tanto, hay que conformarse con la generalidad y ambigüedad de las fórmulas legales vigentes. Lo cual, de hecho, no concuerda con las tendencias contemporáneas de la teoría de la prueba y con las demandas sociales de transparencia en la motivación judicial de las decisiones que acuerdan medidas de régimen de prueba. Cabe, por tanto, insistir en la necesidad de diseñar nuevos indicadores y estándares de prueba para una mejor comprensión social y motivación de los pronósticos

judiciales de conducta futura. Al respecto, consideramos que se podría comenzar discutiendo los siguientes:

En torno al delito:

- **Grado y modalidad de ejecución del hecho punible** (tentativa, delito ocasional, ausencia de premeditación, por emoción violenta excusable).
- **Naturaleza del hecho punible cometido** (doloso, culposo, preterintencional, leve, convencional, de criminalidad organizada).
- **Unidad o pluralidad de hechos punibles realizados** (concurso ideal, concurso real, delito continuado, delito permanente)
- **Nivel de intervención en la realización del delito** (cómplice secundario, cómplice primario, instigador, coautor, autor mediato, *extraneus*, líder, promotor).
- **Grado de importancia del daño ocasionado** (leve, grave, reparable, trascendente a terceros, irreparable).
- **Características de los medios empleados para cometer el delito** (sin utilización de armas, con armas no letales, con armas letales, con medios que proyectan peligro hacia terceros, con empleo de intermediarios materiales inimputables, con empleo de personas jurídicas, con empleo de bienes públicos).

En torno a los sujetos del delito:

- **Calidades personales del autor del delito** (edad, nivel educativo, estrato económico, capacidades especiales, roles sociales, interculturalidad).
- **Existencia de antecedentes delictivos** (sin antecedentes por delitos, con antecedentes por faltas, con antecedentes cancelados, con antecedentes por delitos culposos o leves, reiterancia).
- **Relaciones existentes entre el autor y la víctima** (parentesco, confianza, dependencia, prevalimiento, amistad, enemistad).
- **Naturaleza de los móviles que determinaron la actuación delictiva** (altruistas, egoístas, de necesidad apremiante, de odio o menosprecio).
- **Actitud posterior al delito** (arrepentimiento, autodenuncia, sometimiento a la justicia, voluntad reparatoria).

- **Voluntad y posibilidad de someterse a programas de rehabilitación** (deshabituación, tratamiento psicológico, trabajo social, prácticas de justicia reparatoria).
- **Vínculos familiares, laborales, formativos** (posibilidades altas y positivas de acogida familiar y reinserción laboral o educativa).

En torno a las consecuencias jurídicas del delito:

- **Penalidad conminada** (pena leve, penas únicas privativas de libertad, penas alternativas o penas conjuntas).
- **Necesidad de efectividad de pena corta privativa de libertad** (mayor posibilidad de daño psicológico por ingreso y permanencia en la cárcel; justificación reforzada de la utilidad esperada del "efecto *shock*").
- **Posibilidad de aplicación de penas alternativas u otras consecuencias no privativas de libertad** (conversión de penas, vigilancia electrónica personal, tribunales de tratamiento de drogas (TTD).
- **Ausencia de circunstancias agravantes específicas o cualificadas**.
- **Grado de tolerancia social a la aplicación de penas o medidas alternativas a la pena privativa de libertad correspondiente al caso** (nivel de frecuencia de modalidad delictiva en el entorno social, actitud psicosocial social frente al delito cometido y sus circunstancias).
- **Mayor expectativa de prevención especial por el comportamiento procesal positivo desplegado por el condenado** (actitud respetuosa, colaboración con las autoridades, constante sujeción al procedimiento).

Ahora bien, tratándose de delitos violentos (homicidios, lesiones graves, violencia familiar, agresiones sexuales, poder, etc.), estimamos también pertinente que el órgano jurisdiccional competente pueda disponer, complementariamente, un examen pericial sobre **predicción o valoración del riesgo de violencia,** tal como se aplica en algunos sistemas jurídicos para decidir sobre la aplicación de medidas de seguridad de internación o concesión de beneficios penitenciarios. Al respecto, es pertinente la aclaración de ZORIO VENTURA: "la valoración del riesgo de violencia es una estimación probabilística del riesgo que un sujeto puede tener a la hora de cometer un nuevo delito. En ese sentido, hay autores que prefieren utilizar el término estimación más que el de predicción porque al estimar estamos valorando la probabilidad de que ocurra algo, siempre asumiendo cierto grado de error. En cambio si hablamos

de predicción parece que estemos adivinando o pronosticando un suceso que va a ocurrir con un elevado grado de certeza" (Judith Zorio Ventura. *Métodos e instrumentos de valoración de la peligrosidad criminal en el proceso penal.* Universitat Jaume I. Castellón. 2016, p. 39). Esta información, apreciada como prueba científica, será también un importante soporte para la mejor argumentación del pronóstico favorable de conducta futura que avale la concesión judicial de la suspensión de la ejecución de la pena.

Según las circunstancias y los hechos probados en el proceso, el órgano jurisdiccional deberá razonar y motivar su decisión de conceder una medida alternativa de régimen de prueba, a partir de la revisión analítica de todos los indicadores señalados que resulten pertinentes y sean concurrentes en el caso. Esto es, el juez deberá argumentar a modo de síntesis que tales indicadores objetivamente tratados aportan como resultado **una alta probabilidad de que el condenado no vuelva a cometer un nuevo delito,** por lo que su sometimiento a un régimen de prueba es justificable y oportuno. Y que, además, el tiempo de duración que se fija a dicho periodo es el suficiente e idóneo para validar el pronóstico favorable de conducta asumido sin comprometer ni colocar en una situación de riesgo a la seguridad de la ciudadanía y a la estabilidad funcional del ordenamiento jurídico.

Si bien lo tratado no es aún un tema de debate en la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana, consideramos que su tratamiento en perspectiva de *lege ferenda* es de alta prioridad. Lo cual coyunturalmente lo hace oportuno en la medida que se ha anunciado reiteradamente la voluntad del Poder Ejecutivo de remitir al Congreso de la República un texto sustitutorio y revisado del Proyecto de Código Penal de 2016. Es, pues, esta la oportunidad de colocar en el debate de los expertos y de los operadores de justicia la necesidad y utilidad de contar con mejores estándares de prueba para gestionar una evaluación o decisión judicial suficientemente sustentada de un pronóstico favorable de conducta futura. Sobre el particular, es de concluir señalando que en el nuevo documento prelegislativo que ha elaborado recientemente una Comisión Multisectorial convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la temática que hemos comentado no ha promovido cambios substanciales con relación a la legislación vigente. En efecto, en el inciso b del artículo 73 del aludido Proyecto sustitutorio se regula sobre el pronóstico favorable de conducta futura en los términos siguientes:

> "Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito. El pronóstico favorable de conducta

futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación, considerando, entre otras circunstancias, la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales, su arrepentimiento o su actitud, por voluntad propia o con la ayuda de otros, que denote que se comportará conforme a derecho, su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Proyecto de Código Penal.* Revisado y validado por el Grupo de Trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal. Lima. Diciembre de 2016). Se reproduce, pues, sin cambios, la misma fórmula del Proyecto de Código penal de 2016 (artículo 74, inciso b).

Ahora bien, la propuesta sustitutiva del Ministerio de Justicia puede compatibilizar en varios aspectos con el listado de estándares de prueba que hemos construido en este trabajo, por lo que es de esperar que la presentación oficial del Proyecto revisado nos permita, también, dar a conocer nuestros aportes al respecto y promover con la discusión de ambas propuestas una mejor legislación sobre la materia.

Medidas de seguridad[11]

I. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Las normas sobre medidas de seguridad que contiene el Código Penal vigente provienen de tres fuentes legislativas extranjeras. Esta pluralidad de influencias legislativas es trascendente para poder comprender las características y modalidades de las medidas de seguridad en nuestra legislación. Sobre el particular debemos precisar lo siguiente:

- Las disposiciones que aluden a su rol funcional en el artículo IX del Título Preliminar tienen como modelo al Código Penal colombiano de 1980 (Cfr. artículo 12).
- Las normas que tratan de las clases de medidas de seguridad aplicables responden a la influencia del Código Penal brasileño de 1984 (Cfr. artículos 96 a 98).
- Las reglas que regulan la aplicación de las medidas de seguridad provienen del Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (Cfr. artículos 87 a 89).

Esta heterogénea mixtura de fuentes legales extranjeras ha generado notorias implicancias y contradicciones en torno a la función que se atribuye a las medidas de seguridad, la cual resulta ideológicamente más cercana a los patrones positivistas tradicionales. Sin embargo, no se adapta a los criterios garantistas que se han implementado para la determinación y control de las mismas, particularmente para el caso de la medida de seguridad de internación que es la privativa de libertad. En todo caso, tales contradicciones no deben

(11) Publicado originalmente en: *Código Penal*. 6ª edición. APECC, Lima, 2017, pp. 29-60.

ser omitidas al momento de interpretar y aplicar con coherencia y eficacia las normas vigentes sobre medidas de seguridad del Derecho Penal peruano.

II. CLASES DE MEDIDAS

El Código Penal de 1991, siguiendo su fuente brasileña, contempla únicamente dos tipos de medidas de seguridad: **la internación y el tratamiento ambulatorio.**

La **medida de internación** se encuentra prevista en el artículo 74 del Código Penal. Ella se aplica por regla general a los inimputables que ejecutaron un hecho que la ley considera delito. Sin embargo, esta medida de seguridad puede también aplicarse excepcionalmente a imputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia hacia el consumo de alcohol o drogas.

La internación es una medida de seguridad **privativa de libertad** y, conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Titulo Preliminar, le correspondería una **función eminentemente curativa y asegurativa.** Ella afecta la libertad ambulatoria del sentenciado e implica su ingreso y permanencia en un centro **"hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia"**.

Por su naturaleza y sus efectos sobre el interno, se trata de una medida de seguridad grave, debido a lo cual nuestra legislación precisa que solo podrá imponerse dicha medida cuando concurra el peligro de que el sentenciado pueda seguir realizando otros **delitos considerablemente graves** (homicidio, lesiones, violación).

La duración de la medida de internación **no debe ser indeterminada**. La sentencia que la impone tiene que precisar expresamente cuál es su extensión temporal. Al respecto, como ya se ha mencionado, el párrafo *ab initio* del artículo 75 del Código Penal señala que en ningún caso la medida de seguridad de internación **"podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido".**

La duda que surge con relación a esta disposición es si el legislador nacional alude a la pena legal o conminada o a la pena judicial o concreta. La doctrina nacional no se ha pronunciado al respecto.

Para nosotros, la norma citada alude necesariamente a una **pena aplicable,** es decir, individualizada y concreta. En consecuencia, el artículo 75 no se refiere a la pena tipo o abstracta. Se regula, por tanto, un supuesto similar

al contemplado en el inciso 2 del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, y donde se exige a la autoridad jurisdiccional una prognosis de la **"sanción a imponerse"** o **"determinación de la pena probable"** para, con base en ello, decidir la aplicación de la medida coercitiva personal de detención (Cfr. Pablo Sánchez Velarde. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Lima. 2004, p. 759).

El juez, entonces, primero hará una prognosis o determinación de la pena probable que se aplicaría al inimputable si hubiera cometido el mismo delito pero como imputable. Luego, consignará en su sentencia ese dato punitivo cuantificado como el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación que se impone al inimputable. La doctrina penal española, al comentar el párrafo segundo del inciso 1 del artículo 103 del Código Penal de 1995 ("El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo"), cuya redacción es parecida a la contenida en el texto legal peruano, ha admitido una interpretación similar (Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima. 2004, p. 86).

Sin embargo, también un sector de la doctrina ibérica ha criticado la decisión legal de limitar la duración de la medida de internación a los indicadores cuantitativos de la pena privativa de libertad que corresponda al delito cometido. Para sus seguidores ello es incompatible, pues la medida de internación surge de un pronóstico sobre la peligrosidad latente del inimputable infractor. En cambio, la probable duración de una pena privativa de libertad aplicable al mismo caso solo podría razonarse a partir de una culpabilidad que no es posible medir, dada la condición inimputable del agente del delito (Cfr. Agustín Jorge Barreiro. "Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el CP español de 1995". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 9. 2000, p. 89 y ss.).

Cabe señalar, sin embargo, que la duración de la medida de internación que se fijó en la sentencia puede ser modificada durante su etapa de ejecución. En efecto, la ley dispone que cada seis meses, y sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, "la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer **si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido"**. De constatarse dicho resultado exitoso, **"el Juez hará cesar la medida de internación impuesta".** Ahora bien, el éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del inimputable. No equivale, pues, a

curación de la patología mental que desencadena el estado peligroso, ya que por lo general los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos

El **tratamiento ambulatorio** es la segunda clase de medida de seguridad que contempla nuestra legislación. Se encuentra regulada en el artículo 76 del Código Penal. **Se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad y que tiene una función predominantemente de rehabilitación.**

Esta medida se aplica exclusivamente a los imputables relativos. Sin embargo, en el **artículo 178** del Código Penal se consideran también formas especiales de tratamiento ambulatorio para los imputables que han cometido delitos contra la libertad sexual.

La medida de seguridad que estamos analizando consiste en el sometimiento obligatorio del sentenciado a un régimen ambulatorio de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra especialidad que su estado personal requiera.

La ley no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso, él no puede exceder el plazo del cumplimiento de la condena impuesta al agente del delito. Su ejecución, pues, tendrá lugar de manera paralela al cumplimiento de la pena. PÉREZ ARROYO asume una posición diferente, considerando que "la aplicación conjunta de la medida de seguridad terapéutica y rehabilitadora se realiza de modo accesorio a una pena, la cual será de aplicación principal" (Miguel Pérez Arroyo. "Las medidas de seguridad y rehabilitación social". En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, p. 142).

III. REGLAS DE APLICACIÓN

En el Código Penal de 1991 se incorporó un conjunto detallado de presupuestos y garantías para la aplicación judicial de las medidas de seguridad. Esta decisión legislativa debe ser destacada como un importante avance, ya que por mucho tiempo el Derecho Penal peruano careció de normas al respecto.

La naturaleza sancionadora y restrictiva de la libertad de las personas, que poseen las medidas de seguridad, hacía indispensable la regulación de tales principios y reglas. Por consiguiente, pues, conforme a la legislación vigente, su aplicación debe observar lo siguiente:

- **Legalidad:** Solamente se pueden imponer las medidas de seguridad que se encuentran definidas en la ley con anterioridad al hecho punible. El Código Penal precisa al respecto en el artículo II de su Título Preliminar:

"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o **medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"**. Tampoco el Código Penal vigente autoriza que se puedan aplicar medidas de seguridad por analogía o retroactivamente si resultan desfavorables al agente del delito (Cfr. artículo III del Título Preliminar y artículo 6).

- **Jurisdiccionalidad:** El juez penal competente es la única autoridad del Estado que puede imponer medidas de seguridad. Además solo podrá hacerlo a través de una sentencia. Esto es, luego de un juicio en el cual la actividad probatoria desplegada acredite con suficiencia y racionalidad que el imputado inimputable fue quien cometió el hecho punible. En ese sentido, pues, era correcta la opinión de PEÑA CABRERA, al precisar que "las medidas de seguridad constituyen siempre una sanción penal que solo ha de aplicarse cuando se ha demostrado la comisión de un delito" (*Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general.* Tomo I. 2ª edición. Lima. 1995, p, 556).

  Un aspecto que guarda relación con este principio y el de legalidad es que las medidas de seguridad de internación no pueden aplicarse con carácter de medida coercitiva personal durante el proceso. Efectivamente, las normas vigentes del Código de Procedimientos Penales de 1940 y del Código Procesal Penal de 1991 no regulan ni autorizan tal posibilidad. Ello ha generado que en casos extremos los jueces hayan ordenado la detención del inimputable y su internamiento en un centro carcelario, lo cual resulta inadecuado y arbitrario dada la calidad y estado concretos del imputado. Sin embargo, el Código Procesal Penal de 2004 sí ha legislado sobre estos aspectos al incorporar como medida cautelar la **internaciòn preventiva** (Cfr. artículo 293 del Código Procesal Penal de 2004).

- **Necesidad:** La medida de seguridad se impone cuando resulta indispensable e insustituible para controlar y prevenir un futuro accionar delictivo del sentenciado. Esto es, cuando se ha acreditado un pronóstico desfavorable de peligrosidad criminal que justifica la medida. No es, pues, suficiente que el agente inimputable o imputable relativo haya cometido un delito, es requisito, además, que en el futuro él pueda incurrir en nuevos hechos punibles. Es más, la aplicación de una medida de internación, como se mencionó anteriormente, demanda que el pronóstico de peligrosidad indique la probabilidad de la comisión de **"delitos considerablemente graves"**. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal parece convalidar esta exigencia de relevancia en dicho pronóstico:

"La medida de seguridad solo puede ser ordenada **por intereses públicos predominantes".**

La legislación penal peruana no ha definido qué indicadores concretos de peligrosidad criminal son los que debe valorar el Juez para poder afirmar la necesidad de una medida de seguridad. Tampoco se ha pronunciado la ley nacional en torno de aquellos que permitirían al órgano jurisdiccional decidir y fundamentar la calidad y extensión de la medida de seguridad que debe aplicarse al caso concreto. En este contexto, pues, para lograr una mejor sintonía con las exigencias del principio de legalidad, proponemos, de *lege ferenda*, que se incorpore en el Código de 1991 una disposición similar a la que contenían los artículos 81 del Proyecto de 1985 y 80 del Proyecto de 1986. En esta última disposición, por ejemplo, se establecía lo siguiente: "Para la aplicación de las medidas de seguridad el juez tomará en cuenta, además de las circunstancias del hecho punible, **el examen pericial practicado sobre el imputado atendiendo al peligro que este pueda representar para la seguridad o el orden públicos".**

Lamentablemente, frente a tales omisiones de la ley, la jurisprudencia tampoco ha desarrollado criterios alternos. Por el contrario, la praxis judicial imperante nos muestra que las decisiones que se adoptan en este dominio, así como su justificación, dependen fundamentalmente de lo que se describe y reporta en las pericias psiquiátricas. Sin embargo, la evaluación judicial de estos informes tiende a ser parcial, ya que se limita a convalidar el estado de enfermedad mental que padece el sujeto imputado. Muy rara vez se procura o exige de los especialistas un pronunciamiento expreso y específico sobre su condición peligrosa o sobre la naturaleza y duración de su posible tratamiento.

Tampoco en la doctrina nacional se han construido criterios de interpretación y orientación idóneos que permitan replantear y superar la praxis descrita. Por nuestra parte, seguimos postulando que para identificar la peligrosidad del agente y justificar la necesidad de imponerle una medida de seguridad, la autoridad judicial debe tener en cuenta estas consideraciones:

a) La peligrosidad delictual refleja un pronóstico integral que debe hacerse sobre la base del delito cometido, su modalidad de ejecución y la evaluación psicológica y psiquiátrica que se haga del agente

b) La declaración de peligrosidad debe expresarse como un pronóstico de probabilidad relevante de la comisión de nuevos delitos. No es suficiente, pues, la mera posibilidad de que ello pueda acontecer.

c) El pronóstico de peligrosidad debe fundarse en los resultados de las evaluaciones que apliquen los peritos al infractor. Sin embargo, este siempre será una decisión judicial por lo que se requiere también de una fundamentación jurídica.

- **Proporcionalidad:** La peligrosidad del agente del delito es también un factor determinante para medir la proporcionalidad de la medida a imponer. Al respecto, la doctrina española ha cuestionado que la peligrosidad futura pueda servir para indicar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. En ese sentido, por ejemplo, se ha señalado que la proporcionalidad refleja un sentido retributivo propio de la culpabilidad y que resulta implicante con el efecto preventivo que demanda la peligrosidad del infractor, la cual se mide hacia el futuro. No nos parece acertada esta observación. En lo esencial porque **la exigencia de proporcionalidad es un límite necesario a toda sanción sea pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria**. Luego, porque a través de ella, en el caso de las medidas de seguridad, no se persigue retribuir un daño, sino equilibrar en lo cualitativo y cuantitativo las dimensiones de la reacción estatal. De allí que en el artículo 73 del Código Penal peruano, siguiendo su fuente hispánica, lo que se demanda **es que el juez evalúe la naturaleza del delito cometido y la de aquellos que se pronostica que se podrían cometer por el agente de no ser sometido a la medida de seguridad. Se trata, pues, de una proporcionalidad condicionada no solo por hechos futuros, sino también, y sobre todo, por un hecho delictuoso pasado**. Pero, además, por la concreta necesidad de internación o tratamiento ambulatorio que el estado personal del infractor requiere. Compartimos, por tanto, lo expuesto por SAN MARTÍN CASTRO cuando señala que el principio de proporcionalidad "tiene un definido acento garantista y se expresa en una referencia tanto a la peligrosidad del pasado, expresada en el delito cometido, como a la peligrosidad del futuro, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer, y que en nuestra legislación se asocia –respecto de la internación– a la duración de la medida" (Cfr. César San Martín Castro. "Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito". En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997, p. 27).

- **Posdelictualidad:** Toda medida de seguridad se impone por la comisión, acreditada procesalmente, de un delito. Únicamente, pues, a partir de la realización de un injusto, aun cuando su autor sea inimputable, cabe activar la intervención represiva o preventiva del Estado y de sus sanciones penales. **En consecuencia, quedan absolutamente proscritas de nuestra legislación las medidas de seguridad predelictuales** (Cfr. Felipe Villavicencio Terreros. *Derecho Penal. Parte general.* Grijley. Lima. 2006, p. 78).
- **Control Judicial:** El juez competente está obligado a controlar la ejecución de las medidas de seguridad que imponga él, pues está vinculado a ellas por una obligación de *inmediación* que no debe sucumbir, como desafortunadamente ha ocurrido con frecuencia, a la rutina de la eventualidad, la improvisación o la falta de diligencia. Por consiguiente, pues, la autoridad judicial debe planificar y cronogramar adecuadamente sus visitas a los centros de internación o donde se estén ejecutando medidas de tratamiento ambulatorio; para, de esa manera, poder recibir con sentido de oportunidad los reportes correspondientes.

  Esta práctica debe hacerse una rutina responsable y no un evento episódico a cumplir cada seis meses. Las medidas de seguridad son sanciones, por lo que su ejecución no debe quedar librada a las decisiones y actuaciones exclusivas del órgano administrativo o sanitario. **Por lo demás, solo un control efectivo y con periodicidad razonable sobre las medidas de internación permitirán al juez decidir con certeza y eficiencia sobre su reducción o cese en los casos que autoriza la ley.**

  Ahora bien, pese a sus notables mejoras con relación al Código de 1924, el Código Penal de 1991 no incorporó normas, cuanto menos generales, sobre cómo deberían proceder los magistrados para la ejecución y supervisión de las medidas de seguridad. Esta carencia tampoco fue superada por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento. En consecuencia, todo lo concerniente a este delicado dominio ha permanecido de facto en el nivel discrecional de las decisiones que adopte el servicio psiquiátrico, del centro de tratamiento a donde es remitido, por disposición de la autoridad judicial, el enfermo mental que fue declarado autor de un delito.

  Nuevamente, el Código Procesal Penal de 2004 aborda con solvencia la problemática aludida, precisando en los incisos 2 y 3 de su artículo 492 lo siguiente:

"2. El Juez Penal examinará, periódicamente la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teniendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento.

3. Cuando el Juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación".

IV. APLICACIÓN CONJUNTA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Por la influencia del Anteproyecto de Código Penal español de 1983, nuestro legislador se alejó de un **modelo dualista puro** para la aplicación sucesiva de penas y medidas de seguridad a delincuentes imputables o con imputabilidad restringida. Al respecto, el Código Penal vigente optó, más bien, por un **modelo de estilo vicarial que posibilitaba una aplicación conjunta, pero incluida, de ambas sanciones.**

Como lo ha señalado JORGE BARREIRO, en el sistema vicarial se presentan las siguientes características:

"1. La pena, determinada a través de la culpabilidad por el hecho cometido, podrá ser sustituida –en su ejecución– por el cumplimiento de la medida de seguridad.

2. El tiempo de cumplimiento de la medida se computará al de la pena, otorgándose al Juez la posibilidad de optar entre el cumplimiento del resto de la pena que queda por cumplir o suspender la ejecución de ésta (la pena) de forma definitiva, decretando la remisión condicional.

3. La decisión que adopte el Juez ha de tener en cuenta no solo la personalidad del sujeto peligroso y la necesidad de un tratamiento especial, sino también las exigencias de la defensa de la comunidad.

4. Este sistema es aplicable sobre todo en el caso de medidas de seguridad privativas de libertad y con relación a los sujetos imputables especialmente peligrosos (delincuentes habituales y profesionales), así como para el importante sector de la delincuencia de los semi-imputables" (Cfr. Agustín Jorge Barreiro.

"Las medidas de seguridad en la reforma penal española". En: *Política criminal y reforma penal.* Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1993, pp. 733-734).

Tales características se cumplen en lo esencial en lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal peruano. En efecto, este artículo precisa que cuando el juez estime que se hace necesario aplicar una medida de seguridad de internación a imputables relativos o imputables dependientes del alcohol o drogas, podrá disponerlo pero aplicando el criterio vía vicarial. **Esto es, primero aplicará en la sentencia condenatoria la pena privativa de libertad en la extensión correspondiente a la culpabilidad del autor del delito. Luego, dispondrá también en el mismo fallo que el condenado sea sometido además a una medida de seguridad de internación. Sin embargo, deberá precisar que la ejecución de dicha medida de seguridad tendrá lugar antes de la pena privativa de libertad impuesta, pero afectando su duración total. Es decir, que se descuente del tiempo de penalidad impuesto, el utilizado en la realización de la medida de internación.**

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, el éxito del tratamiento aplicado durante la medida de internación puede determinar que el juez considere y decida una reducción del tiempo de pena privativa de libertad que resta por cumplir o declarar su extinción total. Cabe señalar que esta posibilidad de alterar o extinguir los términos de duración de la penalidad fue también contemplada en el artículo 92 del Código Penal de 1924, al menos para los imputables relativos: "Si la causa que había hecho suspender la ejecución de la pena de un condenado de responsabilidad restringida, llega a desaparecer, el Juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos".

No cabe duda de que la decisión por el modelo vicarial constituyó uno de los más notables avances de la reforma penal peruana de 1991. Lamentablemente, a quince años de su vigencia la aplicación judicial del mismo ha sido nula, por lo que no ha dado lugar a desarrollos jurisprudenciales que señalen sus alcances y utilidad.

Ahora bien, de *lege ferenda,* consideramos que tal opción vicarial también debería priorizarse para el caso de jóvenes delincuentes primarios; o de adultos que padecen anomalías conductuales que los hacen propensos a la comisión de delitos patrimoniales no violentos, como los cleptómanos.

V. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Una evaluación de las tendencias relativas a la aplicación judicial de las medidas de seguridad consideradas por el Código Penal de 1991 permite un balance no muy alentador en la medida que se detectan diferentes omisiones y distorsiones. Sin embargo, hay que precisar también que algunas de tales deficiencias corresponden a una etiología estrictamente legal. A modo de ilustración señalaremos a continuación los principales problemas detectados, algunos de los cuales ya los hemos mencionado al abordar los contenidos precedentes de estos comentarios.

- **Aplicación de las medidas de internación con base en disposiciones derogadas del Código de Procedimientos Penales de 1940 que está derogado:** Ello ha sido consecuencia de la falta de normas procesales sobre el particular en el Código Procesal Penal de 1991, el cual, además, no alcanzó vigencia integral.
- **Las medidas de seguridad de internación se han venido aplicando únicamente en atención a la verificación de un estado de enfermedad mental:** Generalmente, los operadores de justicia no se han preocupado por definir, primero, la vinculación probada del imputado inimputable con el hecho delictivo atribuido; ni tampoco por identificar y argumentar la presencia de un estado peligroso que requiriere tratamiento institucionalizado.
- **La imposición de una medida de seguridad de internación no establecía el limite cuantitativo de su duración o se consideraba como tal al máximo de la pena conminada para el delito atribuido al inimputable:** De esa manera se convertía a la internación en sanción intemporal o se le adjudicaba un plazo excesivo de duración que no era compatible con el requerido por el tratamiento para el control del estado peligroso del inimputable.
- **Por lo general se interpreta a la sentencia que impone una medida de seguridad de internación como un fallo absolutorio:** Esta errada percepción desconoce la condición sancionadora de las medidas de seguridad, sobre todo de las que, como la internación, son privativas de libertad. Se trata, pues, de un fallo de condena en el sentido procesal del concepto donde se ha acreditado el presupuesto fáctico que relaciona a la imputación con la conducta realizada por el imputado. La condición de inimputable no anula la presunción de

inocencia, por lo que la aplicación de una medida de internación tiene por presupuesto procesal la destrucción de esa presunción. Un efecto adicional del distorsionado proceder que hemos mencionado era la ausencia de una reparación civil en los fallos que aplicaban internación, con lo cual se frustraba ilegalmente el derecho indemnizatorio de la víctima.

- **El Ministerio Público no solicitaba en sus requisitorias escritas la medida de internación ni objetaba las distorsiones legales de su aplicación:** Este proceder era consecuencia evidente de la falta de información de los fiscales sobre este tipo de sanciones. De allí que en muchas ocasiones han permitido que la internación se disponga antes del juicio o que se aplique pese a no coincidir con los términos de su acusación y de su requerimiento punitivo.

- **La internación no se cumplía en centros especializados, sino en la cárcel:** Esta disfunción ha adquirido un carácter crónico por la falta de plazas de tratamiento para **"internos judiciales"**. En no pocas ocasiones los sentenciados, a medida de seguridad de internación, han acumulado un largo periodo de permanencia en centros penales a la espera de un traslado al centro psiquiátrico que debería tratarlos. Lamentablemente, esta anómala situación ha producido la grave presencia de los **"internos olvidados"** o de los **"locos"** en las cárceles peruanas.

- **Ausencia de control judicial real y efectivo sobre los sentenciados sometidos a medidas de seguridad de internación:** Esta praxis omisiva es tal vez uno de los problemas más recurrentes y arraigados en lo que corresponde a la aplicación judicial de medidas de internación. En efecto, no solo no se ha controlado el tratamiento de los sentenciados a internación, sino que tampoco se han atendido los informes y requerimientos de externación que han remitido a las unidades jurisdiccionales competentes los psiquiatras a cargo del tratamiento de la peligrosidad del interno. Pese a las recomendaciones técnicas y especializadas de estos profesionales de la salud mental, los jueces se han negado a externar a los sentenciados antes del cumplimiento del término de la medida señalada en la sentencia.

  Como se ha comentado anteriormente, es de esperar que tales prácticas negativas se superen positivamente con las disposiciones que

sobre control judicial de la internación contempla el Código Procesal Penal de 2004 en su articulo 492.

- **Imposibilidad de aplicar sustitutivamente medidas de tratamiento ambulatorio a los sometidos a medidas de internación:** Esta es una clara falencia legal, ya que nuestro ordenamiento punitivo no ha previsto la posibilidad de aplicar la medida de tratamiento ambulatorio a inimputables. De manera que si la recomendación del perito es que a continuación de la externación el sentenciado pase a cumplir un régimen de tratamiento ambulatorio, el juez por imperio del principio de legalidad no lo podría disponer. Tampoco podría optar por tal medida si no fuese necesaria la medida de internación. Sin embargo, esta omisión legislativa tiende a ser subsanada en el futuro como se observa en el Anteproyecto de Código Penal. (Parte general) de 2004. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo 77 de esta propuesta legislativa considera lo siguiente:

  "El juez podrá, sustituir la internación por el tratamiento ambulatorio u otras reglas que neutralicen la posibilidad del interno de cometer acciones delictivas. Entre las medidas que pueden imponerse, se hallan enunciativamente:

  a) La prohibición de visitar determinados lugares.

  b) La prohibición de acercarse a determinadas personas.

  c) La prohibición de realizar determinadas actividades".

- **Imposibilidad de aplicación de la medida de seguridad de internación con carácter de medida de coerción procesal:** Ante la carencia de disposiciones legales sobre internación de procesados con carácter de medida cautelar, los operadores jurisdiccionales aplicaron medidas de detención. Como ya lo hemos mencionado esta actitud contravenía el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida. En todo caso, hubiese sido preferible en esos casos optar por una comparecencia con las restricciones de arraigo y supervisión. Cabe recordar que el inciso 2 del artículo 143 del Código Procesal de 1991 señala como restricción: "La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados". También esta situación debe corregirse con las previsiones del artículo 293 del Código Procesal Penal de 2004.

VI. EL PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

- **Finalidad procesal y denominación**

  El **proceso de seguridad** reúne normas de procedimiento especiales para el juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionadas con medidas de seguridad de internación.

  Sin embargo, es de precisar que este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por medidas de seguridad de internación. Para esta clase de procesados se aplicarán siempre las reglas y ritos procedimentales del proceso común.

  Debemos objetar la denominación asignada a este procedimiento, ya que no resulta muy ideográfica en cuanto a su finalidad y contenidos. Efectivamente, no es un proceso destinado a la seguridad de personas o bienes o a su aseguramiento procesal, sino al juzgamiento de inimputables por enfermedad mental a los cuales eventualmente se les aplicaría medidas de seguridad de internación. En el Código Procesal Penal chileno un procedimiento análogo al nacional es denominado **procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad.**

- **La fuente legal**

  Ninguno de los Códigos Procesales Penales del Perú, anteriores al de 2004, ha regulado un procedimiento especial similar al de seguridad. Por consiguiente, carecemos de antecedentes normativos nacionales en este dominio. Sin embargo, la presencia del proceso de seguridad en el nuevo Código Procesal Penal tampoco es un aporte que surge del ingenio creador de nuestros legisladores. Se trata, como suele ocurrir en nuestra legislación punitiva, de una nueva manifestación de la recepción nacional del Derecho extranjero. En efecto, todas las normas sobre el proceso de seguridad y sobre la internación preventiva han sido tomadas por el legislador peruano del Código Procesal Penal chileno, promulgado por la Ley 19.696 del 12 de octubre de 2000.

  Ahora bien, la legislación chilena, con mejor técnica legislativa y sentido sistemático que el texto nacional, contiene todas las normas procesales que se vinculan a medidas de seguridad de internación en un mismo título. De esta manera, pues, se logra dar una autonomía especializada a esta clase de disposiciones adjetivas. En efecto, en el Título

VII, del Libro Cuarto (Procedimientos Especiales y Ejecución) el Código Procesal Penal chileno trata del **"procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad".** Dicho sistema normativo especial abarca los artículos 455 a 465. Son fuente de las normas nacionales sobre el proceso de seguridad los artículos 456 a 463. Por su parte, el artículo 464 es la fuente legal del articulo peruano 293 relativo a la internación preventiva.

- **Ubicación y morfología normativa**

El proceso de seguridad está integrado dentro de las disposiciones que corresponden al Libro Quinto que está dedicado a los procesos especiales.

Su sistema normativo es bastante breve y comprende tres artículos entre el 456 y el 458. La morfología interna de estas normas nos permite visualizar sus alcances en los siguientes términos:

- El **artículo 456** está dedicado a la identificación de las vías de acceso procesal al procedimiento especial. Esto es, en dicha norma se precisa cuándo debe aplicarse el proceso de seguridad.
- En el **artículo 457** el legislador ha definido las reglas especiales del procedimiento. Es decir, qué ritos especiales y excepciones a los que regula el modelo procesal común tienen que observarse en el juzgamiento de procesados sometidos al proceso de seguridad.
- La disposición normativa del **artículo 458** plantea una situación sobreviviente a la instauración del proceso de seguridad y que determina su transformación en un proceso común. Se trata, pues, de una incidencia especial que dará lugar a un trámite propio.

Ahora bien, el proceso de seguridad no constituye el único punto de reunión del Código Procesal Penal de 2004 con las medidas de seguridad de internación. Efectivamente, al interior de sus libros, el Nuevo Código Procesal también ha incorporado normas adjetivas que guardan estrecha relación con la internación de inimputables. En concreto encontramos hasta cuatro clases de normas que se relacionan con medidas de seguridad privativas de libertad. Estas disposiciones abarcan actos procesales propios de la investigación preliminar, de la investigación preparatoria, de la etapa de ejecución e incluso de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal. La morfología y el ámbito de regulación específico que comprenden estas normas es el siguiente:

- El **artículo 294** regula la medida del internamiento previo como una necesidad operativa complementaria de la realización de exámenes periciales.
- En el **artículo 293** se legisla sobre la medida coercitiva personal de la internación preventiva.
- Las disposiciones sobre el régimen de ejecución de medidas de seguridad de internación están definidas en el **artículo 492**.
- La ejecución de medidas de seguridad como actos de cooperación judicial internacional en materia penal se encuentra contemplada en los **artículos 545** y **546**.

- **Análisis dogmático del proceso de seguridad**

A. Las vías de acceso

El **artículo 456** plantea como objeto central la justificación y la oportunidad procesal de incoar un proceso de seguridad. Al respecto, la norma regula tres aspectos esenciales:

a) La evaluación de la inimputabilidad.

b) La acusación fiscal y el requerimiento de la imposición de una medida de seguridad de internación.

c) La desacumulación de cargos en caso de concurrencia de procesados inimputables con procesados imputables.

a. La evaluación de inimputabilidad

Esta situación procesal está conexa con lo estipulado en el artículo 75. En esta última norma se precisa la facultad que tiene el juez de la investigación preparatoria o el juez penal para poder disponer el examen pericial de un procesado cuando existen dudas sobre su estado de inimputabilidad al momento de comisión del delito imputado.

Ahora bien, practicada la pericia y recibido el informe por la autoridad judicial, esta llevará a cabo una audiencia con concurrencia de las partes procesales y de los peritos para decidir al respecto. Si luego de la audiencia el juez considera que se ha acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, emitirá una resolución instando a la instauración en el caso del proceso de seguridad. Por consiguiente, pues, la primera vía de acceso a la aplicación del proceso de seguridad depende de una iniciativa y decisión jurisdiccional.

b. Acusación fiscal y requerimiento de una medida de internación

Este segundo supuesto tiene lugar al terminar la etapa de la investigación preparatoria. En este contexto, si el fiscal considera que al procesado solo se le aplicará una medida de seguridad de internación, dispondrá la realización de las diligencias imprescindibles para el tipo de delito investigado, así como de aquellas de carácter pericial que permitan consolidar y sustentar su posición. Posteriormente, al hacer su requerimiento de apertura de juicio oral, formalizará también su requerimiento de aplicación de la medida de seguridad de internación precisando su extensión temporal. Cabe señalar que para todo ello el fiscal deberá observar los mismos requisitos que se exigen para la redacción de una acusación y para la solicitud cualitativa y cuantitativa de una de pena.

La segunda vía para aplicar el proceso de seguridad queda, pues, en las competencias específicas del fiscal. El indirectamente al requerir solo la imposición de la medida de internación para el procesado estará solicitando también la habilitación de dicho procedimiento especial.

c. Desacumulación de cargos a procesados inimputables

Si en un proceso se encuentran implicados varios imputados y uno o más son inimputables, se dispondrá la desacumulación de los cargos contra ellos y se les hará un juzgamiento independiente conforme a las reglas del proceso de seguridad. Esta alternativa legal es coherente con los distintos objetivos procesales y de sanción que deben concretarse frente a cada tipo de procesado. Con relación al imputable, se debe acreditar su actuación antijurídica y culpable. Por su parte, con relación al inimputable, se debe comprobar su vinculación con el hecho antijurídico imputado y su peligrosidad subjetiva. Al primero se le determinará una pena, pero al segundo se le aplicará una medida de seguridad.

La ley no hace alusión alguna a la competencia sobre cada procesado y procedimiento. Por consiguiente, es de asumir que será el mismo juez penal el que habrá de realizar ambos juzgamientos de manera paralela o secuencial. Ello también resulta justificado, pues el objeto de prueba será siempre el mismo hecho punible que fue materia de la investigación preparatoria y del requerimiento fiscal.

B. Reglas especiales del procedimiento

En el **artículo 457** el legislador ha incluido un conjunto de reglas especiales que deben observarse en la realización de un proceso de seguridad. Al respecto, la ley ha establecido lo siguiente:

a. En principio se deben observar los ritos y etapas procesales que corresponden al juzgamiento en el proceso común. Esta es la regla general, pero en atención a la calidad del procesado, así como a los fines específicos de su juzgamiento, se deberán aplicar por excepción las reglas especiales que el artículo que comentamos detalla. Fundamentalmente, se trata de aquellas que a continuación mencionamos.

b. La representación procesal del inimputable y, por ende, el ejercicio de sus facultades y derechos serán asumidos por su curador. Con él se deberán entender las actuaciones judiciales que se programen, siempre que las mismas no sean de carácter personal como los interrogatorios o reconocimientos.

Cabe señalar un error de redacción en el inciso b del artículo 457 del Código Procesal Penal de 2004. Efectivamente, la norma señala a un imputado que **"se encuentre en la situación prevista en el artículo 20.2 del Código Penal"**. Como se precisa en dicha disposición sustantiva, no se trata de un inimputable por anomalía psicopatológica, sino de un **"menor de dieciocho años"** quien no puede ser procesado por la justicia penal ordinaria y al cual, de ser involucrado en un proceso de esa naturaleza, se le debe excluir conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Procedimientos Penales. Además, el propio Código Procesal Penal de 2004 también, en su artículo 18, inciso 2, excluye **"los hechos punibles cometidos por adolescentes"** de dicho fuero.

c. Si el estado del procesado inimputable no permite que pueda ser interrogado, se podrá prescindir de ello.

d. El juicio en el proceso de seguridad se debe desarrollar sin la presencia de público. Esta regulación es una excepción al principio y garantía de la publicidad del juicio oral. Sin embargo, se encuentra plenamente justificada por la calidad del procesado y la necesidad de no afectar su dignidad de persona. Por lo demás, la presencia obligatoria de su representante procesal y de su abogado defensor compensan tal restricción. Cabe anotar que tal regulación de exclusión de la

publicidad del proceso de seguridad es también acogida en el Derecho Procesal Penal extranjero. Por ejemplo, el artículo 463, inciso b) del Código Procesal Penal de Chile dispone los siguiente: **"El juicio se realizará a puerta cerrada".**

e. También se puede llevar a cabo el juzgamiento sin la presencia del propio procesado inimputable. Sin embargo, esta nueva particularidad solo se justifica por razones específicas que impiden que el imputado concurra a su juicio. La norma señala tres causales de impedimento: **el estado de salud del procesado, razones de orden o razones de seguridad**. Sea cual fuere la causal invocada, esta debe acreditarse debidamente. Ahora bien, en cualquier caso el procesado quedará representado en el juicio por su curador.

f. Cuando el procesado no concurra por las causales aludidas al juzgamiento se le podrá interrogar con anterioridad al juicio y con el auxilio de peritos. Este interrogatorio previo solo tendrá lugar si los peritos estiman que el estado del procesado lo hace posible.

g. Si no es posible que el procesado esté presente en el juicio, se deberán leer todas sus declaraciones sobre el *thema probandum* anteriores al juzgamiento.

h. En el proceso de seguridad el interrogatorio del perito en el juicio es imprescindible. Se trata, claro está, del perito que examinó y emitió dictamen sobre el estado de inimputabilidad o enfermedad mental del procesado. Al respecto, cabe señalar dos aspectos complementarios. Primero, que en el juicio se puede disponer, a resultas del interrogatorio practicado al perito, que se amplíe el examen practicado al procesado por un nuevo perito. Segundo, que el interrogatorio, pese a que no lo dice la ley, deberá focalizarse en torno a la peligrosidad potencial del procesado **(probabilidad de que cometa en el futuro nuevos actos de carácter delictivo y considerablemente graves)** y sobre la duración probable de su tratamiento **(necesidad mínima y máxima del régimen de internación).**

i. Otra regla especial faculta al juez de la investigación preparatoria a rechazar la aplicación de la medida de seguridad de internación que propone el fiscal, cuando estime que al procesado tendrá que aplicársele una pena.

Esta decisión de control que ejecuta el órgano jurisdiccional sobre el requerimiento del fiscal debe ser debidamente fundamentada. Lo cual solo puede ocurrir cuando la autoridad judicial llega a la convicción de que por los antecedentes del caso la consecuencia jurídica que corresponde es una pena. Por ejemplo, el rechazo puede justificarse en la condición de imputable dependiente del alcohol o drogas; o por la imputabilidad relativa del procesado y que impiden que sea sancionado únicamente con la medida de seguridad de internación (Cfr. artículo 77 del Código Penal). Queda claro que el efecto derivado de este rechazo es la **imposibilidad de acceder a un juzgamiento conforme al proceso de seguridad**. En todo caso, la ley posibilita la apelación de la mencionada decisión judicial con efecto suspensivo.

Por último, las reglas especiales del artículo 457 se ocupan también del contenido y forma de las sentencias que deben pronunciarse en los juicios sujetos al proceso de seguridad. **El texto legal es bastante escueto y solo alude al fallo absolutorio o al de aplicación de la medida de seguridad de internación.**

Dada su novedad en nuestro medio, dicha disposición debió desarrollar pautas más detalladas en torno, por ejemplo, al contenido y fundamentación del fallo de aplicación de la medida de seguridad de internación. Con relación a esta omisión, nosotros estimamos que en la sentencia de aplicación el juez penal deberá desarrollar fundamentos específicos en torno a lo siguiente:

- **La realización probada del hecho imputado.**
- **La vinculación directa o indirecta del procesado con la realización del hecho imputado.**
- **La condición acreditada de inimputabilidad del procesado al momento de realización del hecho punible.**
- **El pronóstico de peligrosidad subjetiva futura del procesado.**
- **La necesidad del tratamiento, así como de sus características y duración para el caso concreto.**

Cabe recordar que la necesidad de la medida de seguridad de internación conlleva, entre otros aspectos, que el juez penal haga un pronunciamiento específico **sobre la naturaleza grave del delito que el procesado**

inimputable podría cometer de no ser sometido al tratamiento en régimen de internación. Esto último es un requerimiento esencial de la aplicación de esta clase de medida de seguridad, según lo expresamente estipulado en el párrafo *in fine* del artículo 74 del Código Penal.

C. La transformación en un proceso común

La posibilidad de transformar un proceso de seguridad en un proceso común está regulada en el **artículo 458** del Código Procesal Penal de 2004.

El citado artículo contempla varios aspectos:

Primero se identifica cuál es la causal que determina la transformación del procedimiento. Con relación a ello, el Código no da mayores detalles, limitándose a señalar que dicha transformación será procedente cuando de los debates e interrogatorios realizados en el juicio oral, se advierta que no corresponde el proceso de seguridad, ya que el procesado debe ser sancionado con una pena. Se trata de un caso análogo al contemplado en el inciso 4 del artículo 457. La diferencia está en que el artículo que ahora analizamos se vincula con un hecho sobreviniente a un juicio oral que se ha estado desarrollando conforme a las reglas de proceso de seguridad. Esto es, como consecuencia de los debates, el juez penal se convence de que el procesado no es un inimputable, sino imputable o imputable relativo. Si ello ocurre, el órgano jurisdiccional a cargo del proceso de seguridad dispondrá su transformación en un proceso común.

En segundo lugar, la norma ha buscado conciliar la facultad judicial con el derecho de defensa del procesado. En tal sentido, se dispone que el juez penal deberá advertir de su decisión transformadora al imputado para que este pueda argumentar lo conveniente a su defensa. Además deberá dar intervención a las otras partes procesales. La ley, sin embargo, para este supuesto, no establece la posibilidad de impugnar la decisión judicial de transformación del procedimiento, cosa que sí ocurría en el caso del inciso 4 del artículo 357. Consideramos que dada la trascendencia y el efecto de la misma el recurso de apelación debe ser autorizado.

Un tercer aspecto regulado por el artículo 458 se refiere al régimen de adaptación y tránsito hacia el proceso común, luego de la resolución de transformación. Según la norma, se debe **suspender el juicio** para reiniciarse antes del octavo día. Este plazo guarda relación con los límites estipulados en el inciso 3 del artículo 360 para suspender o dejar sin efecto el juicio oral.

El cuarto tópico que trata la ley se refiere al fiscal y a que sea este quien advierta la necesidad de transformar el procedimiento. Efectivamente, la disposición normativa señala que frente a esa situación se deberá proceder de manera similar al supuesto procesal de la **acusación ampliatoria o complementaria.** Por consiguiente, pues, el fiscal en estos casos deberá observar las reglas específicas que definen los incisos 2 y 3 del artículo 374. En especial, lo que corresponde a la adecuación de circunstancias y penas, así como lo atinente a la suspensión del juicio para que los otros sujetos procesales puedan adaptarse al nuevo requerimiento fiscal y al nuevo esquema del debate. La suspensión no podrá exceder de cinco días y permitirá a la defensa ofrecer las pruebas que sean pertinentes a su posición procesal. Ahora bien, el legislador destaca la necesidad de que, pese a cualquier variante, siempre deberá preservarse dentro del nuevo juicio la correlación entre acusación y defensa.

Finalmente, el artículo 458 busca resolver la situación especial, generada por la no presencia del procesado en el desarrollo del juicio que se le seguía conforme al proceso de seguridad. Como se explicó anteriormente, la ley permite ello, excepcionalmente, por razones ligadas a la salud del procesado o al orden y seguridad en la realización del juicio. Ante este antecedente, la norma dispone que deberán repetirse con presencia del procesado todas aquellas actuaciones del juicio que se realizaron en su ausencia.

Sin embargo, pese a lo detallado de las reglas sobre transformación del procedimiento, el legislador nacional no ha incluido reglas similares para resolver una **situación inversa**. Es decir, se ha omitido en el Código Procesal Penal delinear **cómo debe procederse en los supuestos donde, de los debates y exámenes realizados dentro de un juicio con base en el proceso común, aparece también como necesidad sobreviniente la de imponer una medida de seguridad de internación en vez de la pena o adicionar a esta la primera**. A nuestro parecer, en estos supuestos la situación deberá resolverse análogamente. Esto es, dar lugar a una acusación complementaria y a la suspensión respectiva para el caso de imputables o imputables relativos que también requieran una medida de seguridad de internación. Sin embargo, tratándose de inimputables, no quedará otra opción que dejar sin efecto el juicio y volver a reiniciarlo, previo requerimiento fiscal, conforme a los ritos especiales del proceso de seguridad.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Luego de evaluar lo concerniente a la medida de seguridad de internación y a su relación con el nuevo Código Procesal Penal, consideramos pertinente formular las siguientes conclusiones preliminares:

1. Los aportes normativos que contempla el Código Procesal de 2004 son muy trascendentes, sobre todo porque con ellos se cubren significativos vacíos y omisiones de la legislación nacional, lo cual será determinante para viabilizar en el futuro la correcta aplicación judicial de las medidas de seguridad de internación.
2. El proceso de seguridad ofrece un procedimiento garantista y humano a los inimputables que afrontan una imputación penal y que pueden ser sujetos de una medida de internación.
3. Sería recomendable que a través de una ley de enmiendas parciales al Código de Procedimientos Penales o con una norma general de transición hacia la vigencia total de Código Procesal Penal en los distintos distritos judiciales del país se habilitara el uso inmediato del proceso de seguridad y de la medida de internación preventiva.
4. Es necesario fomentar la capacitación de los operadores jurídicos en la aplicación de las medidas de seguridad de internación y del nuevo procedimiento de seguridad.

La doctrina de la no impunidad y la amnistía en el Código Penal peruano[12]

I. LAS LEYES DE AMNISTÍA EN LATINOAMÉRICA

La reciente evolución histórica de las leyes de amnistía en nuestra región permite identificar una tipología que reúne a tres modelos diferentes: la amnistía tradicional, las autoamnistías y las amnistías negociadas o acordadas.

El primer modelo, o la **amnistía tradicional,** se ha caracterizado por responder a una voluntad política de reconciliación y reivindicación social del opositor o disidente. Esto es, la búsqueda de la relegitimación del adversario político detenido o condenado, así como del olvido de los actos delictivos o de agitación social que aquel realizó en contra del Estado o de sus órganos e instituciones. Los especialistas suelen sostener que esta clase de leyes de amnistía se caracteriza por alcanzar un fácil y rápido consenso ciudadano, pues son "en todos sus aspectos de naturaleza política, puesto que el fin que persigue la misma es fomentar la unión y concordia nacional, olvidando aquellas infracciones ilegales que podrían representar un motivo de división entre los grupos sociales" (José Enrique Sobremonte Martínez. *Indultos y amnistía.* Universidad de Valencia. Valencia. 1980, p. 59). Son estas formas de amnistía las que coexisten, en nuestras Constituciones y Códigos Penales o de Procedimientos Penales, como clásicas causales de extinción de la acción penal o de la ejecución de la pena. A ellas se refieren, por ejemplo, los artículos 78.1 y 85.1 del Código Penal peruano de 1991.

(12) Publicado originalmente en: AA. VV. *20 años de vigencia del Código Penal peruano.* Raúl Pariona Arana (director). Grijley, Lima, 2012, pp. 379-396.

Su contenido fundamentalmente clemente y compensatorio ha llevado a que en línea predominante los juristas latinoamericanos, con independencia de su ideología conservadora o progresista, se refieran a estas leyes de amnistía con similares enfoques de legitimidad y tolerancia. Por ejemplo, el profesor colombiano VELÁSQUEZ se refiere a ellas como "un acto de poder soberano mediante el cual se borran con el olvido total y absoluto las infracciones a la ley penal catalogables como de carácter político, para poner fin tanto a los procesos comenzados o por iniciarse como a las condenas pronunciadas. Se trata, pues, de un suceso propio de la política estatal en cuya virtud –en épocas de crisis– los gobiernos tornan nulas las leyes expedidas con miras a restablecer la concordia, la paz y la seguridad de las instituciones estatales, vitales para el funcionamiento de la organización social" (Fernando Velásquez. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Comlibros. Medellín. 2009, p. 1187). No obstante, en un nivel minoritario, algunos autores, caso de los juristas españoles COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, han rechazado también las leyes de amnistía tradicional al sostener que constituyen graves atentados al principio de legalidad penal y procesal penal, no resultando, por ello, compatibles con un Estado social y democrático de derecho (Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho Penal. Parte general.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1987).

También se han destacado entre los especialistas las características, presupuestos y límites que deben regular la producción y eficacia de las leyes de amnistía tradicional. Al respecto, el penalista peruano ROY FREYRE describe como sus rasgos esenciales los siguientes:

> "a) La ley amnistiante debe identificar los hechos delictivos que beneficia mediante la mención de los numerales que los tipifican.
>
> b) La amnistía únicamente aprovecha a los infractores cuyas conductas están comprendidas en el tiempo que precise la ley.
>
> c) La ley de amnistía comprende a los delitos consumados, no existiendo inconvenientes para que abarque a los continuados y permanentes, siempre que la continuidad o permanencia cesen.
>
> d) Si la autoridad encargada de aplicar la ley de amnistía no lo hace con la debida celeridad, o si se niega a hacerle partícipe de sus beneficios a quien se cree con tal derecho, entonces procede la acción de hábeas corpus". (Luis Eduardo Roy Freyre. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena.* Grijley. Lima. 1998, p. 174).

En el marco del Derecho internacional regional, la concesión de este tipo de amnistías es también asumida como un derecho y una ponderada posibilidad

de evitar la ejecución de la pena de muerte. Efectivamente, el inciso 6 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce expresamente que: "Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar **la amnistía**, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".

La experiencia histórica de las leyes de amnistía en el Perú permite identificar y graficar las leyes de amnistía tradicional, tomando como ejemplo a la Ley N° 23215 del 28 de julio de 1980, promulgada por el entonces presidente constitucional de la República Fernando Belaúnde Terry, al inaugurar un nuevo periodo democrático luego de doce años de gobiernos militares de facto. Según el texto de los dos primeros artículos de dicha Ley, se establecía el siguiente régimen:

> "**Artículo 1.-** Concédase amnistía general a quienes a la fecha de la promulgación de la presente ley se hallen denunciados, encausados o condenados en los fueros común o privativo, por hechos de naturaleza político-social o conexos o subordinados a estos.
>
> **Artículo 2.-** Están comprendidos dentro de los alcances del artículo anterior, quienes se encuentren denunciados, encausados o condenados en los casos siguientes:
>
> a) En aplicación de los Decretos Leyes N°s 18675, 20680 y 22244, denominados Estatutos de la Libertad de Prensa y Ley de Prensa.
>
> b) Por infracción del Decreto Ley N° 22339 modificatorio del Código de Justicia Militar.
>
> c) Por hechos o delitos derivados de huelgas, paros, luchas sindicales o agrarias.
>
> d) Por hechos y delitos acontecidos con ocasión de las campañas electorales de 1978 y 1980, salvo los delitos contra la fe pública.
>
> e) Por hechos que tengan la misma naturaleza que los anteriormente mencionados".

El segundo modelo típico de leyes de amnistía que se han promulgado en Latinoamérica corresponde al de las **autoamnistías**. Se trata, pues, de un inescrupuloso abuso de quienes, detentando poder y habiendo incurrido en graves, sistemáticas e indeterminadas violaciones de derechos humanos, como actos de genocidio, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas de personas o prácticas de tortura y tratos crueles o degradantes, recurrieron a las

formas de la amnistía para procurarse a sí mismos vías de impunidad o exoneración de sus crímenes de Estado. Recurriendo, pues, a la cubierta formal de leyes de amnistía, esta clase de disposiciones en lo esencial se ha orientado a procurar un blindaje de apariencia legal, configurando obstáculos capaces de frustrar todo intento futuro de investigación, esclarecimiento de responsabilidades y sanción penal de los autores directos o mediatos de tales crímenes de **lesa humanidad**.

Las leyes de autoamnistía se fueron reproduciendo con significativa coincidencia y recurrencia en el marco de gobiernos de facto militares y civiles que usurparon el poder y que afectaron las democracias sudamericanas en las tres últimas décadas. Es importante destacar que tales normas conservaron sus efectos y prolongaron su operatividad, incluso muchos años después de que nuestros países recuperaran la democracia y la constitucionalidad.

La más calificada doctrina penal latinoamericana ha rechazado plenamente toda pretendida compatibilidad o asimilación de las leyes de autoamnistía a la modalidad legal de las amnistías de cuño tradicional. Constituyendo la *ratio legis* de unas y otras su principal factor de diferenciación. Ahora bien, un rasgo definitorio de este modelo de amnistía, el cual permite advertir sus fines subalternos y contrarios a la justicia, la verdad y la reparación, es la abierta y directa focalización de sus alcances o efectos hacia el personal militar o de destacamentos de inteligencia que realizaron operaciones de detención, tortura, eliminación o desaparición de personas en el marco de planes contrasubversivos o de guerra sucia. RAÚL ZAFFARONI se refiere a estas leyes como delictivas y capaces de legitimar el encubrimiento: "Un caso sin precedentes en nuestra historia legislativa, de tentativa de encubrimiento por vía de la amnistía, fue el acto de poder número 22.924 del 22 de setiembre de 1983, que pretendió amnistiar los actos de fuerza de los usurpadores a través de otro emergente de la misma fuente, por lo cual su propio contenido configura una acción típica de encubrimiento. Se trataba de un delito con apariencia y registro de ley, lo cual, precisamente, lo hacía típico y le restaba todo carácter legal. Aunque fue formalmente derogada por el Congreso de la Nación (Ley 23.040 del 22 de diciembre de 1984) no correspondía hacerlo, porque no se trataba de una ley, sino de un delito" (Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho Penal. Parte general.* Ediar. Buenos Aires. 2000, p. 118).

La cuestionada norma, denominada "Ley de Pacificación Nacional", fue muy específica en cuanto a sus fines, efectos y beneficiarios, los cuales se precisaban en su artículo 1 del modo siguiente: "Declárense extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad

terrorista o subversiva desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta Ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos".

En cuanto a la experiencia peruana, fue también un caso emblemático de esta segunda modalidad de leyes de amnistía, la Ley N° 26479 del 15 de junio de 1995, que promulgó el expresidente Alberto Fujimori Fujimori. El tenor de su artículo 1 identificaba plenamente tal condición: "Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente ley".

Finalmente, la tercera expresión legislativa de las leyes de amnistía que ha conocido el continente es el de las amnistías **negociadas o acordadas.** Esta clase de leyes se ha caracterizado por integrar, de manera equívoca o subrepticia, los fines y efectos de las modalidades anteriormente analizadas. En ellas el articulado mezcla y confunde los objetivos de las autoamnistías con las formalidades y presupuestos de las amnistías tradicionales. Su apariencia inocua hace que pasen buen tiempo desapercibidas, hasta que comienzan a ser invocadas para la exoneración de procesos y responsabilidades que pretenden incoarse a perpetradores de delitos de **lesa humanidad**. En tales contextos, su vigencia entra en crisis y empieza a cuestionarse su legitimidad. En la experiencia latinoamericana este tipo de amnistías fue introducida en función de pactos y acuerdos políticos como una especie de "mal menor", con la finalidad de viabilizar el retorno a la democracia o de asegurar la gobernabilidad transicional. Se asemejan, pues, a "contratos de atadura". Si se plantea la inaplicación de las mismas por contener encubiertas grietas de impunidad, se compromete, también, su eficacia sobre los legítimos destinatarios político-sociales de las mismas. Este efecto perverso debilita o tarda la asimilación política y social de que ellas son también formas de frustrar la memoria, la verdad y la justicia. No obstante, en la última década los esfuerzos desplegados

en la doctrina y en la jurisprudencia internacional para desenmascarar su doble rol van rindiendo resultados que tienden a separar su estructura y alcance bipolar, restando eficacia a sus componentes ilegítimos y favorecedores de la impunidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado a la Ley brasileña N° 6.683 del 19 de setiembre de 1979, especialmente por la amplitud y ambigüedad del parágrafo 1 del artículo 1, como asimilable a la tercera modalidad de leyes de amnistía que hemos descrito. En dicha norma de amnistía se establecía lo siguiente:

> "**Artículo 1.** Se concede amnistía a quienes en el periodo comprendido entre el 2 de setiembre de 1961 y el 15 de agosto de 1979, cometieron crímenes políticos o conexos con estos, crímenes electorales, a quienes tuvieron sus derechos políticos suspendidos y a los servidores de la administración directa e indirecta, de fundaciones vinculadas al poder público, a los servidores de los poderes legislativo y judicial, a **los militares** y a los dirigentes y representantes sindicales, con fundamento en actos institucionales y complementarios.
>
> Parágrafo 1.- Se consideran conexos, **para efectos de este artículo, los crímenes de cualquier naturaleza relacionados con crímenes políticos o practicados por motivación política**".

También constituye un exponente atípico de esta tercera forma de leyes de amnistía, la Ley uruguaya N° 15.848, denominada también Ley de Caducidad, que fue aprobada en sede parlamentaria el 22 de diciembre de 1986. Cabe recordar que esta norma tuvo un largo periodo de vigencia y tolerancia social; incluso pudo sortear un referéndum formal realizado el 22 de junio de 1989 y un proyecto de reforma constitucional dirigido a declararla nula, rechazado el 25 de octubre de 2009. En ambas ocasiones más de un 50 % de los consultados se manifestó a favor de dicha Ley. La redacción de su artículo primero –el cual no alude expresamente a una amnistía– deja constancia expresa de su condición negociada:

> "**Artículo 1.-** Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre los partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, **ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas durante el periodo de facto**".

II. LA DOCTRINA PENAL DE LA NO IMPUNIDAD

El rechazo internacional de leyes de amnistía correspondientes al segundo y tercer modelo, de la tipología que hemos reseñado, se ha consolidado en nuestra región a partir de importantes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, además, los sólidos principios y argumentos que han sustentado tales fallos han trascendido el espacio de la jurisdicción transnacional, para convertirse progresivamente en una nueva doctrina penal y procesal penal. Este enfoque crítico y revisionista resulta ser totalmente diferente de aquel tradicional que ha rodeado pacíficamente la exégesis de las disposiciones alusivas a la amnistía y a sus efectos en los códigos nacionales o en los manuales especializados sobre tales materias. El español SILVA SÁNCHEZ, quien analiza con cautela estas tendencias, acierta en denominar a las mismas como **"Doctrinas penales de lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor"** (Jesús-María Silva Sánchez. "*¿Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'". En: *Derecho Penal y Criminología.* Vol. 29. Nºs 86-87. Año 2008, p. 149 y ss). Para todas ellas, las leyes de amnistía constituyen atentados a un bien jurídico supraindividual y universal constituido por el derecho a la verdad y a la justicia. Esta postura dogmática resulta, por lo demás, coherente con el estatus, la jerarquía y la ubicación sistemática que suele darse a delitos de **lesa humanidad**, como el genocidio, la desaparición forzada de personas, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura en el Derecho Penal interno de los países latinoamericanos. Como destaca MEINI: "Solo una definición de lesa humanidad orientada en función del bien jurídico permite apreciar que en tales casos no se lesiona únicamente a la víctima individual en sus derechos básicos, sino a la humanidad en su conjunto. De hecho, es esta la razón que justifica la imprescriptibilidad de la acción penal y la jurisdicción universal en los crímenes contra la humanidad" (Iván Meini. "Protección penal de los derechos humanos". En: *Temas de Derecho Penal. Libro homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros.* Editorial Adrus. Arequipa. 2008, pp. 251-252). Es más, tal descalificación de las autoamnistias o de las amnistías negociadas deviene en proporcional a las características y gravedad que identifican la realización de tales ilícitos como crímenes de Estado. Por consiguiente, es correcto afirmar que en la actualidad "la evitación de la impunidad se ha convertido en el más moderno de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación –durante la última década– del alcance de principios político-criminales clásicos. El deber de los Estados y de la comunidad

internacional de castigar simplemente para poner fin a la impunidad aparece en el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencias de Tribunales Constitucionales, así como en un número significativo de obras doctrinales" (José-María Silva Sánchez. Ob. cit., p. 152).

En lo fundamental, las bases conceptuales y prácticas de estas innovadoras doctrinas penales coinciden en destacar **la necesidad de que todo crimen de Estado que lesiona los derechos humanos no puede ni debe quedar impune**. En tal sentido, con independencia de coordenadas de tiempo y lugar, la memoria histórica de la humanidad y sus más constantes valores exigen que sus perpetradores sean identificados, investigados, juzgados y sancionados penalmente. Además, que los daños materiales o morales que han padecido las víctimas directas e indirectas (familiares) de tales formas de criminalidad, patrocinadas o avaladas por el poder del Estado, deban ser debidamente reparados e indemnizados. Por consiguiente, pues, ninguna institución o principio rector del Derecho Penal puede ser invocado o distorsionado para posibilitar, de manera absoluta o relativa, la neutralización, restricción o exoneración de las consecuencias jurídicas de tan execrables delitos. Razones por las cuales, los delitos de **lesa humanidad** y sus autores o partícipes devienen en **inamnistiables, inindultables e imprescriptibles.** E, igualmente, se admite incluso, para tales casos, la retroactividad de las leyes penales desfavorables. Sin embargo, cabe señalar que algunos autores abogan, más bien, por un efecto estrictamente simbólico de la justicia penal transicional que, identificando la responsabilidad de los infractores, así como promoviendo su arrepentimiento público ante las víctimas o la reparación material del daño sufrido por aquellas, posibilite también el uso para aquellos de los efectos extintivos de la amnistía o el indulto. Esa parece ser la posición asumida por LASCURAÍN, quien busca rescatar lo que denomina la legitimidad democrática de la amnistía: "La amnistía de los delitos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias constituye una vulneración de los derechos fundamentales a no padecer tales agresiones, pues tales derechos incorporan a su contenido directo la persecución judicial y la protección normativa. Este coste podría ser asumible en función de los importantes frutos democráticos que pretenda la amnistía, salvo que, por su radicalidad, por afectar a la totalidad de la represión o a su cabeza, la amnistía suponga en la práctica una renuncia a la prevención de estos delitos. Dicho coste deberá ser reducido al máximo con el mantenimiento de la declaración de culpabilidad del autor y de las medidas indemnizatorias para las víctimas" (Juan Antonio Lascuraín. "Los límites de la amnistía". En: *Revista Penal* N° 28. Julio de 2011, pp. 112-113).

En el ámbito procesal penal, tales prácticas delictivas de carácter sistemático e indeterminado de atentados contra los derechos humanos quedan, por su propia naturaleza y significado internacional, excluidas de los efectos del *non bis in idem* y de la garantía de inmutabilidad de la cosa juzgada. En todo caso, el presupuesto común que habilita la operatividad de todas estas excepciones a las reglas y principios penales o procesales de carácter legal e incluso constitucional se expresa en la premeditada acción u omisión realizada por el Estado o sus órganos legislativo y judicial, para frustrar el descubrimiento y la sanción de los responsables. Específicamente, en los supuestos siguientes: "a) cuando obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) cuando el procedimiento no se instruyó de forma independiente e imparcial; o c) cuando no hubo intención de someter a la persona a la acción de la justicia" (Jesús-María Silva Sánchez. Ob. cit., p. 154).

La fuente jurisprudencial de todas estas doctrinas contra la impunidad ha quedado perennizada en las siguientes sentencias emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Chumbimuni Aguirre y otros (Barrios Altos) versus Perú, del 14 de marzo de 2001.
- Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, del 16 de setiembre de 2006.
- Caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) versus Brasil, del 24 de noviembre de 2010.
- Caso Gelman versus Uruguay, del 24 de febrero de 2011.

En todas estas decisiones se ha responsabilizado a los Estados involucrados y suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque, a través de la promulgación, aplicación y tolerancia de leyes de amnistía, incumplieron las obligaciones convencionales consagradas en los artículos 8.1 y 25 sobre el derecho a las garantías judiciales, así como los derechos a la verdad y a la protección judicial. Al respecto, la Corte Interamericana ha mantenido una posición uniforme y ha declarado en todas las sentencias citadas que las leyes de autoamnistía o de amnistía negociada son un obstáculo no removido por los Estados involucrados para el acceso de las personas victimizadas o de sus familiares a los tribunales de justicia. Y que, además, su vigencia oficialmente tolerada y dilatada impide y dificulta a estos interponer un recurso sencillo y efectivo para el amparo de sus derechos violados, o para el esclarecimiento judicial de las circunstancias de tales acciones violatorias

(Cfr. Fundación para el Debido Proceso Legal. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional.* Washington D. C. 2009, p. 259 y ss).

En coherencia con todas estas constataciones valorativas, la Corte Interamericana en sus fallos de condena destaca la cómplice inacción de las instancias judiciales para declarar la ineficacia absoluta de tales leyes, razón por la cual también se responsabiliza a los Estados denunciados de haber incumplido de mala fe sus obligaciones de garantía derivados de los artículos 1.1. y 2 del aludido instrumento regional. Esto es, no haber organizado ni estructurado adecuadamente un sistema estatal integral de tutela oportuna y eficiente para que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos personales. Al respecto, se ha evidenciado también que este tipo de leyes de amnistía hace inoperativo dicho sistema de tutela y que, a pesar de ello, los Estados comprometidos no procuraron adecuar su legislación a las exigencias convencionales. Es más, en no pocas ocasiones las autoridades judiciales respaldaron expresamente la vigencia y eficacia de tales normas de impunidad. Como señala ARENAS MEZA, esta actitud pasiva o legitimadora de las instancias judiciales ha sido destacada por la Corte Interamericana de modo severo y crítico en los casos contra Chile, Brasil y Uruguay. En relación con ello el Tribunal Regional ha demandado, además, que cuando "el poder legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención es el poder judicial el que queda vinculado a dicho deber de garantía, por lo que los jueces deberán de abstenerse de aplicar cualquier norma contraria a la Convención ya que de otro modo, el Estado incurriría en responsabilidad internacional. Por consiguiente son los jueces, como parte del aparato del Estado, quienes están llamados en ciertas circunstancias a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean vulneradas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin tal como ocurre con las leyes de autoamnistía" (Miguel Arenas Meza. "La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las leyes de amnistía en América Latina. Un paso decisivo en la lucha contra la impunidad". En: *200 años de Iberoamérica.* Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Santiago de Compostela. 2010, pp. 2181-2182).

Afortunadamente para el Perú, la decisión y el compromiso democrático de la **jueza Antonia Saquicuray**, quien declaró inaplicable la Ley de Autoamnistía N° 26474 –en medio de un contexto de guerra sucia y de copamiento sistemático de los poderes del Estado– descalificando sus efectos por

inconstitucional y contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, ha colocado tal actitud valiente y no exenta de alevosas represalias como una referente precursora de la aplicación judicial de la doctrina penal de la no impunidad en Latinoamérica (Al respecto véase Abelardo Luna Santillana y Guillermo Edgardo Núñez Velásquez. "El caso Barrios Altos". En: *El Diplomado* N° 1. 2003, p. 35 y ss.).

Efectivamente, ese histórico episodio dio lugar al caso Chumbimuni Aguirre, conocido también en el contexto regional como **"Barrios Altos"**, para rememorar el distrito limeño donde tuvo lugar uno de los crímenes de Estado más emblemáticos ocurrido durante el gobierno de Alberto Fujimori. Fue, pues, a partir de este proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los fines de la justicia transicional y el derecho a la verdad se antepusieron a toda política de impunidad. Pero, además, como bien destaca ZALAQUETT DAHER, la importancia particular de dicho caso estriba en que se refiere expresamente a las obligaciones estatales de esclarecer y castigar los delitos de **lesa humanidad** como parte del *ius cogens,* es decir, de derechos no derogables e incluso de reconocimiento preconvencional. Esto es, se les califica como "derechos que no pueden ser objeto de suspensión, ni aún en caso de guerra u otra emergencia legalmente declarada" (José Zalaquett Daher. "El caso Almonacid. La noción de obligación imperativa de Derecho Internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad". En: *Anuario de Derechos Humanos* N° 3. Junio de 2007, p. 191).

A partir de dicho precedente, la discusión judicial en nuestro medio, sobre las leyes de amnistía y su interpretación desde los fines de la justicia transicional, no ha estado ausente en procesos importantes por crímenes de Estado. De allí que en el fundamento jurídico 624 de la sentencia que condenó al expresidente Fujimori se incida en la actitud de que este asumió, al pretender encubrir con una premeditada ley de amnistía, las sistemáticas violaciones a los derechos humanos que configuraron crímenes de Estado durante su gobierno: "la impunidad desde la alta instancia del Estado, la Presidencia de la República, fue lo que al final de cuentas se consiguió, además de incoar mecanismos de persecución contra los denunciantes y de lograr la inhibición de todo esfuerzo individual o colectivo de esclarecer los hechos, procesar los autores y sancionar a los responsables. Tan complejo, extenso, intenso y persistente mecanismo de impunidad, como es obvio no podía ser obra autónoma de la estructura castrense o de un sector de los aparatos de inteligencia o servicio secreto del Estado. Debió, y de hecho así tuvo que ocurrir, ser parte de un plan organizado desde quien detentaba la Jefatura del Estado; el concurso de

todos los poderes públicos y de las instancias estatales de investigación y juzgamiento solo se puede explicar con el concurso del Presidente de la República".

III. EL IMPACTO DE LA DOCTRINA PENAL DE LA NO IMPUNIDAD EN LA JUDICIALIZACIÓN DE CASOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Es evidente que en la actualidad los fiscales y jueces latinoamericanos cuentan con una validada doctrina y jurisprudencia regional para interdictar cualquier manifestación de autoamnistías o amnistías negociadas. Ello, además, es visible en varios países de nuestro hemisferio donde la judicatura viene aplicando sin mayores cuestionamientos o reticencias los principios y reglas de la doctrina penal de la no impunidad.

Por lo demás, luego de las sentencias recaídas en el caso Almonacid Arellano y otros versus Chile; así como en el caso Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) versus Brasil, cualquier duda sobre la labor que deben desempeñar fiscales y jueces frente a la inaplicación de leyes de autoamnistía y amnistía negociada ha quedado totalmente disipada. Los roles están claramente definidos. Los primeros deben incoar las acciones penales correspondientes. Y los segundos deben aplicar en el juzgamiento los principios y reglas definidas por la doctrina penal de la no impunidad.

Por tanto, podemos sostener que en el presente y hacia el futuro tales políticas y prácticas de no impunidad ya han quedado incorporadas, plenamente, a la gestión judicial en sede penal de aquellos casos relativos a graves atentados contra los derechos humanos que estén aún pendientes de esclarecimiento y de sanción de los responsables en los países de nuestro hemisferio.

Esta tendencia, además, debe validarse porque, como se ha señalado anteriormente, implementar dicha doctrina y praxis constituye un imperativo categórico para los sistemas penales de los Estados del continente, al estar ellas integradas en el *ius cogens*. Siendo así, cabe sostener que no es, en principio, admisible la posibilidad de anteponer normas e instituciones penales internas sobre amnistía, indulto o prescripción para evadir esta importante función y tarea de justicia transicional. Ni mucho menos subsisten argumentos sólidos y razonables para delegar o prorrogar la propia competencia que fiscales y jueces tienen al respecto. Es más, ellos deben promover, cuando así se requiera, una interpretación teleológica y sistemática de tales disposiciones legales para adaptarlas a la doctrina desarrollada por la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; o, en el caso de instancias supremas,

impulsar acuerdos plenarios de eficacia vinculante que orienten el proceder de las instancias inferiores del Ministerio Público o de la Judicatura. Es por tanto correcto sostener, como lo hace NOGUEIRA ALCALÁ, que: "Los jueces nacionales no pueden realizar una lectura disociada del ordenamiento jurídico interno del derecho internacional de los derechos humanos válidamente exigible, ya que estas últimas determinan el alcance mínimo de las primeras" (Humberto Nogueira Alcalá. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 7. 2007, p. 316).

En el Perú, por ejemplo, recientemente se han producido dos hechos importantes, que muestran palmariamente el impacto real de la doctrina penal de la no impunidad en el quehacer de los jueces. Primero, el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 21 de marzo de 2011, recaída en el proceso de inconstitucionalidad N° 0024-2010-PI/TC-LIMA, ha declarado contrario a la Constitución al Decreto Legislativo N° 1097, que pretendía declarar sobreseídos procesos penales en trámite e incoados a militares implicados en delitos contra los derechos humanos; y que, además, procuraba excluirlos de las reglas de imprescriptibilidad, en atención a que en el Perú la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad,* entró en vigor recién el 9 de noviembre de 2003. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señaló en su fundamento jurídico 72 que: "En efecto, es esa la fecha en la que esta Convención, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución pasó a formar parte del ordenamiento jurídico vigente. Empero, como ha quedado dicho, eso no significa que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de *lesa humanidad* solo sea aplicable a las conductas típicas cometidas después de esa fecha. Por el contrario, según se ha argumentado *supra*, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una norma de *ius cogens* aplicable en todo tiempo y que encuentra reconocimiento en el derecho fundamental a la verdad previsto en el ordenamiento constitucional peruano" (Sobre esta sentencia, véase: Rurik J. Medina Tapia. "La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 22. Abril 2011, p. 13 y ss.). Y, segundo, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron, el 13 de noviembre de 2009, el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 sobre el delito de desaparición forzada de personas, recogiendo en varios de sus fundamentos jurídicos la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia (Véase su texto en Corte Suprema de Justicia de la República. *V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias 2009.* Lima. 2010, p. 96 y ss.).

Cabe anotar, también, que en el plano legislativo la doctrina penal de la no impunidad se va confirmando en algunas propuestas y reformas legales. Ese es el caso, por ejemplo, del Anteproyecto de Código Penal de 2008-2010 que ha incluido sus orientaciones y criterios en su Libro Tercero denominado "Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario" (Cfr. Carlos Alberto Torres Caro. Compilador. *El Nuevo Código Penal peruano.* Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2011, p. 272 y ss.).

En ese contexto resulta, pues, también relevante constatar que en el último lustro la recepción e internación de la doctrina penal de la no impunidad es recogida y aplicada en sucesivas decisiones adoptadas por tribunales penales de nuestra región, los cuales vienen adelantando emblemáticos actos de juzgamiento, a la vez que aplicando ejemplares sentencias condenatorias a los responsables de crímenes de Estado en Argentina, Chile, Uruguay y Perú (Cfr. Kai Ambos. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal internacional y europeo.* Grijley. Lima. 2011, p. 22 y ss.). Y todo parece indicar que esta corriente, que reivindica a la magistratura latinoamericana, es irreversible. Al respecto, son pertinentes las reflexiones de ARENAS MEZA, quien, sin embargo, reconoce también la presencia, aunque minoritaria, de posiciones diferentes en la judicatura regional, particularmente en determinados niveles de la magistratura brasileña. Según este autor: "En los últimos años se observa una clara tendencia en los Tribunales internos de los Estados latinoamericanos por adecuar sus pronunciamientos y sentencias en casos donde se dilucida la aplicación de leyes de amnistía a lo dispuesto por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, en una clara muestra de la influencia y autoridad que tienen los pronunciamientos de este órgano jurisdiccional. La situación sin embargo es dispar en los distintos países. En algunos de ellos esta adecuación ha sido satisfactoria, asumiéndose plenamente los argumentos de la Corte. En cambio, en otros países se constata una preocupante reticencia a asumir dichos argumentos, pues se sigue insistiendo en la equivocada idea [de] que las leyes de amnistía constituyen mecanismos decisivos para alcanzar la reconciliación nacional y que, por tanto, deben mantenerse vigentes" (Miguel Arenas Meza. Ob. cit., p. 2186).

En armonía, pues, con esta favorable coyuntura, lo que ahora resulta pertinente es identificar algunos instrumentos penales y procesales idóneos para un solvente desempeño de las acciones de justicia transicional que se vienen cumpliendo en nuestro hemisferio. Por lo demás, todos ellos han dejado de ser conjeturas teóricas al ser aplicados en procesos penales concretos como los realizados en Argentina contra los integrantes de las juntas

Militares y en el Perú contra el expresidente Alberto Fujimori (Cfr. Kai Ambos e Iván Meini. Editores. *La autoría mediata: el caso Fujimori.* Ara Editores. Lima. 2010).

En ese contexto, por ejemplo, cabe partir por precisar que todas estas herramientas teóricas y prácticas pueden adaptarse y servir para superar los requerimientos especiales, estratégicos o tácticos, que exige un adecuado enfoque penal y procesal de los crímenes de Estado. Especialmente, porque esta modalidad delictiva resulta ser en muchos aspectos criminológicos o criminalísticos muy diferente de aquellas a las que suelen procesar jueces y fiscales (delitos clásicos y convencionales).

En atención, pues, a tales necesidades y características, consideramos de suma utilidad, para una exitosa gestión y manejo de las decisiones en esta clase de investigaciones y procesos, el conocimiento y el adiestramiento en la aplicación de las siguientes herramientas conceptuales y prácticas:

- Las teorías de imputación basadas en la autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados.
- La teoría de atribución de responsabilidad por omisión del superior.
- Las teorías de construcción y valoración de la prueba indiciaria.
- La admisión y valoración de medios de prueba no convencionales como los informes y hallazgos de las Comisiones de la Verdad.
- Los informes técnicos especializados y los *amicus curiae.*
- Las construcciones normativas sobre el poder militar de los jefes de Estado.
- La utilidad de procedimientos especiales de colaboración eficaz o terminación anticipada del proceso por conformidad del imputado con la acusación fiscal.
- Las reglas y procedimientos especiales de determinación de las penas y demás consecuencias jurídicas del delito.

Todos estos instrumentos penales y procesales, lo reiteramos, ya han mostrado en casos concretos sus relevantes aptitudes para la búsqueda de la verdad, así como para la condena y sanción penal de los procesados por delitos de **lesa humanidad** promovidos y tolerados por el Estado.

IV. AMNISTÍA Y CÓDIGO PENAL DE 1991: UNA OPCIÓN DE *LEGE FERENDA*

Los sucesivos Anteproyectos de Reforma del Código Penal de 1991, a sus veinte años de vigencia, no muestran una tendencia hacia la revisión o reformulación de su estructura normativa ni de sus efectos de extinción sobre la punibilidad o penalidad. Todo, pues, parece indicar la ausencia de intenciones modificatorias al respecto (Cfr. artículo 91 del Anteproyecto de 2004 y el artículo 91 del Anteproyecto de 2008-2010).

Ahora bien, la consolidación de la doctrina de la no impunidad en nuestra jurisprudencia, como se ha destacado anteriormente, anima a la necesidad de requerir del legislador nacional una posición político-criminal innovadora al respecto. Esto es, a que adopte o examine, cuanto menos, algunas decisiones sobre el futuro de la amnistía en la legislación penal peruana, atendiendo especialmente tanto a sus antecedentes normativos o prácticos, como a sus ya identificados componentes positivos o negativos para la eficacia del sistema penal o para la plena vigencia de un Estado democrático. Como anota LASCURAÍN: "La pregunta, así formulada, es una pregunta política, de política jurídica. **Y como las normas de amnistía son normas penales –aunque su objeto sea el de no penar–, de lo que estamos hablando es de política criminal**, de cómo debemos conformar dichas normas para que sirvan adecuadamente a la sociedad: para que sean valiosas y funcionales. De cómo deben ser, o incluso si deben no ser, si es que la conclusión es la de que toda norma de amnistía es ilegítima o disfuncional en atención precisamente a que prescinde para determinados casos de seguridad jurídica, de la seriedad normativa y de la prevención penal que procura la aplicación de una norma legítima y vigente". (Juan Antonio Lascuraín. En: *Revista Penal* N° 28. Julio 2011, p. 96).

Sin embargo, tal indagación ha trascendido su espacio dogmático y político criminal para ubicarse también en el plano psicosocial de las percepciones de los grupos de opinión en el Perú. En efecto, en la escena contemporánea, por temas de coyuntura, la amnistía ha generado controversia entre los diferentes espacios de la sociedad civil, la clase política y de las principales instituciones públicas del país. Por tanto, pues, el analizar sus posibilidades de reforma legal se ha convertido en un tema ineludible y sobre el cual, en esta ocasión, solo queremos presentar algunas propuestas puntuales.

Comencemos por señalar que la amnistía en el Perú, como hemos podido reseñar anteriormente, siempre ha sido regulada, considerada y utilizada como una causal de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena

de origen político, esto es, basada y justificada como olvido del hecho punible y de sus consecuencias por motivos no especificados en la ley penal. De allí, pues, que su configuración requiera de una ley y que, por tanto, se habilite como su gestor exclusivo al Congreso de la República. A quien, además, corresponderá identificar la oportunidad, justificación concreta y alcances de la amnistía. Todo lo cual se deriva de lo previsto por el artículo 89 del Código Penal que señala que ella "elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él". Así como del artículo 102, inciso 6 de la Constitución de 1993, que señala que es atribución del Parlamento Nacional **"ejercer el derecho de amnistía"**.

Como también se ha señalado en apartados precedentes, la historia de la amnistía en nuestro país ha estado ligada fundamentalmente a los episodios de la persecución política o al negativo interés de excluir la judicialización y punición de delitos cometidos por las agencias de seguridad durante la etapa de violencia que se vivió en la década 1990-2000. Sobre el particular, cabe recordar que la última amnistía conferida en nuestro medio fue, en realidad, una **autoamnistía** encubierta mediante la Ley N° 26479 del 15 de junio de 1995. Ella, como ya se ha referido, repercutió fundamentalmente a favor de la impunidad de los efectivos militares implicados en los graves sucesos de Barrios Altos y La Cantuta, razón por la cual fue rechazada y suprimida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cfr. Víctor Cubas Villanueva. *La Cantuta: crónica de la investigación fiscal.* Palestra Editores. Lima. 1998, p. 244 y ss.).

En coherencia, pues, con esos antecedentes, hoy resulta evidente que la única modalidad de amnistía que puede tolerar nuestro sistema penal, y a la que cabe concederle reconocimiento constitucional y legal, corresponde a aquella que hemos clasificado como **tradicional** en nuestra precitada tipología. Sin embargo, si aquella forma de amnistía se pervierte o sirve para camuflar opciones indirectas o equivocas de impunidad; esto es, si se transforma en una amnistía **negociada o acordada** –como en el caso de la todavía vigente Ley Brasileña de Amnistía N° 6.683–, ella debe ser interdictada y neutralizada en sus efectos perversos por las propias instancias del sistema penal, en salvaguardia del derecho a la verdad y a la memoria de las víctimas de crímenes de Estado de **lesa humanidad**.

Atendiendo, pues, a los riesgos mencionados, consideramos que la amnistía en el Código Penal vigente debe ser reformulada en términos tales que aleje toda posibilidad de abuso político y que, a su vez, legitime toda decisión judicial de desconocer su eficacia en tales supuestos. Para ello, las opciones de técnica legislativa no tienen que ser necesariamente complejas, sino, por el

contrario, muy sencillas en su forma como efectivas en su utilidad práctica. Lo cual, por lo demás, se ha venido ensayando ya en otros sistemas jurídicos de la región. Por ejemplo, el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005 establecía en su artículo 69, inciso 3, que la responsabilidad penal se extinguía: "Por amnistía, **sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución o los tratados internacionales vigentes en Chile establecen al respecto**". Iguales limitaciones contempla el aludido artículo para el caso del indulto.

Siguiendo, pues, esta oportuna tendencia legislativa, consideramos pertinente sugerir de *lege ferenda* que al actual artículo 89 del Código Penal de 1991 se le incorpore un segundo párrafo con el texto siguiente:

> "La amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él. El indulto suprime la pena impuesta.
>
> **No son aplicables la amnistía y el indulto a los delitos que el Derecho Internacional califica como de lesa humanidad"**.

Consideramos que una reforma de esas características alineará mejor al Código Penal nacional con los objetivos actuales de la justicia transicional y con el derecho de los pueblos a la memoria histórica y a la verdad.

Tercera parte

LAVADO DE ACTIVOS

Lavado de activos y política criminal: presente y futuro[13]

I. EL LEGADO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

El proceso de criminalización internacional del lavado de activos se inició hacia finales del siglo pasado. Correspondió a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena en noviembre de 1988, comenzar este proceso. Y uno de los objetivos principales que orientó a este importante acuerdo internacional fue promover la construcción de un espacio global para detectar, neutralizar o bloquear los procedimientos y prácticas de acumulación, aseguramiento y reinversión de las ganancias de origen criminal. Esto es, de todas aquellas operaciones o transacciones económicas, comerciales o financieras que se estructuraban y aplicaban para proveer de una apariencia de legitimidad a los ingresos ilegales provenientes de delitos de criminalidad organizada como el tráfico ilícito de drogas (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "El lavado de dinero como delito internacional". En: *Política internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* N° 47. Enero-marzo 1997, p. 129 y ss.).

Para el desarrollo de ese objetivo específico se eligió como estrategia prioritaria la incorporación en el derecho interno de los Estados, de un nuevo delito al cual debería dotársele de una configuración típica autónoma y flexible, capaz de cubrir las diferentes y sucesivas etapas que integraban la compleja realización de un proceso ilegal de relevante eficacia para la consolidación y el crecimiento de las organizaciones criminales.

(13) Publicado originalmente en: *Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Fondo Editorial de la Pontificia Univeridad Católica del Perú, Lima, 2018, pp. 43-70.

Pero, además, la visión estratégica de la Convención de 1988 se proyectó también hacia otros dominios. En efecto, este instrumento internacional formuló otras políticas complementarias que apuntaban a promover medidas preventivas en los sectores especialmente vulnerables a las operaciones de lavado de activos como la intermediación financiera; e, igualmente, que potenciaran la utilidad de las prácticas de cooperación internacional para la detección e intervención oportuna de los capitales delictivos que fuesen colocados en el amplio escenario de una economía cada vez más globalizada.

En torno a todos estos aspectos, se definieron seis políticas internacionales para la prevención y control de las operaciones de lavado de activos y que servirían de orientación para que los Estados construyan sus programas de política criminal sobre la materia. Tales políticas fueron las siguientes:

1. La criminalización autónoma de los actos y operaciones de lavado de activos.
2. La regulación y aplicación de medidas de prevención del lavado de activos en la intermediación financiera.
3. La construcción y consolidación de un espacio internacional contra el lavado de activos.
4. La flexibilización del secreto bancario para la investigación criminalística financiera del lavado de activos.
5. La configuración de procedimientos agiles y oportunos para la incautación o el decomiso de bienes generados o derivados del lavado de activos.
6. La inversión de la carga de la prueba sobre el origen de los activos.

Sin embargo, en 1998, al cumplirse la primera década de la puesta en vigor del mencionado Convenio, se detectó que los Estados no cumplían aún con las recomendaciones vinculantes que aquel había diseñado. Fue por ello que la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió ese año una resolución complementaria que exigía a los países signatarios la adopción inmediata de las siguientes medidas legislativas y administrativas:

- Constituir un marco legislativo apropiado que criminalice el lavado de activos proveniente de delitos graves.
- Legitimar la identificación, la congelación, la incautación y el decomiso del producto del delito aún con anterioridad a un fallo de condena.

- Potenciar la cooperación internacional, así como la asistencia judicial recíproca para los casos de lavado de activos.
- La inclusión del delito de lavado de activos en los acuerdos de asistencia judicial mutua.
- Establecer un régimen básico de autorregulación eficaz, con capacidad para impedir el acceso de los delincuentes y de sus fondos ilícitos a los sistemas financieros nacionales e internacionales.
- Supervisar el cumplimiento de los requisitos de identificación y verificación del cliente dimanantes del principio de "conozca a su clientela".
- Regular la obligación de denunciar toda actividad sospechosa.
- La eliminación de todo impedimento dimanante del secreto bancario para facilitar las actividades encaminadas a prevenir, indagar o sancionar un delito de lavado de activos.
- Fortalecer las agencias y procedimientos destinados a descubrir, investigar, procesar y sentenciar eficazmente a los delincuentes implicados en una operación de lavado de activos.
- Tramitar oportunamente y de modo eficaz la extradición de los implicados en delitos de lavado de activos.

Como consecuencia de dicha exhortación, el impacto formal de la Convención de Viena en el derecho interno de los Estados comenzó a notarse en la primera década del presente siglo, a través de un heterogéneo proceso de asimilación o adaptación de sus sistemas normativos a las distintas políticas y estrategias que aquella había sugerido. Es así que, en un periodo cercano ya a los treinta años de haberse suscrito, se han configurado, en torno al tratamiento legal interno de las operaciones de lavado de activos, dos modelos de regulación muy diferentes pero sumamente conexos entre sí. Uno de naturaleza administrativa que está dirigido a promover o supervisar los programas y medidas de prevención de tales conductas ilícitas. Y otro, de índole estrictamente punitiva, el cual pretende armonizar la tipificación y los procedimientos de investigación y juzgamiento de dichos actos delictivos.

Cabe, entonces, sostener que en el presente el legado normativo de la Convención de Viena se ha materializado en un nutrido catálogo de convenios de trascendencia universal, regional o subregional, que han ido delineando y consolidando las coordenadas definitivas de la política criminal internacional

contra el lavado de activos, desarrollando, en lo esencial, los ejes estratégicos que aquel precedente convencional en 1988. Es más, similares objetivos, políticas y estrategias de prevención y control penal del lavado de activos, se fueron transfiriendo, complementando y especializando a través de otros programas globales contra la delincuencia organizada transnacional o contra la corrupción de sistema. Lo cual se comprueba en las recomendaciones y medidas antilavado incluidas en las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y contra la Corrupción (Convención de Mérida). Pero, también, en otros instrumentos de especial relevancia internacional, como las renovadas cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Es más, un ejemplo reciente de esta tendencia exitosa en la consolidación internacional de la política criminal contra el lavado de activos post-Viena lo brinda el **Plan de Acción Hemisférico Sobre Drogas 2016-2020 de la Organización de Estados Americanos (OEA).** En efecto, este documento regional, a través de la definición y operativización de su Eje 4, sobre medidas de control, detalla los siguientes objetivos y estrategias:

> "**Objetivo 6**: Crear, actualizar y fortalecer, según corresponda, los marcos normativos e institucionales para contrarrestar el lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.
>
> **Acciones prioritarias:**
>
> **6.1** Revisión de los marcos legales, regulatorios y operativos en materia de prevención, detección, investigación, persecución y control del lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.
>
> **6.2** Desarrollo e implementación de programas especializados y permanentes de capacitación en materia de prevención, detección, investigación, persecución y control del lavado de activos derivado del tráfico ilícito de drogas.
>
> **6.3** Diseño y aplicación de protocolos que permitan que las autoridades competentes lleven a cabo investigaciones financieras y patrimoniales paralelas a las investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de drogas.
>
> **6.4** Establecimiento y activación de mecanismos para la coordinación y cooperación interinstitucional, incluyendo estrategias nacionales contra el lavado de activos, comités nacionales de coordinación y el uso de grupos de trabajo especiales.

6.5 Optimización de los sistemas de información en la investigación y persecución del delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, incluyendo la utilización de la inteligencia financiera.

6.6 Identificación y análisis de los riesgos de lavado de activos, a fin de mitigarlos mediante políticas públicas de fortalecimiento al régimen de prevención y combate de este delito a nivel nacional, de conformidad con los instrumentos internacionales".

Ahora bien, la actual asimilación global de las principales medidas de política criminal contra el lavado de activos se explica sobre todo, por la consistencia estratégica de su racionalidad económica. En efecto, la hipótesis central que validó la criminalización internacional del lavado de activos fue lo coherente de su visión acerca de que la prevención y el control de la criminalidad organizada era en esencia un problema económico. Esto es, que las diferentes modalidades de criminalidad organizada tenían en común el de ser actividades económicas de ejecución continua y que ocurrían en mercados restringidos, compuestos por circuitos flexibles de producción, comercialización y consumo. Los cuales eran activados y explotados eficientemente por estructuras organizacionales de corte empresarial.

Por tanto, todo programa preventivo o represivo de la criminalidad organizada debería siempre comenzar por desconectar o desorganizar tales sistemas y esquemas funcionales de fomento y utilidad de bienes y servicios ilegales. Y que, para ello, las estrategias y medidas más idóneas eran aquellas con capacidad para interdictar, bloquear y debilitar la captación e inserción de fuentes de financiamiento y reinversión de las ganancias de origen ilegal. Es decir, las que fueran eficaces y eficientes para neutralizar o limitar, paulatinamente, las oportunidades y posibilidades de movilidad, aplicación o reproducción de los propios capitales ilegales que generaban las organizaciones criminales. El razonamiento aplicado era tan simple como técnico: si una empresa (como las que interactúan en la criminalidad organizada) pierde capital o no puede obtenerlo o conservarlo, simplemente no podrá sostener la misma dinámica y los mismos estándares de su proceso productivo, de comercialización o de gestión habituales, lo cual disminuirá el flujo de sus *stocks* de bienes y servicios ilícitos y, con ello, su presencia u oferta en su mercado operativo se irá reduciendo o se hará cada vez más cara e insostenible.

Resultaba fácil, por tanto, calcular y admitir, que el principal impacto de la eficacia de las acciones de control, preventivo o represivo, de las operaciones de lavado de activos sería, por regla económica, la retracción de las capacidades y fortalezas de las empresas criminales. Ellas, poco a poco, sufrirían

una liquidez descompensada y sistemática, que afectaría negativamente la eficiencia de su continuidad operativa, el sostenimiento de sus redes clandestinas de producción y comercialización de bienes o servicios ilegales, el suministro oportuno y su capacidad de oferta de aquellos, elevando sus costos finales y precios.

La lógica, pues, de dicho enfoque económico dotó de solidez técnica a la política criminal contra el lavado de activos y le otorgó credibilidad internacional, convirtiéndola en la principal herramienta criminológica y criminalística de todo programa contemporáneo contra la delincuencia organizada transnacional. Pero, además, puso de relieve la utilidad que a todo este proceso puede aportar una activa y oportuna colaboración internacional. Es por ello que, desde los inicios de su vigencia, las guías de aplicación de la Convención de Palermo han recomendado de modo reiterado que para "que esta cooperación sea posible, debe crearse en primer lugar la capacidad interna para identificar, reunir e interpretar toda la información pertinente. Esencialmente, la Convención propone la intervención de tres tipos de entidades que podrían formar parte de una estrategia de lucha contra el blanqueo de dinero y cuyo establecimiento los Estados podrían, por lo tanto, tomar en consideración:

a) Organismos de reglamentación, encargados de la supervisión de las instituciones financieras, como los bancos y las entidades de seguros, con facultades para inspeccionar las instituciones financieras y exigir el cumplimiento de los requisitos reglamentarios imponiendo recursos o sanciones reglamentarios o administrativos;

b) Organismos de cumplimiento de la ley, encargados de realizar investigaciones penales y con atribuciones para investigar y para arrestar y detener a los sospechosos, y que están sujetos a salvaguardias judiciales o de otra índole;

c) Dependencias de inteligencia financiera, cuyo establecimiento no se exige, sin embargo, en la Convención contra la Delincuencia Organizada y cuyas atribuciones se limitan por lo general a recibir informes sobre transacciones y actividades sospechosas, analizarlos y presentar información a las autoridades judiciales, aunque algunas de estas dependencias tienen atribuciones más amplias". (Naciones Unidas. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Naciones Unidas. Nueva York. 2004, p. 57).

Es por todo ello que hoy en día los organismos internacionales especializados y los Estados confían plenamente en que una implementación eficiente, integral y persistente de las políticas contra el lavado de activos incidirá, necesariamente, sobre las capacidades financieras o logísticas de las organizaciones criminales, promoviendo que estas pierdan poder, colapsen en el mercado o se agoten económicamente. La comunidad mundial se ha convencido de lo atinado de dicho enfoque al que, por tal razón, se le considera como el más importante legado de la Convención de Viena. Lo cual fue de algún modo vaticinado por ALBRECHT, al sostener, a inicios del siglo XXI, que "el objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado y el retiro del producto ilícito del delito, se relacionan con la prevención en la forma de reducción de oportunidades y en la forma de fortalecimiento y afianzamiento del principio de prevención general. El concepto se fundamenta en que la criminalidad organizada y sobre todo el comercio organizado de narcóticos, pueden ser atacados en forma mucho más eficiente a través de estos instrumentos si se impide la reinversión del producto ilícito del delito y se embargan los dividendos provenientes de las actividades criminales" (Cfr. Hans-Jörg Albrecht. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, pp. 49-50).

II. NUEVOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS EN EL TERCER MILENIO

Es evidente que la realidad contemporánea del problema de la criminalidad organizada y del lavado de activo ha adquirido características y dimensiones muy diferentes de aquellas que sirvieron de contexto a las decisiones adoptadas por la Convención de Viena. Al respecto, en la última década, se ha hecho evidente que la consistencia y coherencia de los objetivos y estrategias diseñados por la política criminal internacional para la prevención e interdicción de tales actividades delictivas no han alcanzado los estándares de eficiencia y utilidad que orientaron su diseño. Es por ello que en un informe de 2010, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) advertía ya sobre la necesidad de un replanteamiento estratégico con prioridad en las siguientes acciones:

- Perturbar las fuerzas del mercado en que se apoyan las actividades ilícitas.
- Se hace imprescindible la intervención de los mercados que sustentan esas actividades. Asimismo, la detención de los hombres de atrás, es decir, abogados, asesores fiscales y economistas, agentes

inmobiliarios y personal de entidades crediticias que hacen de tapadera y blanquean sus ganancias (citado por José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: Juan José González Rus. Director. *La criminalidad organizada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 344).

En efecto, diferentes registros de evaluación sobre los resultados hasta ahora obtenidos indican que la insurgencia de nuevos problemas, así como de brechas complejas sobre la implementación material de las medidas preventivas y punitivas, demanda una retroalimentación y afinamiento del planeamiento estratégico predominante en los programas globales, regionales y nacionales contra el lavado de activos. Que, por tanto, corresponde reformular algunas de las alternativas adoptadas, así como incluir otras adicionales, que incidan, sobre todo, en el grado de eficacia real que se detecta cualitativa y cuantitativamente en los procesos de criminalización secundaria, que se aplican sobre las prácticas y tipologías contemporáneas de auxilio o cobertura utilizadas para asegurar que las manifestaciones de criminalidad organizada más caracterizadas, como el tráfico ilícito de drogas, la trata de seres humanos, o novedosas, como el suministro clandestino de tecnología nuclear para la proliferación de armas de destrucción masiva o la cibercriminalidad, logren todavía un significativo disfrute y reinversión de ganancias ilícitas. En efecto, los expertos calculan que el poder económico del crimen organizado se sigue fortaleciendo de manera continua, produciendo un volumen de ganancia ilegal anual de alrededor de 870 000 millones de dólares. Esto es un equivalente "al 7 % de las exportaciones mundiales o el 1.5 % del PBI mundial". Lo que significaba que "si el crimen organizado representara un país, este sería una de las 20 mayores economías del mundo, ya que produce una cifra equivalente a la riqueza de Holanda". Pero que, además, ha generado que se coloque también a la criminalidad organizada como parte de "los seis grupos de amenazas que deben preocupar al mundo hoy y en los decenios por venir". Lo que en términos geopolíticos equivalga a sostener, con realismo y sin exageraciones, como lo hacen algunos analistas, que en la coyuntura actual, debido a la eficiencia de las prácticas de lavado de activos, la criminalidad organizada "se ha convertido en un nuevo centro de poder a nivel mundial" (Cfr. José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: Juan José González Rus. Director. *La criminalidad organizada*. Ob. cit., p. 339).

Es en función de todo ello que el Informe ONUDD 2015, al referirse al lavado de activos, volvió a insistir en la adopción de medidas más directas y efectivas sobre el decomiso real de todo tipo de ganancia de origen criminal, en

especial de aquella derivada de la corrupción de funcionarios. En torno a este requerimiento se sostuvo lo siguiente: "Los grupos criminales ponen mucho esfuerzo a la hora de ocultar sus bienes y la transferencia de sus fondos obtenidos de manera ilegal. El lavado de dinero –cuyo monto estimado representa entre el dos y cinco por ciento del GDP global– plantea una serie de amenazas, en las cuales se incluyen a:

- **La alimentación de la corrupción y del crimen organizado.** Como, por ejemplo, el aumento de oficiales públicos corruptos, la necesidad de poder lavar sobornos y coimas, como de grupos criminales organizados que utilizan el lavado de dinero para los procesos de tráfico de drogas y otros crímenes;
- **La facilitación del terrorismo,** ya que los grupos terroristas usan el lavado de dinero para comprar armas;
- **El daño a la reputación de los bancos,** lo cual puede traer como consecuencia un daño a las instituciones financieras legales; y
- **El daño a largo plazo de las posibilidades de los países que se encuentran en desarrollo,** ya que el "dinero sucio" puede tener grandes repercusiones a la hora de generar relaciones sólidas y de largo plazo con inversiones extranjeras, porque estas buscan países con un buen gobierno y que se encuentren estables.

Estas amenazas, ponen en manifiesto, que la tarea de combatir el lavado de dinero, es más urgente que nunca. Y una de las mejores maneras para detener a los criminales es **el decomisar los productos procedentes de los crímenes de oficiales públicos corruptos, de traficantes y de grupos criminales organizados**". (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Annual Report. Covering Activities Durig 2015.* ONUDD. Viena, pp. 55-56).

Son varias las hipótesis que concurren a explicar la disfuncionalidad de las políticas y estrategias antilavado. En algunos casos ellas aluden a cambios repentinos en la extensión y rutinas de los sectores vulnerables a la inserción económica o financiera del producto criminal bruto. Por ejemplo, se constató que las operaciones o transacciones sospechosas no solo ocurren en el escenario formal de la intermediación financiera, del mercado de valores, de los procedimientos de exportación e importación de bienes o del intercambio de divisas, sino que ellas también se materializan con éxito en otros sectores económicos y de servicios menos rigurosos y con cuotas aún significativas de informalidad como la actividad inmobiliaria o de extracción minera, e incluso en el quehacer aparentemente inofensivo de determinados profesionales como

los abogados, los contadores o los notarios. Surgió entonces la necesidad de identificar también las tipologías que desarrolla el lavado de activos en el ámbito de las que se denominan "Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD)".

Y, en otros casos, las líneas etiológicas suelen focalizarse en la evolución reciente del *modus operandi* que actualmente predomina en los usos comerciales y financieros, ahora mayormente radicados y socializados de manera general y transversal en procesos y mercados virtuales o a través del acceso innominado al internet. Esto es, a modalidades, oportunidades y tipologías de lavado de activos "en línea" para las cuales las políticas y estrategias internacionales convencionales no habían sido formuladas. En este contexto surgió la necesidad de regular nuevos procedimientos especiales de investigación del lavado de activos. Por ejemplo, la instalación de un *software* que puede infiltrarse "en el sistema informático del investigado y dar a conocer su actividad en la red informática". Sin embargo, también se hizo evidente que los desniveles en la capacidad y fortaleza informáticas o económicas de los Estados y sus agencias de control del lavado de activos limitan e, incluso, en no pocos casos, tornan difícil interceptar las diferentes modalidades usuales de mensajería instantánea (XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos. *Estudio sobre técnicas especiales de investigación en lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.* Organización de Estados Americanos. Punta Cana. 28-29 de setiembre de 2016, pp. 10-11).

También la experiencia criminalística acumulada ha permitido reconocer que las personas jurídicas constituyen un componente necesario en el proceso del lavado de activos y que no cabe hacer distinciones a favor de una pretendida asepsia criminal o punitiva de los entes colectivos, sean estos de naturaleza civil o mercantil. Que, por consiguiente, el fenómeno del lavado de activos no solo se camufla en personas jurídicas "de fachada" o "de papel"; esto es, por aquellas constituidas y gobernadas por una cultura criminal. Sino que, igualmente, los actos de colocación, intercalación o integración pueden materializarse con eficacia en la presencia opaca de las personas jurídicas *off shore*; así como, también, en el ámbito de orientación filantrópica que suele gobernar la existencia de las organizaciones no gubernamentales u ONGs. En definitiva, pues, se ha hecho visible y sensible que las personas jurídicas ofrecen a la delincuencia especializada una variada oportunidad de innovar sus espacios de infiltración para la fusión contaminante del capital de origen criminal. Como destacan los instrumentos especializados de las Naciones Unidas: "Las complejas estructuras de esas entidades permiten ocultar eficazmente la verdadera

identidad de los propietarios, la identidad de los clientes o determinadas transacciones en relación con delitos que van desde el contrabando hasta el blanqueo de dinero y las prácticas corruptas. Los ejecutivos mismos pueden residir fuera del país en que se comete el delito, y la responsabilidad individual puede ser difícil de probar. Por ello, ha ganado terreno la opinión de que la única manera de eliminar este instrumento y escudo de la delincuencia organizada transnacional es establecer la responsabilidad de las entidades jurídicas. La responsabilidad penal de una entidad jurídica puede también tener un efecto disuasivo, en parte porque el daño a la reputación puede ser muy oneroso y en parte porque puede catalizar el establecimiento de una gestión y unas estructuras de supervisión más eficaces para garantizar el cumplimiento" (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Disposiciones legislativas modelo sobre delincuencia organizada.* Naciones Unidas. Nueva York. 2014, pp. 55-56).

Por último, no son menos significativas las posiciones que justifican las falencias de la implementación de las estrategias y medidas internacionales en los desbordes negativos del ejercicio del poder político. Y, con mayor precisión, en el rebrote de la corrupción de sistema, así como en el proceder delictivo o calculado de las personas expuestas políticamente (PEP), que utilizan su posición e influencia para viabilizar operaciones de lavado de activos o para servirse inescrupulosamente de ellas. Es decir, la aplicación de una "doble moral" por parte de quienes poseen poder político o ejecutan actos de gobierno que aparentan una actitud favorable y de asimilación de los programas contra el lavado de activos, rechazando oficialmente su práctica, pero que, a la vez, de modo simultáneo o sucesivo, neutralizan sus posibilidades de eficacia o recurren a las operaciones de lavado de activos para blanquear su enriquecimiento ilícito. En este dominio un importante factor de ineficacia e impunidad se ha expresado a través de la interferencia que provocan, en la eficiencia del adelantamiento y desarrollo de los procesos penales, la concurrencia de prerrogativas forales o de juicios políticos paralelos que asisten a las PEP, cuando se trata de jefes o ministros de Estado o de otros funcionarios de alta jerarquía.

En paralelo a este último dominio etiológico, cabe colocar también a aquellos cuestionamientos que se formulan a la eficacia y oportunidad de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal. Especialmente, los que analizan procedimientos de asistencia mutua de segundo grado, como el levantamiento del secreto bancario, el decomiso y devolución de bienes de origen ilegal, el intercambio espontáneo de información o evidencias, así como la aplicación oportuna de la extradición de las personas imputadas.

Al respecto, se observa que los estándares internos exigidos en las relaciones interestatales sobre estas materias se muestran sumamente rígidos y formales, lo que afecta la utilidad y la confianza en tales prácticas de colaboración internacional contra la criminalidad, a la vez que promueve riesgos relevantes de impunidad. Como reconoce un documento oficial de las Naciones Unidas sobre la aplicación de estos procedimientos: "Mucho se ha dicho respecto de la necesidad de 'romper barreras' o iniciar una nueva era de cooperación y flexibilidad, pero quienes han participado en la esfera de la delincuencia transnacional y la cooperación internacional saben que del dicho al hecho hay un trecho. Los tratados crean obligaciones vinculantes entre los Estados Parte, pero la tramitación de una solicitud de extradición o de asistencia exige también el análisis y el examen de la legislación interna de los Estados requirente y requerido" (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Naciones Unidas. Viena. 2012, p. 12).

Todo ello demuestra que el ansiado espacio internacional contra el lavado de activos, que avizorara la Convención de Viena e impulsara la Convención de Palermo, tampoco ha logrado materializarse plenamente, pese a la existencia de un amplio repertorio de acuerdos multilaterales generados y de esfuerzos conjuntos al respecto. A este nivel, por ejemplo, se ha detectado una actitud de autolimitación normativa para la aplicación eficaz de los denominados procedimientos de **decomiso sin condena** o conocidos también como de **extinción de dominio**. Sobre todo, ha sido frecuente la confusión o colocación de las normas y competencias sobre la materia como un complemento residual de lo concerniente a los procesos penales incoados, restando de esta manera autonomía operativa a sus normas o sobrecargando las funciones de los órganos de investigación y persecución del delito (XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos. Reunión de los Subgrupos de Trabajo. *Informe final*. Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. 26-28 de mayo de 2016, p. 14 y ss.).

Por lo demás, las experiencias extraídas de casos emblemáticos recientes, como *Liberty Reserve*, *Panama Papers* o Lava Jato, otorgan relevante validación a las hipótesis expuestas, a la vez que indican con solvencia empírica hacia dónde debe encaminarse una nueva política criminal internacional contra el lavado de activos. En torno a esto último, cabe reconocer los constantes espacios y programas de evaluación multilateral e intercambio que se vienen promoviendo en el contexto global por la ONUDD, o a nivel hemisférico

por el Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos (Gelavex) de la OEA, así como por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). Este último vinculado con la aplicación regional de las cuarenta recomendaciones del GAFI. En esta misma línea evaluativa, se inscriben también los trabajos que realiza el Mecanismo de Evaluación y Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Mesicic) para el caso específico de prácticas de prevención y control del lavado de activos vinculado a actos de corrupción.

Ahora bien, excedería a los límites de estos comentarios hacer un recuento detallado de los distintos enfoques, instrumentos y alternativas que hoy en día se vienen construyendo, para reformular la política criminal internacional contra el lavado de activos.

Sin embargo, como hecho emblemático de lo que representa esta nueva etapa, cabría señalar que la internacionalización de la importancia de las políticas y acciones contra el lavado de activos se ha consolidado como una tarea prioritaria de la comunidad mundial, al extremo de que se ha instituido un **Día Mundial de Prevención del Lavado de Activos** y que se conmemora simbólicamente en varios países el 29 de octubre de octubre de cada año.

Por tanto, para desarrollar este apartado consideramos pertinente enumerar de modo esquemático cuáles son los principales ejes de política que orientan de modo prevalente todos estos procesos contemporáneos de retroalimentación de las estrategias existentes, así como de relanzamiento de lineamientos innovadores que posibiliten formalizar una renovada política criminal contra el lavado de activos.

Al respecto, podríamos señalar como criterio rector general, que orienta esa nueva política, la promoción de una mejor visualización de resultados y consecuencias del control sobre riesgos y amenazas de lavado de activos en contextos específicos de vulnerabilidad externa o interna (Cfr. XLII Grupo de Expertos para el control de Lavado de Activos. *Estudio sobre análisis de riego asociado al LD/FT que permita homologar conceptos en materia de riesgos según las recomendaciones del GAFI.* Organización de Estados Americanos. Punta Cana. 28-29 de setiembre de 2016, pp. 8-9).

Asimismo, opera también como un principio fundamental de carácter táctico u operativo, para este proceso, el lograr la interdicción real y la confiscación efectiva de los bienes de origen ilícito antes, incluso, que la identificación y sanción penal de los perpetradores de operaciones de lavado de activos.

Desde estos dos patrones de reformulación de objetivos y estrategias, los planteamientos sugeridos prioritariamente para construir la nueva política criminal contra el lavado de activos son, entre otros, los siguientes:

- **Armonizar los marcos legales y administrativos que faciliten el decomiso y aprovechamiento oportuno de los bienes contaminados, mezclados o fusionados:** En este dominio, lo esencial gira en la determinación del uso y usufructo inmediato de tales bienes, incluyendo los procesos de decomiso de empresas y personas jurídicas de capacidad productiva. A este nivel se requiere promover una asimilación diferenciada de los modelos de **"decomiso sin condena"** alejándola de una bilateralidad penal. También se demanda impulsar la preparación especializada de los funcionarios administradores de bienes incautados o decomisados. En este contexto, son útiles los ejemplos obtenidos en Latinoamérica a partir de la experiencia en capacitación obtenida en México con los módulos de instrucción aplicados por el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (SAE).
- **Potenciar el control preventivo y penal de las personas jurídicas:** Para ello, una estrategia esencial sería la generalización de los procedimientos y prácticas de análisis de riesgos que se formalizan en los denominados programas de cumplimiento. Cabe destacar que los hoy consolidados *criminal compliance* tuvieron su origen en las políticas preventivas del lavado de activos.
- **Legitimación formal de los procedimientos especiales de investigación que se apliquen mediante "técnicas de señuelo":** Ello guarda relación con la regulación legal del uso de prácticas encubiertas de infiltración informática o de constitución de bancos o empresas financieras ficticias para la captación de transacciones ilegales o sospechosas.
- **La introducción de fórmulas de equilibrio legal para el tratamiento oportuno y eficiente, tanto a nivel internacional como nacional. de la participación criminal de las PEP:** En este dominio se plantea, por ejemplo, la suspensión de fueros y procedimientos de privilegio para los altos funcionarios que incurran en actos de lavado de activos o de corrupción.
- **El fortalecimiento de los procesos de evaluación multilateral de la eficacia cuantitativa de la aplicación de los programas nacionales de prevención, detección y represión de lavado de activos:** Se debe impulsar una agilización en la continuidad de estos procedimientos, así como focalizar o especializar sus indicadores y reglas de contraste. A este nivel,

son importantes los actuales ensayos que vienen estudiando y produciendo los grupos de expertos para introducir mejoras en el Mecanismo de Evaluación Multilateral (MEM) de la OEA, así como en las rondas multilaterales que se aplican entre los países que se han adherido a las cuarenta recomendaciones del GAFI.

La notoria amplitud de todos estos ejes de reestructuración de la política criminal contra el lavado de activos para la década siguiente los constituyen, en conjunto, en un coherente **programa mínimo de objetivos y estrategias.** Por tanto, en la plataforma básica para la renovación del planteamiento estratégico que le corresponde realizar en el corto plazo a los Estados, sobre todo a aquellos que forman parte de economías emergentes, pero también de los que integran bloques eficientes de evaluación y promoción internacional de políticas sociales o de seguridad global, como las que comparten los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Serán, pues, los próximos cinco años los que den a conocer a la comunidad mundial los primeros resultados de este importante proceso de reformulación de la política criminal internacional, regional y nacional, para la prevención, control y sanción del lavado de activos.

III. SITUACIÓN ACTUAL Y FUTURO DE LA POLÍTICA CRIMINAL PERUANA

¿Qué viene ocurriendo en un país de características emergentes como el Perú?

En una publicación precedente, nos hemos referido al impacto y efectos colaterales que tiene el lavado de activos en un país con las características socioeconómicas del nuestro ("Criminalidad organizada y lavado de activos en economías emergentes: el caso peruano". En: *Ius puniendi.* Año I. Vol. 1. Primer trimestre 2015, p. 3 y ss.). De esta manera hemos querido introducir una línea de investigación diferente sobre la realidad actual de dicho problema criminal y de las políticas públicas diseñadas e implementadas para su prevención y control. Lamentablemente esta modalidad de análisis no ha sido seguida por los especialistas nacionales, que se mantienen concentrados en una revisión preferentemente dogmática sobre la legislación afín a su regulación penal o de prevención administrativa (Cfr. Fidel Mendoza Llamacponcca. "Tratamiento del objeto material y del delito previo en el lavado de activos". En: Laura Zúñiga Rodríguez. Directora. *Ley contra el crimen organizado (Ley 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal.* Instituto Pacífico. Lima.

2016, p. 491 y ss.; Luis Lamas Puccio. *Lavado de activos y operaciones financieras sospechosas*. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 127 y ss.)

Lo que haremos a continuación es describir un panorama, más o menos integral, que permita visualizar e identificar el modelo de política criminal que sigue actualmente el Estado peruano para hacer frente al suceso criminal que es objeto de análisis. Sobre todo en una coyuntura donde su presencia activa resulta ser cada vez más frecuente y sensible a la comunidad nacional.

Al respecto, comenzaremos señalando que el alineamiento de la política criminal nacional a los estándares internacionales ha sido una constante desde la adhesión formal a los principales convenios y programas de la especialidad. Asimismo, que la participación del Perú en los foros y organismos especializados ha sido también de adhesión y participación activa y permanente desde finales del siglo pasado (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana". En: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú*. 4ª edición. Washington D. C. Lima. 2014, p. 229 y ss.).

Esta primera característica que hace de la política criminal nacional contra el lavado de activos una receptiva caja de resonancia de los referentes globales o regionales se ha visto potenciada y priorizada por otros objetivos políticos estratégicos para el futuro del país, como es la integración plena de la economía peruana en la OCDE.

Sin embargo, la formulación y aplicación de una política integral peruana contra el lavado de activos es reciente y se encuentra aún en un proceso de afinamiento y retroalimentación.

En efecto, el primer Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo fue elaborado con apoyo técnico del Fondo Monetario Internacional y aprobado a mediados de 2011 y, pese a haber cumplido ya su periodo quinquenal de aplicación, sus avances fueron muy limitados y dispersos (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo*. Lima. Mayo de 2011, p. 15 y ss.). En el presente, el Perú cuenta con un nuevo plan y una nueva política nacional contra el lavado de activos. Esta última fue aprobada por el **Decreto Supremo N° 018-2017-JUS**.

A nivel orgánico, también la existencia y operatividad de un órgano rector, como la Comisión Ejecutiva Multisectorial de Lucha contra el lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (Contralaft), se encuentra aún en una etapa de consolidación. En los tres últimos años, los principales esfuerzos

de este organismo se concentraron, sobre todo, en preparar al sistema antilavado nacional para la evaluación multilateral que practicó el Gafilat en 2018. Asimismo, a levantar observaciones formuladas en evaluaciones precedentes. Cabe mencionar que, en torno a esta última línea de acción, se han logrado obtener resultados positivos. Primero, en el marco del XXXIII Pleno de Representantes de Gafilat, realizado en Buenos Aires, Argentina, entre los días 4 y 5 de agosto de 2016, que abordó la salida de Perú y Chile del proceso de seguimiento de la tercera ronda de evaluaciones mutuas. Y, luego, en diciembre de 2018, al darse a conocer el informe de la evaluación multilateral practicada al Perú por el Gafilat ese año.

Sin embargo, es evidente que todavía la existencia funcional del Contralaft no se ha posicionado en un espacio expectante de la prioridad estatal o en el ámbito psicosocial de la conciencia ciudadana.

En dicho contexto, pues, resulta oportuno evocar cuáles fueron los objetivos y estrategias principales del primer Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. Al respecto, entre los objetivos propuestos destacaban los siguientes:

- Fortalecimiento del sistema antilavado.
- Protección de la Integridad del Sistema Económico Financiero.
- Reducción del poderío económico del crimen organizado.
- Contribución a la lucha contra la corrupción.

Y en cuanto a las estrategias de implementación planteadas cabe mencionar a las siguientes:

Estrategias de prevención:

- Reforzar el marco legal y regulatorio en materia de prevención de LA/FT.
- Reforzar la supervisión en materia de ALA/CFT.
- Fortalecer el cumplimiento de obligaciones en materia ALA/CFT.

Estrategias para la detección:

- Fortalecer la capacidad de acceso de información de las entidades encargadas de la detección e inteligencia financiera.
- Fortalecer la capacidad analítica de las entidades involucradas en la detección e inteligencia financiera.

- Fortalecer la detección ALA-CFT en puntos de control aduanero y zonas de frontera.

Estrategias para la represión penal:

- Garantizar plazos adecuados para las investigaciones por lavado de activos.
- Intensificar la coordinación interinstitucional en el marco de la investigación penal.
- Fortalecer las capacidades institucionales de los órganos especializados en la investigación y juzgamiento.
- Fortalecer la cooperación judicial internacional en materia de lavado de activos.
- Fortalecer la capacidad del Estado de despojar a los criminales y terroristas de sus activos.

Para aplicar estas estrategias se fueron estructurando planes operativos sectoriales que deberían especificar las medidas y acciones que correspondería ejecutar a los diferentes niveles y órganos de la Administración Pública con competencias para la prevención y control del lavado de activos. El nuevo plan nacional de la materia ha reiterado en gran medida esos mismos lineamientos de acción.

Ahora bien, en lo específico de la legislación antilavado, la producción normativa ha seguido también los modelos básicos generados en el Derecho internacional sobre la materia, así como las sugerencias y recomendaciones que han surgido de los procesos de evaluación multilateral a los que se ha sometido el Perú. Los cuales tienen en la región una condición vinculante y de adhesión plena, como destaca WINTER ETCHEBERRY, e integran también el denominado **Derecho Penal transnacional** (Cfr. Jaime Winter Etcheberry. "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo". En: Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino. Coordinadores. *Lavado de activos* y Compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado.* Jurista Editores. Lima. 2015, p. 120 y ss.).

Como resultado de todo ello, el Derecho nacional cuenta en la actualidad con un complejo sistema de normas de naturaleza orgánica, penal, administrativa y derivada (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos.* Idemsa. Lima. 2013, p. 431 y ss.). Entre estas disposiciones legales, cabe destacar como las más representativas a las siguientes:

- El **Decreto Legislativo N° 1106**, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, que tipifica y sanciona penalmente el lavado de activos.
- La **Ley N° 27693**, modificada por el Decreto Legislativo N° 1249, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú).
- La **Ley N° 29038**, modificada por el Decreto Legislativo N° 1249, que incorpora la UIF-Perú a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- La **Ley N° 28306**, modificada por el Decreto Legislativo N° 1249, cuya sexta disposición complementaria transitoria y final regula el régimen de declaración del ingreso o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador.
- La **Ley N° 30077**, contra el crimen organizado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1244, que incluye al lavado de activos en la aplicación de sus normas especiales.
- La **Ley N° 30424**, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delito de lavado de activos.
- El **Decreto Legislativo N° 1104**, concerniente a la aplicación del proceso especial de pérdida de dominio para el delito de lavado de activos.
- La **Resolución SBS N° 4939-2016**, que aprueba normas, funciones y cargos ocupados por personas expuestas políticamente (PEP) en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.
- La **Resolución SBS N° 2660-2015,** que aprueba el Reglamento de gestión de riesgos de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

Por consiguiente, cabe reconocer que avanzada ya la segunda década del tercer milenio, el Perú cuenta con un sistema organizacional y normativo antilavado. Integrado y compatible con los principios y estrategias que rigen la política criminal internacional contra el lavado de activos. En tal sentido, es correcta la conclusión formulada por GARCÍA CAVERO al sostener que "se puede colegir de todo lo dicho que la política criminal nacional referida a la lucha contra el lavado de activos ha pasado de un proceder intuitivo a una actuación planificada de manera general con base en un diagnóstico

y el establecimiento de objetivos concretos" (Percy García Cavero. "El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada". En: Laura Zúñiga Rodríguez. Directora. *Ley contra el crimen organizado*. Ob. cit., p. 412).

Ahora bien, para identificar la presencia e intensidad de los problemas y desafíos disfuncionales de la política criminal internacional contra el lavado de activos en el caso peruano, consideramos pertinente referirnos a los siguientes aspectos:

- La autonomía penal del delito.
- El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas en el delito.
- Reglas preventivas que operan sobre las PEP.
- El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria.
- La autonomía penal del delito.

Un problema histórico que ha afectado la eficacia de las acciones penales contra el lavado de activos en varios países de la región ha sido el querer vincularlo a la conexión o dependencia necesaria de un delito precedente. El Perú no ha sido ajeno a este problema hermenéutico y práctico. Sin embargo, la autonomía penal del delito de lavado de activos se encuentra formalmente reconocida desde la vigencia de la Ley N° 27765. Además, en el ámbito jurisprudencial, tal condición típica y procesal del mencionado ilícito ha sido también asimilada desde la emisión de una ejecutoria suprema del 26 de mayo de 2004, en el Recurso de Nulidad N° 2202-2003. Esta posición de la judicatura peruana ha sido luego ratificada por otras decisiones del Tribunal Supremo, como los Acuerdos Plenarios N°s 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011. Y, más recientemente, por la ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 2016 en el Recurso de Nulidad N° 2868-2014.

Sin embargo, pese a esa posición normativa y jurisdiccional, recientes reformas introducidas en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, por el Decreto Legislativo N° 1249, han procurado dar mayor precisión y omnicomprensión a la autonomía del delito de lavado de activos al señalar lo siguiente: "El lavado de activos **es un delito autónomo** por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido

previamente objeto de prueba o condena". Cabe señalar que aún después de esta reforma subsisten posiciones dogmáticas que rechazan la independencia plena de la criminalización primaria o secundaria del lavado de activos (Cfr. Gaceta Jurídica: "La reciente modificación del delito de lavado de activos". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 90. Lima. Diciembre de 2016, p. 11 y ss.).

1. El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas

Tal vez el más importante cambio que ha aportado la política criminal internacional contra el lavado de activos ha sido demostrar lo funcional que resulta la persona jurídica a la realización de delitos que, como el blanqueo de capitales, constituyen un sólido soporte de la criminalidad organizada. Al respecto, la recomendación 24 del GAFI destaca ello del modo siguiente:

> "Los países deben tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que estas no sean utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22".

La Convención de Palermo en su artículo 10 también se había referido expresamente a la necesidad de prevenir y controlar la potencialidad delictiva que para la criminalidad organizada puede aportar la persona jurídica:

1. Cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Pero, además, las acciones supranacionales y las experiencias internas antilavado han promovido la construcción de una estrategia *ad hoc* para la prevención de la condición criminógena que aporta la persona jurídica a la práctica de operaciones de conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento y tenencia de bienes de origen ilegal. Se trata, en concreto, de los denominados **programas de cumplimiento**, que hoy han trascendido a otras áreas operativas que componen lo que se ha designado como "Derecho Penal preventivo" o los *criminal compliance* (Cfr. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín. *Responsabilidad de la empresa* y compliance. *Programas de prevención, detección y reacción penal.* Edisoder S.L. Madrid. 2014).

Sobre esta importante herramienta de prevención de la criminalidad de las personas jurídicas, especialmente, de aquellas asociadas al lavado de activos y la corrupción de sistema, la adopción de decisiones normativas en la política criminal peruana es muy reciente.

En efecto, fue mediante la promulgación de la Ley N° 30424, hacia finales de 2015, que la política criminal peruana comienza a aproximarse a la regulación de estas importantes medidas. Sin embargo, esta decisión eludió dos problemas esenciales. En primer lugar, no criminalizó a la persona jurídica delincuente, limitándose a normar de modo incoherente una controvertida responsabilidad autónoma pero "administrativa". Y, en segundo lugar, redujo inconvenientemente el impacto de esta nueva legislación, que por vez primera incorporaba la aplicación de reglas y programas de cumplimiento al delito de cohecho activo transnacional. De esta manera se hizo evidente que la verdadera finalidad de la citada Ley fue allanar la ruta de acceso de la economía peruana al selecto espacio internacional de la OCDE (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa. Lima. 2016, p. 298 y ss.).

Y recién a inicios de 2017, con el Decreto Legislativo N° 1352, se modificó la Ley N° 30424 para incorporar en sus alcances al delito de lavado de activos. Esta reforma legislativa también derogó el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1106 que consideraba la aplicación de consecuencias accesorias como sanciones penales especiales aplicables a las personas jurídicas que participaban desde su organización, operatividad, servicios o fuentes de financiamiento en la colocación, intercalación o integración de activos de origen ilegal.

Si bien todos estos cambios producidos en la política criminal peruana han impactado de modo relevante en el espacio propio de la medidas antilavado,

no cabe duda de que aquel concerniente a la autonomía de la responsabilidad imputable a las personas jurídicas involucradas en tales ilícitos se ve desgastado y pierde trascendencia preventiva con la reducción de sus efectos a consecuencias jurídicas meramente administrativas. Lo cual, además, desmerece la utilidad funcional de otras disposiciones concebidas para una responsabilidad de carácter penal, por ejemplo, de aquellas que en la Ley N° 30424 reformada se refieren a circunstancias agravantes o atenuantes, así como de las que rigen la eficacia eximente del uso atinado de sistemas de *compliance*.

Pero, además, esta falta de aprovechamiento de la autonomía de la responsabilidad concedida las personas jurídicas que incurren en prácticas de lavado de activos produce mayor desconcierto cuando se verifica que las medidas administrativas de sanción reguladas por la Ley N° 30424 son en esencia las mismas consecuencias accesorias que con un claro sentido penal define el artículo 105 del Código Penal. E, igualmente, cuando se dispone que tales sanciones administrativas serán aplicadas en un procedimiento que se rige por normas de emplazamiento y procedimiento que regulan los artículos 90 a 93 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, este notorio fraude de etiquetas desde una óptica político-criminal puede producir negativos **efectos de sustitución** en un contexto de ascenso del lavado de activos en el Perú. Efectivamente, puede constituirse en un calculado incentivo para la incursión en la criminalidad organizada de personas jurídicas, especialmente de aquellas que interactúan con actividades y mercados informales.

En los cuadros que se insertan a continuación se aprecian algunas características de la presencia de la persona jurídica en investigaciones incoadas por el Ministerio Público por delitos de lavado de activos entre enero de 2013 a marzo de 2016.

PERSONAS JURÍDICAS IMPLICADAS EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Año	N° de personas jurídicas peruanas	N° de personas jurídicas extranjeras	N° de personas jurídicas en total
2013	87	14	101
2014	129	27	156
2015	316	47	363
2016	482	51	533

Fuente: Fiscalía de la Nación.

PRINCIPALES TÉCNICAS ESPECIALES Y MEDIDAS LIMITATIVAS APLICADAS A PERSONAS JURÍDICAS

(ENERO DE 2013 A MARZO DE 2016)

TÉCNICA ESPECIAL O MEDIDA LIMITATIVA	2013	2014	2015	2016
Agente encubierto	4	7	12	19
Remesa controlada	13	17	25	31
Levantamiento de secreto bancario	147	158	167	259
Levantamiento de reserva tributaria	85	97	113	158
Levantamiento de reserva bursátil	52	68	71	89
Allanamiento	115	189	274	584
Incautación	258	269	387	689
Pericias contables	189	253	574	870
Pericias grafotécnicas	12	23	31	37

Fuente: Fiscalía de la Nación.

2. Reglas preventivas que operan sobre las PEP

La experiencia del caso Montesinos mostró tres deficiencias de la política criminal de aquel entonces, que favorecieron de modo significativo la corrupción de las PEP y de los procedimientos que aquellas usaron para encubrir sus ganancias ilegales. La primera fue la falta de normas penales sobre lavado de activos para delitos diferentes al tráfico ilícito de drogas. La segunda fue la ausencia de una unidad de inteligencia financiera que pudiera recepcionar y verificar las operaciones y transacciones sospechosas que se dieron en aquella época a través del sistema de intermediación financiera. Finalmente, la no inclusión de reglas especiales para el control sobre los movimientos económicos, comerciales y financieros que ejecutaron las personas expuestas políticamente cercanas al régimen de Fujimori (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "Independencia funcional, corrupción y personas expuestas políticamente: nuevas opciones preventivas". En: Roxana Jiménez Vargas-Machuca. Coordinadora. *Independencia judicial. Visión y perspectivas*. Jusdem. Lima. 2007, p. 215 y ss.).

Como señalan los expertos, "las PEP no son lavadores de dinero ni malversadores de fondos simplemente por su condición de tales. Los puestos que

ocupan, sin embargo, crean una mayor oportunidad para el abuso de poder e influencia. Por ello, se debe idear y consolidar los medios para identificar y controlar los riesgos asociados a las PEP'" (Financial Crimes Enforcement Network). Por esa calidad especial es que las PEP son consideradas por los instrumentos y organismos internacionales especializados como agentes de alto riesgo en relación a potenciales actos de involucramiento en prácticas de corrupción y lavado de activos. Y, en coherencia con ese perfil criminológico, actualmente se exige configurar sistemas y procedimientos reforzados de prevención, control y sanción penal que respondan al nivel de poder y a las áreas de influencia que las PEP pueden instrumentalizar para sus fines delictivos.

Ahora bien, la experiencia internacional y la evolución de las políticas y prácticas internacionales para prevención y control del involucramiento de las PEP en actividades criminales y lavado de activos ha recomendado abarcar tres tipologías de PEP.

Primero, la que integran las propias personas que ocupan puestos de alto nivel en el sector público y a las que denominan **PEP en sentido estricto.**

En segundo lugar, la que incluye a los familiares y profesionales cercanos de los antes mencionados y a los que se designan como **PEP por extensión**.

Y, en tercer lugar, la que corresponde a aquellas personas que poseen autoridad propia pero subordinada a las PEP de sentido estricto, por lo que pueden ejecutar designios o actos con la representación autorizada o en nombre de aquellas. A esta tipología se le conoce como la de las **PEP por representación**.

Las medidas de control de la criminalidad de las PEP deben, pues, involucrar con igual alcance e intensidad a todas las tipologías mencionadas.

Cabe señalar que en la coyuntura presente, este escenario resulta muy trascendente para el futuro inmediato de la política criminal peruana. Lamentablemente en este dominio se ha avanzado muy poco. Es así que en el ámbito de lo penal históricamente solo se ha incluido una circunstancia agravante específica para los funcionarios de cualquier nivel que incurran en actos de lavado de activos (inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1106).

En lo que corresponde al control reforzado sobre las PEP nacionales, el marco normativo correspondiente se ha ido construyendo en los últimos cinco años. Y en su estructura y contenidos también se advierte la notable influencia de los estándares internacionales sobre la materia. Al respecto, es oportuno recordar lo dispuesto por la recomendación 12 del GAFI:

"Debe exigirse a las instituciones financieras, con respecto a las personas expuestas políticamente (PEP) extranjeras (ya sea un cliente o beneficiario final), además de ejecutar medidas normales de debida diligencia del cliente, que:

(a) Cuenten con sistemas apropiados de gestión de riesgo para determinar si el cliente o el beneficiario final es una persona expuesta políticamente;

(c) Obtenga la aprobación de la alta gerencia para establecer (o continuar, en el caso de los clientes existentes) dichas relaciones comerciales;

(d) Tomen medidas razonables para establecer la fuente de riqueza y la fuente de los fondos;

(e) Lleven a cabo un monitoreo continuo intensificado de la relación comercial. Debe exigirse a las instituciones financieras que tomen medidas razonables para determinar si un cliente o beneficiario final es una PEP local o una persona que tiene o a quien se le ha confiado una función prominente en una organización internacional. En los casos de una relación comercial de mayor riesgo con dichas personas, debe exigirse a las instituciones financieras que apliquen las medidas a las que se hace referencia en los párrafos (b), (c) y (d). Los requisitos para todos los tipos de PEP deben aplicarse también a los miembros de la familia o asociados cercanos de dichas PEP".

Asimismo, lo señalado en el artículo 52 de la Convención de Mérida:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores (...)".

En ese contexto, pues, se ha procurado configurar un modelo más estricto de control sobre el proceder económico financiero de las distintas categorías

de PEP. Al respecto, es de destacar el liderazgo asumido por la UIF-Perú formalizándose en sucesivas directivas especiales emitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Las últimas de estas disposiciones normativas se encuentran contenidas en la **Resolución SBS N° 4939-2016** del 11 de agosto de 2016 y su **Anexo** publicado el 19 de agosto de 2016.

En esos dos instrumentos se utiliza una definición convencional de PEP y, además, se incluye un detallado listado enunciativo que registra a las PEP, nacionales o extranjeras, en sentido estricto y por representación. Sin embargo, se excluye de dicha relación nominal a las denominadas PEP por extensión, lo cual consideramos una errada decisión, sobre todo a la luz de las experiencias recientes que en torno a este tipo de PEP vienen detectándose en la región. No obstante, en el artículo 3 de la Resolución SBS N° 4939-2016 se incluye una autorización implícita para que los sujetos obligados a aplicar las listas nominales, normas y procedimientos de control reforzado "puedan considerar a otras personas naturales que, sin estar incluidas en la referida lista, coincidan con la definición de PEP".

Los cuadros siguientes muestran la presencia y tipologías de las PEP sometidas a investigación por el Ministerio Público entre enero de 2013 a marzo de 2016.

PERSONAS EXPUESTAS POLÍTICAMENTE CON INVESTIGACIÓN FISCAL POR LAVADO DE ACTIVOS

(ENERO DE 2013 A MARZO DE 2016)

AÑO	N° DE PEP AUTORIDADES NACIONALES	N° DE PEP AUTORIDADES REGIONALES	N° DE PEP TOTAL
2013	24	9	33
2014	35	27	62
2015	49	36	85
2016	83	69	152

Fuente: Fiscalía de la Nación.

PERSONAS EXPUESTAS POLÍTICAMENTE CON INVESTIGACIÓN FISCAL POR DELITO PRECEDENTE

(ENERO DE 2013 A MARZO DE 2016)

DELITO PRECEDENTE	2013	2014	2015	2016
Tráfico ilícito de drogas	36	41	53	23
Peculado	45	52	67	74
Colusión	39	44	58	80
Negociación incompatible	5	12	17	19
Cohecho	37	52	61	71
Trata de personas y proxenetismo	6	11	14	17

Fuente: Fiscalía de la Nación.

3. El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria

Aquí está el talón de Aquiles de la política criminal nacional contra el lavado de activos. Efectivamente, las estadísticas oficiales muestran un desempeño muy discreto y bajo en resultados de las agencias estatales vinculadas con la prevención, investigación, juzgamiento y sanción de delitos de lavado de activos.

Por ejemplo, la UIF-Perú ha registrado un incremento constante del número de reportes de operaciones sospechosas a lo largo de algo más de diez años. Es así que entre enero de 2007 y mayo de 2017 el total acumulado de reportes formulados asciende a 45 191 casos. Sin embargo, en ese mismo periodo el número de informes de inteligencia emitidos llegó únicamente a 872. Esto es, alrededor de 87.2 informes por año y 7.2 informes por mes.

Asimismo, se destaca en esta fuente la presencia prevalente en estos informes de operaciones de lavado de activos vinculados a delitos de tráfico ilícito de drogas (284 casos), de corrupción administrativa (152 casos) y de minería ilegal (42 casos). Igualmente, la UIF-Perú ha destacado que en el último año se ha incrementado el volumen de dinero implicado en operaciones de lavado de activos que está conectado con prácticas de corrupción (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Información estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: enero de 2007 a mayo de 2017.* Lima. 2017, p. 4 y ss.).

En lo que concierne a datos judiciales sobre sentencias condenatorias por delitos de lavado de activos, la información obtenida en un estudio publicado en marzo de 2017, por el Observatorio Nacional de Política Criminal, se ha verificado un registro bastante difuso, limitado y poco contrastable de la frecuencia de los casos judicializados. Sin embargo, los hallazgos cuantitativos recopilados demuestran que el número de sentencias pronunciadas y de condenas firmes es todavía muy exiguo (Indaga-Observatorio Nacional de Política Criminal. "Lavado de activos en el Perú. Análisis de resoluciones judiciales 2013-2016". En: *Documento de Trabajo* N° 2-2017. Lima. 2017, p. 6 y ss.). Lo cual ratifica la tendencia que ya habíamos identificado en estudios anteriores ("Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú. El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada". En: Laura Zúñiga Rodríguez. Directora. *Ley contra el crimen organizado*. Ob. cit., p. 381 y ss.).

Ahora bien, la citada investigación del Observatorio Nacional de Política Criminal solo pudo registrar, para el cuatrienio 2013-2016, un universo muestral de 29 decisiones judiciales emitidas, las que involucraron a un total de 70 personas. El cuadro analítico determinó que del total de procesados, 38 (54 %) fueron condenados, 20 (29 %) fueron absueltos, a 11 (16 %) se les anuló el juzgamiento y solo a 1 (1 %) se le reservó el proceso. Asimismo que, de un total de 46 personas implicadas en actos de lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas, solo 19 merecieron una sentencia condenatoria. Un dato significativo fue que, de aquellos 46 encausados, a 34 se les sindicó como integrantes de una organización criminal.

Finalmente, en una reciente investigación realizada sobre la población carcelaria nacional se pone de relieve que los internos por lavado de activos no están ubicados entre los cinco delitos con mayor número de personas recluidas en los centros penales del país (Cfr. Indaga-Observatorio Nacional de Política Criminal. *Crímenes patrimoniales, tráfico ilícito de drogas y agresiones sexuales. Un análisis desde el sistema penitenciario*. Consejo Nacional de Política Criminal. Lima. 2017, p. 55 y ss.).

Una Comisión Especial del Congreso de la República también ha destacado estas disfunciones cuantitativas, atribuyéndolas cualitativamente a un magro desempeño operativo de las agencias competentes para la prevención y el control del lavado de activos y la corrupción. En tal sentido, en su informe final señaló que: "se advierte en el Perú la dilatación de procesos de investigación, su archivamiento, la pérdida de expedientes, fallos jurisdiccionales cuestionables que hacen necesaria la urgencia de una política criminal adecuada

que tenga claridad de las prioridades de las conductas delictivas a enfrentar en el narcotráfico, el lavado de activos y la corrupción.

Esta Comisión ha evidenciado la profunda debilidad, crisis y/o desborde de todas instituciones; mecanismos, procesos y sistemas legales de control, prevención, detección, investigación y sanción de los delitos asociados al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos en el Poder Judicial" (*Narcotráfico y política*. Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de Investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales. Conclusiones 12 y 19. Congreso de la República. Centro de Investigación de Drogas y Derechos Humanos. Lima. Marzo de 2016, pp. 227-228).

De momento no se ha indagado empíricamente sobre la etiología de este reducido grado de eficacia en la represión real del lavado de activos. Al parecer, la línea de explicación más consistente se relaciona con la limitada capacidad técnica y operativa con que cuentan las agencias estatales competentes. De allí que una política común que se detecta en la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en torno a esta notoria disfunción, se vincula a la aplicación discontinua de programas de capacitación operativa. Asimismo, con la búsqueda y adquisición de tecnología avanzada que permita un apoyo adecuado al seguimiento estratégico y conectado de las **rutas de los activos ilegales**.

Se puede concluir, por tanto, señalando que no ha sido entonces suficiente contar con unidades especializadas, sino que es menester que ellas estén compuestas por operadores realmente especializados, a la vez que dotarlas de la tecnología criminalística requerida para interdictar, eficazmente, las tipologías virtuales, dinámicas y sofisticadas que caracterizan actualmente a las operaciones de legalización de bienes de origen criminal.

IV. EL FUTURO INMEDIATO

Ahora bien, atendiendo a lo antes expuesto, el **reto de la eficiencia** tiene que ser la prioridad principal en la reformulación estratégica y sectorial de toda nueva política nacional contra el lavado de activos. Si no se desarrolla en torno a ese objetivo una verdadera voluntad estatal de acompañamiento constante, el futuro inmediato se irá configurando como un extendido espacio de mayores oportunidades y opciones para el lavado de activos y la criminalidad organizada. Y, a pocos años de su bicentenario, esa es una grave amenaza que el Perú emergente, informal e inseguro del presente, debe, cuanto menos, intentar controlar a tiempo con un retroalimentado Plan Nacional de Lucha

contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. De allí, pues, que para iniciar esa prioritaria tarea política, consideramos útiles implementar, en el corto plazo, las siguientes medidas:

- Desarrollar proyectos de investigación sobre la presencia y tipologías del lavado de activos que operan en la actividad económica informal del país.
- Reformular el marco legal que regula la aplicación del procedimiento de pérdida de dominio y del Conabi para hacerlos más flexibles para el decomiso sin condena y captación aplicada de los activos componentes de riqueza emergente e injustificada.
- Establecer la penalidad propia y autónoma de las personas jurídicas que resulten involucradas en prácticas y operaciones de colocación, intercalación o integración de activos de origen ilegal.
- Fortalecer las capacidades o facultades, legales y operativas, de las agencias competentes para la investigación y el juzgamiento de las PEP que estén implicadas en delitos de lavado de activos y corrupción.
- Reformar el régimen constitucional de prerrogativas procesales de los altos dignatarios del Estado que sean objeto de imputaciones razonables de haber incurrido, directa o indirectamente, en actos de corrupción o lavado do activos.
- Organizar una unidad especializada para la detección, investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos realizados a través de modalidades de cibercriminalidad.

Lavado de activos en países emergentes[14]

I. PREVENCIÓN Y CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS EN EL SIGLO XXI

DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS precisan que "el blanqueo de capitales es un proceso o conjunto de actividades destinadas a introducir los bienes de origen delictivo en la economía legal dotándolos de la apariencia de haber sido adquiridos por medios lícitos o legales" (Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada.* Ariel. Barcelona. 2010, p. 291). Y esa progresividad del proceso del lavado de activos también ha sido calificada por los expertos como una de sus principales características. Así, por ejemplo, RODRIGUEZ HUERTAS sostiene que "un aspecto que distingue al lavado de activos, de otros ilícitos penales, lo constituye el hecho de que el mismo no se consume en un instante, sino que se efectúa por etapas" (AA. VV. *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos.* Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005, p. 11).

En torno al origen de la criminalización internacional del lavado de activos, ALTVATER y MAHNKOPF lo conectan con un contexto de reformulación de las políticas y estrategias de prevención y control del tráfico ilícito de drogas, el cual tuvo lugar en las últimas décadas del siglo pasado. En efecto, "a fines de los años ochenta los crímenes relacionados con la droga estaban en constante aumento y fue la lucha contra esta criminalidad lo que

(14) Publicado originalmente en: AA. VV. *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial.* 5ª edición. OEA, Washington D. C., 2018, pp. 209-235.

llevó a prestar atención en primer lugar al lavado de ingresos provenientes de la droga" (Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*. Paidós. Buenos Aires. 2008, p. 205).

Todas estas referencias económicas, jurídicas o históricas sobre el lavado de activos han sido confirmadas empíricamente por sucesivos estudios criminológicos o criminalísticos sobre su etiología y operatividad. Los cuales coinciden en describir al lavado de activos como un proceso continuo y dinámico de legitimación de ganancias de origen criminal y que se desarrolla a través de etapas secuenciales. Pero, además, estas investigaciones han demostrado que las fases que integran el proceso de lavado de activos son sumamente flexibles, permeables y adaptables a las condiciones imperantes en la coyuntura del entorno social donde se desarrollan (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*. Idemsa. Lima. 1994, p. 19). En tal sentido, como apunta CALLEGARI, el lavado de activos siempre "debe ser visto como un proceso y no el resultado de un proceso" (André Luís Callegari. *Lavado de activos*. Ara Editores. Lima. 2009, p. 27).

Estos aspectos centrales y complementarios del lavado de activos han sido destacados desde los momentos iniciales de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Sobre todo, porque este instrumento multilateral surgió del meditado consenso que sobrevino a una severa crisis de cuestionamientos a la utilidad real de la política internacional antidrogas y que se extendió desde finales de 1984 hasta diciembre de 1988 (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. "El lavado de dinero como delito internacional". En: *Revista de la Academia Diplomática del Perú* N° 47. Enero-marzo de 1997, p. 129 y ss.).

Efectivamente, uno de los ejes principales del citado acuerdo internacional fue delinear estrategias novedosas e idóneas para impactar significativamente en la estructura productiva y de financiamiento de las organizaciones criminales dedicadas al comercio ilegal de sustancias adictivas. Especialmente en los procesos de acumulación, aseguramiento y distribución de sus ganancias ilícitas.

Entre las estrategias sugeridas obtuvo rápida aceptación aquella consistente en la interdicción y represión penal de todas las operaciones o transacciones económicas, comerciales o financieras, que tuvieran por finalidad proveer de una apariencia de legitimidad a los ingresos ilícitos provenientes del

tráfico ilícito de drogas. Y la implementación de esta inédita alternativa requería impulsar la criminalización de los diferentes actos y etapas que constituían la materialización del lavado de activos. Esto es, el objetivo político predominante en aquella época fue la incorporación en el Derecho interno de los Estados de un delito autónomo de lavado de activos con una tipificación y penalidad específicas.

Pero, además, la trascendencia de la Convención de Viena se proyectó en la definición de otras políticas internacionales y nacionales contra la colocación, intercalación e integración de activos de origen ilegal. Al respecto, un documento de evaluación del impacto de las nuevas estrategias globales para el tratamiento del problema de la droga en los Estados Unidos sostuvo lo siguiente: "La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, fue un paso importante para lograr el apoyo de la comunidad global en una iniciativa multilateral contra el tráfico de droga. La Convención exigió que los gobiernos signatarios declararan delito penal el lavado de dinero relacionado con drogas; también requirió reafirmar su autoridad legal para confiscar las ganancias obtenidas por delitos penales; y suprimir el secreto bancario como motivo para negarse a actuar contra el lavado de dinero" (Cfr. Council on Foreign Relations, Inc. *Reflexiones sobre el control internacional de drogas. Nuevas directivas para la política norteamericana.* Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 1997, p. 49).

Con posterioridad a la Convención de Viena, los Estados empiezan a impulsar novedosos sistemas normativos destinados a cubrir la regulación de todos esos aspectos. Es así que rápidamente se configuran, en torno al tratamiento jurídico de las operaciones de lavado de activos, dos modelos de regulación diferentes pero conexos entre sí. Uno de naturaleza administrativa que fue orientado a promover la prevención de tales conductas ilícitas. Y el otro, de índole estrictamente penal, dirigido a modelar la tipificación y sanción punitiva de dichos actos. Fue en este contexto preliminar que se llevó a cabo en Nueva York, entre el 8 y el 10 de junio de 1998, la Primera Sesión Especial de las Naciones Unidas dedicada a evaluar la implementación de las estrategias acordadas contra el lavado de activos por la Convención de 1988. En aquella oportunidad la Asamblea General exhortó a los Estados parte a cumplir con su obligación convencional de poner en práctica, en el mediano plazo, las siguientes acciones:

a) Constituir un marco legislativo que criminalice el lavado de activos proveniente de delitos graves de modo que sea posible la prevención,

detección e investigación de esta clase de operaciones, así como el juzgamiento y sanción penal de sus autores y partícipes. Especialmente deberían considerarse las siguientes medidas:

- La identificación, la congelación, la incautación y el decomiso del producto del delito.
- La cooperación internacional, así como la asistencia judicial recíproca en casos de lavado de activos.
- La inclusión del delito de lavado de activos en los acuerdos de asistencia judicial mutua con la finalidad de facilitar la obtención de cooperación jurisdiccional para la investigación, el enjuiciamiento o toda otra actuación judicial contra dicho ilícito.

b) Crear un régimen básico de autorregulación eficaz, con capacidad para impedir el acceso de los delincuentes y de sus fondos ilícitos a los sistemas financieros nacionales e internacionales, preservando así su honestidad en todo el mundo y velando por la observancia de la normativa legal y reglamentaria aplicable que esté en vigor contra el lavado de activos, mediante:

- El cumplimiento de los requisitos de identificación y verificación del cliente dimanantes del principio de "conozca a su clientela", a fin de poder dar a conocer a la autoridad competente los datos personales de sus clientes y de sus operaciones financieras.
- La teneduría de cuentas financieras.
- La denuncia obligatoria de toda actividad sospechosa.
- La eliminación de todo impedimento dimanante del secreto bancario respecto de las actividades encaminadas a prevenir, indagar o castigar un delito de blanqueo de dinero.
- Otras medidas pertinentes.

c) La introducción de medidas legales idóneas que, entre otras cosas, permitan:

- Descubrir, investigar, procesar y sentenciar eficazmente a todo delincuente implicado en una operación de lavado de activos.

- Tramitar oportunamente y de modo eficaz la extradición de los implicados.
- Compartir datos de inteligencia.

La actual sintonía que registra el Derecho comparado en torno a la recepción de todas estas propuestas y recomendaciones pone en evidencia la gravitante influencia que ejercieron, en el Derecho nacional de los Estados, aquellas dos vías de regulación contra el lavado de activos que aportó la Convención de 1988. Es más, a partir de ellas se fue edificando, en las décadas siguientes, un amplio catálogo de convenios regionales y subregionales sobre prevención y control del lavado de activos (Cfr. Naciones Unidas. *Medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas*. Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 a 10 de junio de 1998. Dosier de textos aprobados. En especial, ver apartado sobre medidas contra el blanqueo de dinero).

Ahora bien, la rápida aceptación de todas esas inéditas opciones de política criminal tenía una clara explicación en lo sólido de su sustento económico y estratégico. Efectivamente, era coherente y razonable admitir como válida su hipótesis central de que siendo el tráfico ilícito de drogas una actividad lucrativa, ejecutada a través de organizaciones complejas con estructuras de corte empresarial, podía verse debilitado mediante la aplicación de medidas capaces de afectar o mediatizar su disponibilidad de recursos de financiamiento y reinversión. Es decir, neutralizando o limitando la movilidad y utilización de los capitales de las organizaciones criminales dedicadas a esta lucrativa actividad ilegal.

Por lo demás, cualquier lectura económica de dicho razonamiento hacía consistente el planteamiento estratégico propuesto: si una empresa no tiene capital suficiente, si no puede obtenerlo o si lo pierde sistemáticamente, ella simplemente no podrá mantener los estándares de su proceso productivo, con lo cual disminuirá el flujo de sus *stocks* de productos ilícitos y, con ello, su presencia en el mercado se reducirá o se hará insostenible.

Asimismo, era fácil asociar otros efectos complementarios, como que una paulatina falta de liquidez iría, poco a poco, pero de modo continuo, impactando en la operatividad eficiente de las redes de comercialización clandestina, así como en el flujo oportuno de los servicios calificados de sus asesores externos y de sus órganos de protección. En definitiva, el incidir con inteligencia y

eficacia sobre los activos de las organizaciones empresariales del tráfico ilícito de drogas llevaría a que estas pierdan poder, colapsen en el mercado o se agoten económicamente. En ese sentido, como lo destacó ALBRECHT, "el objetivo más importante en el que se basan las estrategias de control al lavado y el retiro del producto ilícito del delito, se relacionan con la prevención en la forma de reducción de oportunidades y en la forma de fortalecimiento y afianzamiento del principio de prevención general. El concepto se fundamenta en que la criminalidad organizada y sobre todo el comercio organizado de narcóticos, pueden ser atacados en forma mucho más eficiente a través de estos instrumentos si se impide la reinversión del producto ilícito del delito y se embargan los dividendos provenientes de las actividades criminales" (Cfr. Hans-Jörg Albrecht. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, pp. 49-50).

Sin embargo, los objetivos perseguidos por la Convención de Viena requerían de otras medidas adicionales que influyeran en otros ámbitos no tan lineales, como la criminalización primaria o la exclusiva represión penal del lavado de activos. Una estrategia eficaz contra dicha conducta tendría, pues, que comprender también aquellas áreas donde tenían lugar con mayor frecuencia las operaciones de lavado de activos. Esto es, se necesitaba incidir también en el quehacer de los sectores más vulnerables a esta actividad delictiva. Se hacía indispensable, pues, contar con otros medios igualmente útiles para el control oportuno de los capitales y bienes comprometidos o aplicados en tales escenarios. Fue por ello que, en paralelo a las disposiciones de naturaleza punitiva, se adicionaron medidas también innovadoras pero de naturaleza eminentemente preventiva, que si bien estuvieron inicialmente focalizadas en la dinámica de la intermediación financiera, se fueron, luego, extendiendo hacia otros sectores económicos y financieros, como el mercado de valores, los procedimientos de exportación e importación de bienes o el intercambio de divisas, por señalar los más convencionales.

Simultáneamente, también se fueron fortaleciendo los espacios internacionales contra el delito de lavado de activos, no solo con políticas de armonización legislativa, sino, sobre todo, con la potenciación de convenios, órganos técnicos y procedimientos flexibles de cooperación judicial internacional en materia penal y de asistencia mutua. Con igual orientación, se fueron incorporando medidas de investigación, identificación o decomiso, relacionadas con la criminalística financiera y los procedimientos de incautación de toda clase de activos.

En resumen, pues, la implementación en las dos últimas décadas de las estrategias internacionales contra el lavado de activos, que se originaron en la Convención de Viena, puede estimarse como formalmente exitosa. Es más, esa eficacia normativa ha determinado que todas ellas trasciendan hacia contextos más complejos o especializados, como los configurados por las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y contra la Corrupción (Convención de Mérida). Pero también que se vean involucradas en otros instrumentos de eficacia vinculante, como las renovadas cuarenta recomendaciones del GAFI.

Hoy en día, pues, el panorama estratégico y operativo del sistema internacional contra el lavado de activos se ha hecho más afinado y complejo, aunque conserva de su diseño original un sentido de integralidad que lo vincula con las siguientes acciones y estándares:

1. Criminalización específica y autónoma de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales originados o derivados de la criminalidad organizada. En la actualidad se han incluido también delitos culposos.
2. La criminalización particular y complementaria de todas las formas de participación o de ejecución imperfecta de actos de lavado de activos. En este dominio se han incorporado también en el presente modalidades de delitos periféricos como la omisión de reporte de transacciones sospechosas y formas de responsabilidad penal propia y directa de personas jurídicas.
3. Regulación de mecanismos y procedimientos para la detección oportuna, así como para prevención y fiscalización de las transacciones y operaciones sospechosas de estar materializando actos de lavado de activos. Con el devenir del tiempo todos ellos se han constituido en la base de configuración de los actuales programas de cumplimiento y de gestión de riesgos (*compliance programs*).
4. Constitución y consolidación de un espacio internacional común de investigación y represión del lavado de activos, a través de la aplicación eficaz de procedimientos de cooperación judicial en materia penal. La evolución mayor de estas medidas se ha registrado a través de la aplicación periódica de mecanismos multilaterales de evaluación sobre la implementación de los estándares y políticas internacionales para la prevención y control del lavado de activos.

5. Ampliación y modernización de las normas y procedimientos de ubicación, incautación, congelamiento, inmovilización o decomiso de los capitales, depósitos y bienes de procedencia u origen ilegal. A este nivel corresponden contemporáneamente ingeniosas formas de decomiso administrativo y prácticas de cooperación internacional para la recuperación de activos ocultos o consolidados en el exterior por organizaciones criminales. Un desarrollo específico de esta clase de acciones han sido la confección y circulación de los listados de **"designaciones"**.

6. Flexibilización del secreto bancario e inversión de la carga de la prueba, para facilitar la investigación criminalística-financiera de los actos de lavado de activos. Lamentablemente, este segmento no ha alcanzado un nivel de evolución similar al logrado por las otras estrategias contra el lavado de activos. En efecto, tanto la flexibilización del secreto bancario o la aplicación de imputaciones basadas en la inversión de la carga de la prueba se han mantenido en el tiempo como opciones normativas y prácticas sumamente engorrosas e ineficaces. En tal sentido, pese a los notables esfuerzos realizados, todavía los marcos legales derivados o los sistemas de autorización y validación de este tipo de medidas se siguen mostrando complejos, exageradamente formales y de escasa productividad.

Como bien lo anota RODRÍGUEZ HUERTAS, los ecos de la Convención de Viena perdurarán en el futuro de las políticas, así como de los programas de prevención y control del lavado de activos. Su legado histórico está asegurado, sobre todo porque "a partir de este instrumento de Derecho Internacional, se crearon numeroso grupos de trabajo, mundiales y regionales, se propiciaron nuevos Convenios Internacionales de alcance universal, como los relativos a la Delincuencia Organizada Transnacional y la Corrupción, y el resultado de esa preocupación internacional por el lavado de activos en la aldea global se podría resumir en los aspectos siguientes:

a) ampliación del delito a recursos generados en una amplia gama de actividades delictivas, distintas del tráfico de drogas, capaces de generar igualmente inmensas cantidades de recursos;

b) perfeccionamiento de la tipificación penal original, incorporando nuevos conceptos; mejorando y ampliando el alcance de los mecanismos de asistencia judicial internacional;

c) perfeccionamiento de las técnicas de prevención y ampliación de los sujetos obligados a su cumplimiento;

d) establecimiento de instancias que faciliten un ágil sistema de intercambio de información financiera a través de las Unidades de Análisis o Inteligencia Financiera agrupadas en torno al Grupo Egmont; y

e) creación de grupos de trabajo que se encarguen de monitorear permanentemente las técnicas utilizadas en los procesos de lavado de activos". (AA. VV. *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*. Proyecto Justicia y Gobernabilidad. USAID. Santo Domingo. 2005, pp. 3-4).

Pero, al margen de todos esos antecedentes y desarrollos, debemos reconocer que, lamentablemente, el lavado de activos no ha logrado detenerse. Que si bien en el siglo XXI conocemos más de su estructura y operatividad, la experiencia reciente de la proyección internacional de este fenómeno delictivo solo nos sirve para advertir que en el presente la práctica de operaciones de lavado de activos se ha ido depurando y renovando a través de eficientes e imaginativas tipologías de inmersión en los espacios globales económicos y financieros de nuestra era.

Es más, la práctica del lavado de activos ha soportado con solvencia las crisis de la última década con idóneas estrategias de desplazamiento geográfico que le han permitido ingresar e invertir las ganancias provenientes de múltiples fuentes ilegales, en las todavía débiles y flexibles economías de los países de desarrollo intermedio o emergentes. Son estos países y sus indicadores macroeconómicos los que se han constituido en el nuevo escenario que concentra y confunde las ganancias del crimen organizado. Especialmente, las cuotas sensibles de informalidad que también soportan estas sociedades han resultado ser muy funcionales a la conversión, intercalación e integración eficientes de capitales de origen criminal que, aún en el marco de coyunturas financieras adversas, logran por esa ruta grisácea transformarse en exponentes dudosos de una riqueza aparentemente legítima, cotizable y en no pocas ocasiones debidamente registrada. Al respecto, es atinada la observación formulada por ALTVATER y MAHNKOPF al sostener que lo que realmente busca "el lavado de dinero no es otra cosa que la formalización, es decir, la legitimación y legalización de dinero obtenido de manera ilegítima que es, por tanto, dinero

informal" (Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal.* Ob. cit., p. 222).

Ha quedado demostrado, pues, que frente a los procesos críticos de la reciente crisis en los circuitos económicos o financieros de los países centrales, el lavado de activos se trasladó y desarrolló mejor en los escenarios menos rigurosos a la vez que menos visibles de la economía informal. Esto es, las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos construyen en torno a países de economía emergente e informal su nuevo espacio geopolítico. Esta hábil y visionaria estrategia de expansión permite interpretar y reconocer mejor el rol que desempeña el lavado de activos en la dinámica de crecimiento de la criminalidad organizada contemporánea como eficiente medio de aseguramiento de su riqueza ilícita y por ende de su futuro. Algo que, como ya lo hemos reseñado, sirvió también, en su momento, a la Convención de Viena para justificar ante el mundo la necesidad ingente de su criminalización. (Cfr. Ramón Ragués i Vallès. "Lavado de activos y negocios standard". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin.* Lerner-La Lectura. Córdova. 2001, p. 648).

Ahora bien, son tres los aspectos que caracterizan y sirven funcionalmente a que todas las operaciones de sustitución y legalización de bienes y capitales de procedencia ilícita tengan actualmente considerables oportunidades, a la vez que significativas probabilidades de éxito, en entornos de economía emergente e informal.

El primer aspecto característico de las acciones de lavado está referido al ***modus operandi*** que emplea el agente al ejecutarlas. Al respecto, es de señalar que los actos de lavado se materializan observando siempre las formalidades y procedimientos usuales que son regularmente exigidos para cualquier negocio jurídico o financiero. El cumplimiento de gran parte de estos requisitos y de sus ritos formales aleja toda sospecha y suspicacia sobre su propósito real. Como señalan los expertos: "De hecho la regla de oro de toda operación de blanqueo no es sino la de simular lo mejor posible una operación legal. Por ello se suele recurrir con ligeras variantes a los métodos habitualmente empleados por las sociedades legítimas" (Cfr. Jack A. Blum *et al. Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero.* Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Nueva York. 1999, p. iv).

En otras ocasiones el proceso del lavado se lleva a cabo con base en hábiles acciones de elusión o fraude a la ley que posibilitan sortear las exigencias de registro y control que regulan las normas de prevención. Con esta praxis, pues, como enfatiza CURBERT: "No resulta extraño que cuánto más importantes son las sumas que deben camuflarse, más fácil resulte su blanqueo. Lo cierto es que los circuitos financieros internacionales garantizan una seguridad absoluta en las grandes operaciones de blanqueo. Ciertas técnicas resultan imposibles de detectar y conducen a esta paradoja aberrante de la globalización criminal: **cuando más importante es el crimen, menos visible resulta"** (Cfr. Jaume Curbet. *La criminalización de la economía y la política.* Separata editada por Gobernanza y Seguridad Sostenible. Octubre 2003, p. 4. Recuperado de: <http://www.iigov.org/seguridad>). Obviamente, este factor se potencia ampliamente cuando opera y se materializa en el marco de transacciones informales, de aparente formalidad o de pseudoformalidad.

Un segundo aspecto que también identifica de modo determinante a las operaciones modernas de lavado de activos se expresa en las **cualidades psicosociales y de especialización** que definen el perfil del agente del delito.

Esto impone que en las diferentes etapas del lavado de activos se busque la intervención preferente de personas mayormente ajenas a los actos generadores del capital o bienes ilegales. Además, con un perfil de profesionales o empresarios exitosos, con reconocidas habilidades para la actividad comercial o financiera. Se requiere, pues, de agentes del delito poseedores de un alto grado de lo que RODRÍGUEZ HUERTAS califica como **profesionalización**. Dicho estatus requiere que "quienes estén al frente del diseño de las estrategias para tal propósito sean auténticos profesionales de la banca, finanzas, contabilidad, leyes, que tengan por demás un amplio conocimiento del entorno regulatorio internacional sobre la materia, a fin de poder aprovechar las debilidades existentes en los distintos países que conforman la aldea global" (AA. VV. *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos.* Ob. cit., p. 11). Los cuales, además, deben gozar de una reconocida solvencia económica y mantenerse muy alejados de todo historial delictivo. Como destacan los especialistas, es el prestigio social del lavador y sus relaciones estrechas con instancias del poder político y económico los que garantizan, las más de las veces, el éxito de los servicios que ofrece al crimen organizado. En efecto, el "circuito económico criminal se parece cada vez más a un grupo de empresas, e incluso a una rama de actividades que funcionan gracias a una división del trabajo muy parecida a la de la economía legal. Solo

un pequeño grupo de individuos conforma el núcleo opaco de la organización criminal, pero la mayor parte gravitan a su alrededor hasta confundirse con la economía legal: es el caso del industrial, el abogado, el banquero, el asegurador, el policía o el funcionario que prestan su conocimiento, su práctica o su poder al servicio del crimen organizado; lo cual les convierte en criminales a tiempo parcial" (Cfr. Jaume Curbet. *La criminalización de la economía y la política*. Ob. cit., p. 2). Cualidades que se ostentan y explotan mejor en las economías emergentes de los países latinoamericanos; donde, además, llegan frecuentemente a cumplir funciones complementarias de poder corruptor o de mecanismos de impunidad. Claro está que la despersonalización de estos actores mediante el empleo de los circuitos y mercados cibernéticos del internet hacen más vulnerable la contaminación de los negocios en los sectores informales.

También las condiciones de alta especialización de los gestores del lavado de activos se trasladan al de las personas jurídicas, las cuales se introducen en su dinámica como un agente colectivo de procedimientos de colocación o intercalación que se aplican camuflados en la forma de servicios calificados. Se trata, comúnmente, de estructuras criminales pequeñas y asimilables a una tipología organizacional derivada del grupo central denominada **empresa criminal flexible**. Esto es, de aquellas que pueden "asumir una estructura corporativa con una fachada de negocio legal. Entonces, el grupo central puede tener todas las credenciales de un negocio legal, y realizar actividades ilegales. Los delitos que estos grupos realizan están fuertemente relacionados con sus negocios aparentemente legales. Así son dominados por actividades ilícitas como **lavado de dinero** o fraude de impuestos o de inversión. El número de miembros que forman cada grupo es generalmente pequeño (menos de 20) y su nivel de conocimiento profesional a menudo es muy alto. Estos grupos no son violentos, tienen conexiones cercanas con autoridades del gobierno y con integrantes de empresas legales. Debido a su fachada de empresa legal y su integración en la economía legal, las actividades de estos grupos son difíciles de detectar por las agencias de las fuerzas del orden" (Cfr. CICIP-UNICRI. *Tipologías de grupos de 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 de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto de 2003, p. 8).

Justamente, un problema aún recurrente en los sistemas jurídicos contra el lavado de activos de la región sigue siendo su escaso compromiso normativo o práctico con la atribución de una responsabilidad penal propia y directa de las personas jurídicas involucradas en la comisión, favorecimiento o encubrimiento de estos delitos. Esto es, nuestras leyes y nuestras agencias penales todavía ponen reparos o se resisten a internalizar la evidente realidad de que *societas delinquere potest*. Y que las operaciones de lavado de activos son justamente una de sus modalidades delictivas más claras y frecuentes. Es más, siguiendo las experiencias norteamericana y europea en este dominio, varios sistemas jurídicos de nuestro entorno han optado por dar a los programas de cumplimiento o de administración de riesgos, la condición de causales de exclusión de responsabilidad o de atenuación punitiva para las personas jurídicas que los implementen debidamente y aun así resulten implicadas en casos de lavado de activos (Cfr. Luis Miguel Reyna Alfaro. "Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados". En: Kai Ambos *et al. Lavado de Activos* y compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado*. Jurista Editores. Lima. 2015, p. 453 y ss).

Finalmente, un tercer aspecto se relaciona con las dinámicas y efectos colaterales del modo de intercambio y movilidad que predominan actualmente en la actividad comercial y financiera del mundo posmoderno. En efecto, la asimilación y explotación masificada de las nuevas tecnologías de la información y de la globalización económica han ido generando también espacios intermedios, sinuosos o grises donde los negocios legales pueden ser fácilmente utilizados o transformados con comodidad para propósitos ilegales. Prototipo de ello lo constituye el amplio espectro de los **negocios *offshore***. Como lo destaca MAINGOT: "Además de facilidades que interesan especialmente a evidentes criminales buscando como lavar y estacionar (*park* en inglés) el dinero sucio, estos centros también atraen a otros que no son legalmente criminales pero que buscan sitios donde haya exención de todos los impuestos, confidencialidad absoluta y un secretismo asegurado por cuentas numeradas. Este secretismo es lo que buscan los negocios lícitos e ilícitos. Para el cliente lícito, es crucial que la evasión de impuestos en el país original no sea considerada en ninguno de los centros *offshore*. Algunas compañías ofrecen **ciudadanía económica** (con nuevo pasaporte y hasta nuevo nombre) en algún Estado soberano. También ofrecen algo denominado ***vintage companies*** para uso inmediato. Esto se refiere a títulos de compañías que se registraron hace mucho tiempo pero que jamás han sido utilizados. Es decir, estas compañías

garantizan que el centro *offshore* ofrece no solamente lavar o blanquear dinero sino también lavar las identidades de personas e instituciones involucradas" (Anthony P. Maingot. "Entre lo legal y lo ilegal: los paraísos fiscales y los flujos inagotables de capital". En: Luis Guillermo Solís y Francisco Rojas Aravena. Editores. *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Flacso. Santiago de Chile. 2008, p. 308).

El lavado de activos, en el tercer milenio, se desarrolla, pues, con la aplicación de un *modus operandi* que aprovecha, a la vez que combina, con suma habilidad, las oportunidades y ventajas que le brindan unos espacios comerciales o empresariales globalizados, así como la alta tecnología informática con la que actualmente cuenta la humanidad. "Así pues, la creciente comodidad de las transacciones ilícitas debe su ímpetu a los mismos avances que necesitan los usuarios legítimos para gestionar su dinero" (Moisés Naím. *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Editorial Random House Mondadori Ltda. Bogotá. 2006, p. 176). Tal como lo interpretan los expertos de las Naciones Unidas, la nueva casta de lavadores de activos "se están aprovechando de la mundialización de la economía mediante la rápida transferencia de fondos a través de las fronteras internacionales. La rápida evolución de la situación en las esferas de la información, la tecnología y las comunicaciones financieras permiten que el dinero se mueva en todos los sentidos con rapidez y facilidad. El dinero en *megabytes*, en forma de símbolos en la pantalla de una computadora, está en movimiento las 24 horas del día, los siete días de la semana, y puede trasladarse docenas de veces para impedir que los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes lo localicen" (Cfr. Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito. *Programa mundial de las Naciones Unidas contra el blanqueo de dinero*. Naciones Unidas. Nueva York. 1999, p. 3). Sin embargo, en ese contexto, como apuntan ALTVATER y MAHNKOPF, también son favorables para la expansión del lavado de activos las sensibles disfunciones del sistema macroeconómico y financiero: "La liberalización institucional y la desregulación de los mercados globales de capital junto con la privatización de activos que hasta entonces habían estado en manos del Estado desató un crecimiento extremo de los negocios financieros, que en muchos sectores (sobre todo con algunos derivados) llevó a una multiplicación de los volúmenes por cien y por mil a partir de los años ochenta. También continuó la expansión de los medios electrónicos en las relaciones comerciales y la entrega de dinero electrónico (tanto *off-line* como *on-line*). Las innovaciones financieras, especialmente la difusión de los derivados junto con la aparición de los centros financieros

offshore, facilitaron la realización de negocios financieros transnacionales. Todos estos han sido fenómenos favorables para el lavado, concretamente en lo que respecta al crecimiento cuantitativo y al mayor anonimato" (Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal.* Ob. cit., pp. 216-217).

Sin embargo, esto no quiere decir que se excluyan de las prácticas del lavado de activos a aquellas conductas menores o empíricas que se ejecutan de manera más convencional, individual o concertada, pero con igual función delictiva. Lo que queremos destacar es que este tipo de procedimientos de menor escala pero de mayor diversificación, basados en prácticas tradicionales como los circuitos de estructuración con empleo de "modernos pitufos" o uso de "tarjetas inteligentes", ya son comprendidas por las tipologías que con finalidad preventiva conocen y difunden los sistemas de control regionales o nacionales, por lo que tales metodologías resultan en el presente con mayores opciones de ser detectadas e interdictadas por ellos. No obstante, es pertinente mantener una actitud de alerta aún en estos casos, ya que, como advierte CURBERT, "nos hallamos, pues, ante un cambio de perspectiva. A partir de las necesidades del que quiere blanquear los fondos, existe un mecanismo de blanqueo para cada necesidad. Debe tenerse presente, en todo caso, una regla esencial: el blanqueo no es necesariamente un proceso único y aislado. Cuanto más importantes son las cantidades a blanquear, más necesario será realizar diferentes ciclos de blanqueo cada vez más completos. Las técnicas serán más y más sofisticadas, hasta alcanzar una adecuación suficiente entre la honorabilidad de los fondos y la de su propietario. Para ello, resulta indispensable disponer de un conjunto de sociedades pantalla y de hombres de paja, de financieros conocidos y de juristas famosos para camuflar al camorrista napolitano detrás de una red de empresas aparentemente honestas y respetables" (Cfr. Jaume Curbet. *La criminalización de la economía y la política.* Ob. cit., p. 2). Pero la situación descrita cambia y la eficacia de las agencias de control se reduce sensiblemente cuando ubicamos aquellas metodologías convencionales de lavado de activos en países con altos índices de inflación o que aún no ceden plenamente al uso del **dinero plástico** en sus transacciones o cuya liquidez descansa endémicamente en la existencia de mercados negros o paralelos de intercambio de divisas. Esta realidad, hoy por hoy, muy cercana a varios países sudamericanos y centroamericanos no debe quedar al margen de los cada vez más sofisticados programas técnicos de prevención y control del lavado de activos.

Resulta, por tanto, muy relativo el seleccionar y graficar en tan vasto contexto cuáles pueden ser las más representativas modalidades con las que se practica actualmente el lavado de activos en los países de la región, sin evitar el riesgo de omitir, entre ellas, a otras no menos exitosas, complejas o encubiertas. Como lo indica NAÍM, "[m]uchas técnicas son bien conocidas: cuentas bancarias anónimas en jurisdicciones permisivas, o empresas tapadera establecidas en sectores que hacen un uso intensivo del efectivo, como restaurantes, bingos o lavanderías. Otras son de nuevo cuño, y las posibilita la integración financiera global, pero todas ellas hacen que en la actualidad el 'dinero negro' sea más ágil, móvil y escurridizo que nunca. Y sobre todo, las barreras que antes separaban a los pequeños depósitos de los ahorradores locales de las ganancias de los fondos ilegales que circulan por el mundo se han desmoronado. Así, cada vez resulta más difícil para cualquier banco, fondo de inversión, gestor de transferencias, pagador de cheques u otro agente financiero tener la certeza absoluta de que los fondos que maneja están 'limpios' "(Moisés Naím. *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo.* Ob. cit., p. 172).

Pero además tal como lo advierten DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, "cada fase del proceso de blanqueo puede desarrollarse mediante una amplia serie de procedimientos alternativos. No obstante, el margen de opción al respecto varía en función a las características de cada organización criminal. Dicho de otro modo, blanquear de distintas formas es tanto más fácil cuando mayores son los recursos, fondos y contactos disponibles, y viceversa. Otro factor de ventaja es el acceso a expertos financieros, igualmente probable en grupos de envergadura. Por otro lado, la elección de unos y otros procedimientos de blanqueo de capitales también parece estar condicionada por el lugar donde cada organización desarrolla sus actividades ilícitas". Esto es, según los criminólogos citados, los procedimientos elegidos tienden a ser más complejos y sofisticados en países con sólidos y eficientes sistemas de control antilavado, mientras que adquieren modalidades convencionales y sencillas en aquellos países donde los sistemas preventivos son opacos o irregulares (Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada.* Ob. cit., p. 293).

En el presente, pues, la realidad del lavado de activos en Latinoamérica parece mantener una estructura compleja y diversa. Sobre todo porque los componentes tradicionales de dicha criminalidad no convencional se transforman y fortalecen con la interacción de todos esos factores coyunturales que hemos referido. Y especialmente por la tendencia, aún imperante en muchos

países de la región, a la desregularización de los mercados o a la supervivencia de prácticas informales en las relaciones comerciales o financieras. Lo cual no solo facilita la aplicación de diferentes técnicas del lavado de activos, sino que, además, torna más dificultosa la actuación de las agencias de investigación y juzgamiento de estos delitos al hacer menos visibles las diferencias entre los negocios lícitos e ilícitos.

Esta nebulosa indisciplina del mercado parece ser la que, con su consolidado arraigo en varios de nuestros países, opera como nociva oportunidad para el desarrollo y diversificación del crimen organizado, potenciando, a su vez, el espacio y la diversificación de las operaciones de lavado de activos. En coherencia con todo ello, ha señalado ZAFFARONI que: "En síntesis se tiene la sensación, al menos desde el ángulo económico, que el crimen organizado es un fenómeno de mercado desorganizado o no disciplinado, que se abre al disciplinamiento que produce la actividad empresarial lícita o ilícita o más o menos lícita. Es obvio que estas aperturas o agujeros en el disciplinamiento del mercado son muy diferentes y, además, son bastante inestables y variables, pues como todo mercado es dinámico, existen espacios que se obturan y otros que se abren (...). Sin duda que existen mafias y bandas, que hay actividades lícitas e ilícitas, pero no hay un concepto que pueda abarcar todo el conjunto de actividades ilícitas que pueden aprovechar la indisciplina del mercado y que, por lo general, aparecen mezcladas o confundidas en forma indisoluble con actividades lícitas" (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *El crimen organizado. Una categorización frustrada.* 2ª edición. Editorial Leyer. Santa Fe de Bogotá. 1996, pp. 34-35).

Por lo demás, esa diversidad es recogida con meridiana amplitud por las estadísticas oficiales. Por ejemplo, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú registró quince modalidades recurrentes de lavado de activos entre enero de 2007 y mayo de 2017, las cuales comprometieron alrededor de 13 893 millones de dólares. Cabe señalar que si bien en este listado predominan prácticas de lavado detectadas en el marco de operaciones formales, en 66 casos que movilizaron 950 millones de dólares no se logró establecer una tipología predeterminada. El detalle de estos hallazgos es el siguiente:

- Uso de recursos ilícitos en actividades mineras (37 casos).
- Depósitos y transferencias fraccionadas de dinero ilícito o no justificado (87 casos).
- Utilización de empresas de fachada (113 casos).

- Arbitraje cambiario nacional o internacional y transporte de dinero (28 casos).
- Fondos ilícitos o no justificados canalizados a través de productos o instrumentos financieros y/o de inversión (186 casos).
- Uso de identidades falsas, documentos o testaferros (31 casos).
- Reclutamiento de personas para realizar operaciones financieras por encargo-pitufeo (17 casos).
- Transferencias remitidas o recibidas al/del exterior producto de exportaciones o importaciones ficticias (44 casos).
- Utilización de fondos lícitos o no justificados para disminuir el endeudamiento o capitalizar empresas legítimas (18 casos).
- Uso de recursos ilícitos o no justificados en la adquisición de bienes muebles o inmuebles (40 casos).
- Uso de recursos ilícitos o no justificados destinados a la inversión en el sector construcción o inmobiliario (25 casos).
- Utilización de fondos ilícitos para disminuir el endeudamiento o capitalizar empresas legítimas (18 casos).
- Otras modalidades (142 casos).
- Modalidad no identificada (66 casos).

La fuente citada precisaba, además, que correspondían a las tipologías de uso de recursos ilícitos o no justificados en actividades mineras; fondos ilícitos o no justificados canalizados a través de productos o instrumentos financieros o de inversión; depósitos y transferencias fraccionadas de dinero ilícito o no justificado y a la de utilización de empresas de fachada, el mayor volumen de dinero involucrado en la operación de lavado de activos reportada. En efecto, la primera tipología comprometió en el periodo reseñado 3108 millones de dólares, mientras que la segunda tipología involucró 1867 millones de dólares, la tercera alrededor de 1647 millones, y la cuarta 1235 millones, respectivamente (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Información estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: enero de 2007 a mayo de 2017*, p. 9).

Sin embargo, sobre aquellas otras operaciones de lavado de activos, las acontecidas cotidianamente en el amplio espacio de la actividad informal, no

solo no hay estadísticas oficiales, sino que, además, no es posible, siquiera, estimar sus tendencias y manifestaciones. Todo parece indicar que ellas superan las reglas de registro existentes o simplemente no se someten a los programas de control, por lo que su aporte para la formación de un producto criminal bruto sigue siendo determinante en nuestra región.

No obstante, es importante recordar que la consolidación de una economía en paralelo que se desarrolla en función del lavado de activos no aporta beneficios ni directos ni indirectos a la economía social o a las políticas y medidas de redistribución de la riqueza. Sus indicadores micro y macroeconómicos resultan siempre opacos a toda evaluación de crecimiento, en tanto permanecen ocultos o en tanto distorsionan y sobredimensionan las cifras reales. Esta modalidad de impacto económico solo resulta funcional a las organizaciones criminales que cuentan materialmente con esa riqueza ilícita, la cual no solo les asegura futuro y bienestar, sino que, además, fortalece su poder e influencia. Por el contrario, los efectos perjudiciales del lavado de activos son múltiples y trascienden el mero balance económico. Al respecto, los estudios realizados por ALTVATER y MAHNKOPF distinguen seis efectos perniciosos cuya didáctica exposición consideramos pertinente transcribir, a pesar de su notoria extensión:

> "**Primero** y principal, con el lavado de dinero aparecen –o reciben apoyo– poderes no controlados, inconstitucionales. El dinero lavado y, por ende, de uso libre, es un recurso que también puede emplearse para proteger de los que custodian las leyes (desde los movimientos de ciudadanos a la justicia penal) a las fuentes del dinero sucio –o sea para alimentar una especie de "contrasociedad" criminal o ilegal–, que obtiene sus ingresos monetarios, tras el lavado exitoso del dinero sucio, a costa de la sociedad. Esto es evidente en la corrupción y el fraude con las inversiones. Sin embrago también, está el ejemplo del pequeño cultivador de coca en Colombia o Bolivia, cuyo único ingreso procede de la venta de productos precursores de la droga. **Segundo**, el lavado de dinero no solo oculta delitos sino los recompensa monetariamente. El lavado exitoso, por ende, gratifica conductas ilegales y criminales, entre la que se cuentan las formas modernas de esclavitud. Ninguna sociedad puede permitir esto sin abandonar las normas que regulan la convivencia en el Estado de derecho. En no pocos casos son círculos más altos de la élites sociales los están involucrados. La sociedad es como el pescado, la putrefacción empieza por la cabeza. **Tercero**, el lavado de dinero y la

corrupción suelen ir juntos. Se sobornan a la policía, a la justicia y a los políticos para que no lo entorpezcan. De esta manera se ejerce una influencia negativa sobre la competencia y la legitimación de las instituciones políticas y se socava la seguridad de expectativas que estas trasmiten. También a causa de la corrupción se generan costos muy altos para las cuentas fiscales, que deben compensarse con recortes en otros ítems el presupuesto. La corrupción, que solo vale la pena cuando el dinero que se obtuvo puede lavarse y no corre el riesgo de ser confiscado, debilita el derecho democrático de las asambleas representativas de asignar de manera soberana el presupuesto de las entidades territoriales (la corrupción se tratará más detalladamente en el capítulo 13). Por último, mediante la corrupción y el consecuente lavado de dinero, se despojará a ciudadanos que carecen de los mínimos medios para oponerse a los manejos de una élite. **Cuarto**, el poder público no cuenta con los fondos de los impuestos evadidos que, luego de pasar por el túnel del lavado de un centro financiero *offshore*, van a parar a las cuentas limpias de los evasores de impuestos. Por lo tanto, se ve afectada de manera total o parcial la financiación de los bienes públicos. La influencia negativa sobre el bienestar y el desarrollo es directa especialmente porque, una vez lavados, los impuestos evadidos pasan a estar disponibles como patrimonio privado y pueden invertirse como activos de manera totalmente legal en cualquier lugar del mundo. Se estima que se han desviado entre 30 y 35 millones de dólares estadounidenses de países del Tercer Mundo a centros financieros *offshore* (Fritz, Hahn y Hersel 2000; p. 8 y ss.; Oxfam, 2001); es como si una gran parte de la 'ayuda para el desarrollo' se retirara de los países ricos de origen. Uno de los efectos de las prácticas del lavado es que no se cumple con los objetivos de la política exterior y de desarrollo. Las transferencias de lavado no son, por ende, neutrales en lo económico. Las estrategias de inversión de los lavadores de dinero han contribuido en no pocos casos al empobrecimiento de naciones, por que sus riquezas fueron transferidas en forma monetaria a 'lavaderos de dinero'. Esto puede verse en particular en el ejemplo de los países de África ricos en materias primas o dentro de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). El lavado de dinero es, por tanto, componente de la 'privatización' de los bienes públicos, como la educación o la salud, accesibles para quienes disponen de patrimonio monetario (sin importar cómo lo hayan obtenido), pero no para la gran masa de población (véase al respecto Brûhl *et al*, 2001). El lavado de dinero contribuye, entonces, a la polarización social. **Quinto**, los grandes flujos de

capital del lavado pueden influir en las magnitudes económicas (como los intereses, las utilidades y los tipos de cambio) con un efecto negativo para el desarrollo económico de los países involucrados y de sus monedas, especialmente cuando el lavado y la fuga de capitales toman las misma dirección. En este contexto puede desatarse o agudizarse una auténtica crisis financiera. **Sexto** y último, también la naturaleza puede verse afectada cuando se lava dinero obtenido del comercio ilegal de animales o plantas, de la exportación ilegal de maderas tropicales, de pieles, etc., o de la exportación exhaustiva de materias primas minerales (diamantes, oro). Se recompensa el acto preparatorio criminal; así; su prosecución se mantiene lucrativa. La destrucción de la naturaleza seguirá siendo rentable mientras el lavado de dinero no se combata" (Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal.* Ob. cit., pp. 222-224).

Ahora bien, para concluir este apartado es pertinente señalar que en los últimos cinco años el interés prioritario de los programas hemisféricos contra el lavado de activos se ha concentrado en el ámbito administrativo. Esto es, en fortalecer la capacidad y la seguridad de las intervenciones que realizan las unidades de inteligencia financiera y sus operadores. Pero también en optimizar las normas o protocolos para la ubicación, decomiso, recuperación y enajenación de los bienes de origen ilegal. Las agendas técnicas de los organismos regionales especializados confirman esta orientación. Ese es el caso del Grupo de Expertos de la CICAD-OEA que ha dedicado sus tres últimas reuniones a estudiar las mejores prácticas en este dominio. Al respecto, cabe señalar que esta tendencia es coherente con los propósitos originales de las políticas y estrategias antilavado, que es **desfinanciar a las organizaciones criminales con la interdicción material de sus ganancias ilícitas**. Se trata de un reto, por mucho tiempo postergado, a la eficacia objetiva de los organismos competentes de los Estados. Es más, el mejor equipamiento y eficiencia de aquellos órganos tiende a hacerse depender en el marco normativo interno, de lo que ellos realmente puedan decomisar y luego obtener financieramente después de enajenar aquellos activos decomisados. Pero, además, este giro administrativo de las estrategias y programas regionales se encuentra también definido por la necesidad operativa de promover un alineamiento práctico más comprometido, con la viabilidad e implementación de medidas internacionales de congelamiento o inmovilización oportuna de los fondos y bienes conectados a organizaciones terroristas o que operan como fuentes de financiamiento del terrorismo. En el caso del Perú, por ejemplo, recién hacia finales de enero de 2016, se ha configurado un marco normativo especial, para autorizar a la

Unidad de Inteligencia Financiera del Perú que "congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al financiamiento del terrorismo" (Cfr. Resolución SBS N° 395-2016 del 27 de enero de 2016). "La UIF podrá congelar fondos y otros activos del terrorismo". En: diario *Expreso*. Edición del 29 de enero de 2016, p. 10).

II. LAVADO DE ACTIVOS EN ECONOMÍAS EMERGENTES E INFORMALES

Las relaciones actuales entre economía emergente, informalidad, criminalidad organizada y lavado de activos son bastante visibles en la experiencia reciente de diferentes países de la región, como Colombia, México o Perú. Nos interesa, pues, examinar algunos aspectos que identifican esa interacción a fin de mostrar las limitaciones y debilidades de las estrategias hemisféricas de prevención y control del lavado de activos cuando se aplican en un contexto socioeconómico de tales características. Y para abordar con mayor detalle esta problemática, tomaremos como marco de referencia el caso peruano. Previamente, como una nota preliminar, desarrollaremos algunos conceptos operativos que permitirán dimensionar mejor nuestro enfoque y comentarios.

Se califican como **países de economía emergente** a todos aquellos que han alcanzado un crecimiento económico sostenido pese a mantener su condición subdesarrollada (Cfr. Ruchir Sharma. *Países emergentes. En busca del milagro económico.* Aguilar Santillana. Ediciones Generales. Madrid. 2013, p. 18 y ss.).

Entre las principales características macroeconómicas de los países emergentes, destaca el desarrollo de una actividad productiva concentrada en los sectores económicos primario y secundario. Además, cuentan con un pronóstico favorable de incremento continuo del producto bruto interno, así como una presión inflacionaria baja y claras tendencias de reducción constante de las tasas de desempleo y pobreza. En el plano político, estos países van alcanzando estabilidad y solidez democrática que se expresan en prácticas estables de gobernabilidad, con notable afirmación del Estado de derecho y del sistema de justicia (Ibídem, p. 12).

Se estima que los principales retos que en la actualidad deben enfrentar los países de economía emergente pasan necesariamente por reactivar su demanda interna, promover una mayor apertura hacia el comercio exterior, potenciar la competencia de sus mercados locales; así como mejorar los indicadores

microeconómicos que les permita elevar el estándar de calidad de los servicios estatales y de vida de su población (Cfr. Carlos Gil Canaleta. "El subdesarrollo". En: AA. VV. *Temas de economía mundial*. Javier Bilbao Ubillús y Juan Carlos Longás García. Coordinadores. Delta Publicaciones. Bilbao-Pamplona. 2009, p. 96 y ss).

El Perú ha adquirido la condición de país de economía emergente en las dos últimas décadas. Y, actualmente, es considerado por diferentes organismos financieros internacionales como una economía sólida y promisoria de la región americana (Cfr. Eduardo Morón Pastor. *Los desafíos del Perú*. Universidad del Pacífico. Lima. 2013, p. 28 y ss.).

En efecto, las cifras muestran que en el último quinquenio la economía peruana experimentó un crecimiento constante de su producto bruto interno, llegando a alcanzar un promedio de alrededor del 5.5 %. No obstante, esa tendencia se ha reducido al 3.5 % anual en los dos últimos años. Además, su tasa inflacionaria se mantuvo baja y en torno al 2.4 %. En este periodo sus sectores productivos con mejor desempeño fueron la minería y la pesca. Y sus reservas acumuladas han alcanzado los 65 000 millones de dólares (Ibídem, pp. 51-52).

Hoy en día se calcula que siete de cada diez peruanos pertenecen a la clase media, que la tasa de desempleo se ha reducido al 6.5 % y también han disminuido los índices de desnutrición crónica.

Por otro lado, la capacidad de expansión del Perú hacia el comercio exterior se ha potenciado con la suscripción de sucesivos tratados de libre comercio y la integración en importantes bloques económicos como el Asia-Pacífico (Ibídem, p. 108 y ss.).

En torno a la **informalidad,** se suele sostener que ella puede ser entendida como el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales que rigen la actividad económica (Cfr. Orlando Greco. *Diccionario preciso de economía.* Valleta Ediciones. Buenos Aires. 2013, p. 97). Asimismo, se afirma también con frecuencia que la informalidad se genera y se desarrolla cuando los costos de adaptarse al marco legal y normativo que regulan la actividad económica en un país son superiores a los beneficios que esa adaptación podría generar (Cfr. Alejandro Portes y William Haller. *La economía informal.* Cepal. Santiago de Chile. 2004, p. 9 y ss.).

Tal como señalan los especialistas, el pertenecer al sector informal no solo supone estar al margen de las cargas tributarias y de la regulación legal,

sino que esa condición conlleva también relevantes efectos negativos como el quedar excluido de los servicios y sistemas de protección, así como de seguridad y control que brinda el Estado. Entre ellos, sobre todo, destacan la protección contra la criminalidad, así como la posibilidad de extenderse en los mercados locales e internacionales (Cfr. Mario Cimoli, Annalisa Primi y Maurizio Pugno. "Un modelo de bajo crecimiento: la informalidad". En: *Revista de la Cepal*, N° 88. Abril de 2006, p. 89 y ss.).

Son múltiples, pues, los efectos negativos y los riesgos que produce la informalidad económica, sobresaliendo con nitidez la constante exposición a prácticas de extorsión, soborno y lavado de activos. Pero, además, en un ámbito más general, estos efectos nocivos de la informalidad producen también un notable desequilibrio en el peso de las cargas tributarias, promoviendo altas cuotas de elusión y defraudación impositiva. E, igualmente, se va consolidando un proceso continuo de exclusión e invisibilización de sector informal, mediante la reducción sistemática del acceso a los servicios públicos y en especial a los que brinda la administración de justicia (Cfr. Alejandro Portes y William Haller. *La economía informal.* Cepal. Ob. cit., p. 15 y ss.).

Ahora bien, la gran paradoja del Perú del tercer milenio radica en que no solo integra el promisor grupo de los países emergentes o "del futuro", sino que también se ubica entre los países con más altos niveles de informalidad. Esta contradictoria situación se constituye en el riesgo más relevante para su crecimiento y desarrollo sostenido, a la vez que aflora como su principal vulnerabilidad en el espacio de competencia económica que tiene frente a otros países de características similares como Colombia o México.

Según diversas fuentes, actualmente en el Perú el 60 % de la producción se realiza informalmente. También se destaca que el 65 % de las empresas son informales y que 7 de cada 10 peruanos trabajan de manera informal. En ese mismo contexto, se alude a que el 40 % de la fuerza laboral activa del país se encuentra autoempleada en microempresas informales y que ello determina que más de 10 millones de peruanos trabajen sin beneficios laborales ni protección social alguna. Se estima, además, que la economía informal en el Perú representa un 30 o 35 % del producto bruto interno. Al respecto, los especialistas expresan la urgencia de superar esta grave presencia de la informalidad en nuestra economía, para lo cual sugieren abordar sus causas principales como las trabas burocráticas, las altas tasas tributarias y los sobrecostos laborales (Cfr. Eduardo Morón Pastor. *Los desafíos del Perú.* Ob. cit., p. 85 y ss.). No obstante, recientemente la Superintendencia Nacional de Administración

Tributaria (Sunat) dio a conocer estimados que calculan que, del total de la población económicamente activa (16 494 879 personas), el 61.7 % ya se encuentra formalizada tributariamente (Cfr. Miguel Alonso Juape Pinto. "Sunat estima que el 61 % de la población económicamente activa es formal". En: diario *Gestión*. Edición del 27 de enero de 2016, p. 2).

Si bien persisten los dilemas teóricos y normativos en torno a lo que cabe definir como **criminalidad organizada**, los documentos evacuados por las Naciones Unidas sobre esta materia coinciden en calificar dicho fenómeno delictivo como una de las seis amenazas más graves que se ciernen sobre el desarrollo y bienestar del mundo en el presente y en el futuro inmediato.

También en este dominio prevalece la tendencia a identificar a la criminalidad organizada contemporánea, a través del señalamiento de un grupo importante y diversificado de delitos no convencionales y cuasiconvencionales. Los cuales tienen en común el contar para su ejecución con una estructura organizacional compleja, la que les permite construir, activar y extender dinámicos mercados, caracterizados por la producción, oferta y suministro de bienes y servicios de circulación restringida, fiscalizada o prohibida. Los cuales, sin embargo, registran siempre una alta y constante demanda social que en su expresión real o potencial les asegura una ingente e incrementable plusvalía.

Como otras características de la criminalidad organizada moderna se le atribuye continuidad operativa, presencia transnacional y sólidas cuotas de soporte social e impunidad (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa. Lima. 2013, p. 31 y ss.).

En los últimos cinco años en el Perú coexisten dos modalidades de criminalidad organizada. Una convencional o clásica que se expresa a través de diseños organizacionales básicos y equivalentes a la tipología 1 de las Naciones Unidas **(jerarquía estándar)**. Aplica un *modus operandi* violento y se dedica a la comisión de delitos tradicionales de despojo y agresión como el robo, la extorsión, los secuestros o el sicariato. Es a esta modalidad a la que se atribuye la inseguridad ciudadana y ha logrado posesionarse en las encuestas de opinión como el principal problema que actualmente afecta al país.

La segunda manifestación de la criminalidad organizada que actúa en la realidad peruana es de configuración no convencional y corresponde al prototipo recogido en la Convención de Palermo. Se configura en torno a estructuras flexibles similares a las que describe la tipología 4 **(grupo central).** Su presencia es discreta pero relevante en ganancias ilícitas. Además, practica

métodos sofisticados, técnicos y encubiertos, lo que le garantiza un alto margen de impunidad y poder corruptor. Es a esta modalidad que corresponden los delitos **"exitosos"** y productivos como la trata de personas o la minería ilegal; pero también los que comprometen los circuitos económicos y financieros del país como el **lavado de activos** o la financiación del terrorismo (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Ob. cit., p. 81 y ss).

Cabe señalar que, al igual que lo ocurrido en otros países de la región, en el Perú la presencia activa y frecuente de la criminalidad convencional violenta y su exposición cotidiana en los medios de comunicación ha servido de eficiente cobertura para ocultar socialmente el eficiente desempeño, la continua expansión y el crecimiento operativo de las distintas formas de criminalidad organizada no convencional. Lo cual, por lo demás, ha sido también destacado en los escasos estudios criminológicos y criminalísticos realizados en el país sobre esta materia (Cfr. Juan Carlos Garzón Vergara. "La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican". En: *Citizen security and organized crime*. Woodrow Wilson Center Update on the Americas. Washington D. C. Marzo de 2012, p. 2 y ss.).

Toca añadir, finalmente, que el **lavado de activos** es considerado como el motor adicional que asegura la continuidad y extensión de la criminalidad organizada. A él le compete, pues, el aseguramiento de sus capitales ilícitos y de las posibilidades de su reinversión. Pero, además, con él también se consolidan las alternativas de planeamiento estratégico y, por tanto, de las actividades e innovaciones que acuerden las organizaciones criminales sobre expansión de mercados o diversificación productiva de nuevos bienes y servicios ilegales. Sin embargo, no debe omitirse el hecho de que el lavado de activos también constituye en sí mismo una modalidad eficiente de criminalidad organizada (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Ob. cit., p. 101 y ss.). Esto es, se gesta y actúa funcionalmente como una estructura criminal que provee servicios a otras organizaciones criminales que requieren de su eficiencia. Por ende, es acertada la posición de WILLIAMS, quien califica a esta clase de relaciones como una **alianza táctica** pero de notables proyecciones estratégicas (Cfr. Phil Williams. "Cooperación entre organizaciones criminales". En: AA. VV. *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*. Mats Berdal y Mónica Serrano. Compiladores. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 2005, p. 117). En efecto, como lo explica CASTILLO GONZÁLEZ, "siendo

esencial en la criminalidad organizada la aspiración de los delincuentes a la obtención de ganancias, es igualmente esencial para la actividad delictiva, la actividad dirigida a esconderlas mediante el lavado de dinero" (Francisco Castillo González. *El delito de legitimación de capitales*. Editorial Jurídica Continental. San José. 2012, p. 21).

No obstante, si bien existe pleno acuerdo en reconocer que las operaciones de lavado de activos son un conjunto heterogéneo y sucesivo de negocios jurídicos u operaciones y transacciones comerciales o financieras, los cuales tienen en común la capacidad de procurar la incorporación al circuito económico formal de un país, sea de modo transitorio o permanente, de capitales, bienes y servicios que se han originado o derivado de actividades criminales, no se debe olvidar que dicho concepto convencional reduce la presencia del lavado de activos a prácticas regulares de inserción económica, que no siempre responden a las variables, características y manifestaciones de la informalidad. Esto es, que no siempre las prácticas del lavado de activos que tienen lugar actualmente en las economías emergentes latinoamericanas se corresponden con los prototipos idealizados en aquel concepto. Y esto último debe ser determinante al momento de identificar tipologías, señales de alerta y programas de prevención. Por tanto, no debe sorprender el extenso conjunto de incógnitas que concurren cuando se procura construir registros estimados sobre el volumen del lavado de activos en aquellas realidades.

En efecto, intentar medir la presencia potencial del lavado de activos en economías que son emergentes y a la vez informales se torna difícil por la proyección grisácea que adquieren sus procedimientos, lo que hace menos visible su operatividad y más frustrante su investigación y sanción. Sin embargo, resulta obvio que las prácticas de lavado de activos han logrado en aquellos entornos procedimientos con alta capacidad de inserción y nuevo circuitos para la circulación de los capitales ilícitos. Según los expertos, las economías emergentes ofrecen un amplio espectro de oportunidades favorables para el desplazamiento de los lavadores de activos, los cuales pueden mezclarse con facilidad y con pocos riesgos entre los amplios sectores informales que interactúan al interior de aquellas. Efectivamente, los analistas señalan cinco factores como los que favorecen la expansión del lavado de activos en las economías emergentes, siendo la informalidad el más determinante de todos ellos. Y se trata de los siguientes:

a) La debilidad del sistema bancario.

b) La existencia de un sistema financiero subdesarrollado.

c) Una extensa economía subterránea o informal.

d) La debilidad de las instituciones gubernamentales.

e) Una deficiente gestión empresarial.

Ahora bien, son múltiples los efectos políticos, económicos y sociales que genera el lavado de activos a las economías emergentes, destacando, sobre todo, el surgimiento y la consolidación de poderes paralelos; el fortalecimiento de la imagen de una criminalidad próspera y con capacidad de influencia económica; la distorsión de la magnitud real de los indicadores económicos (precios, tasas de interés, rentas, tipos de cambio, volumen de acceso a créditos) lo que trae consigo altos riesgos de crisis financiera. Si hacemos evocación de lo ocurrido recientemente en países como México, Colombia o Venezuela, resulta fácil validar la enunciación de tales efectos perniciosos de la informalidad y del lavado de los activos de la criminalidad organizada (Cfr. Elmar Altvater y Birgit Mahnkopf. *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal.* Paidós. Buenos Aires. 2008, p. 222 y ss.).

III. UN EJEMPLO PERUANO

Luego de definir los componentes de la situación problemática del lavado de activos en países con economía emergente e informal, trataremos a continuación las características y manifestaciones propias del caso peruano.

Según el Foro Económico Mundial, la presencia del lavado de activos en la economía formal del Perú es todavía discreta y se sitúa por debajo del promedio regional, ocupando el décimo cuarto lugar en relevancia. No obstante, el crecimiento de las operaciones de lavado de activos ha mantenido en los últimos veinte años un ritmo constante. Es así que en 1994 esta actividad ilegal solo movilizaba entre 500 y 800 millones de dólares por año, concentrándose predominantemente en el sector bancario y especialmente en la compra y venta informal de dólares.

Actualmente, los estudios realizados muestran que la práctica del lavado de activos registra movimientos acumulados que han superado los 13 000 millones de dólares, extendiéndose por todos los sectores económicos más significativos. Sin embargo, es evidente que aún los registros y controles del lavado de activos no alcanzan a distinguir e interdictar las operaciones que se realizan y mezclan en el amplio espacio de la economía informal nacional, dominada por la producción de bienes y servicios no financieros

a cargo de pequeñas y medianas empresas independientes o de particulares que trabajan por su cuenta.

La vulnerabilidad, entonces, de la economía emergente peruana, frente al lavado de activos, tiene, en la actualidad, una amplia proyección que comprende áreas poco controladas, como el mercado informal de divisas, pasando por los servicios turísticos e involucrando recientemente a la construcción inmobiliaria o a los espectáculos artísticos o deportivos. Son quince los sectores económicos donde las prácticas del lavado de activos han demostrado mayor frecuencia y son los siguientes:

- Casinos y casas de juego.
- Casas de cambio de moneda extranjera.
- Servicios de remesas de dinero.
- Agencias de viajes.
- Servicios de turismo.
- Surtidos de gasolina.
- Promoción de espectáculos artísticos o deportivos.
- Negociación bursátil.
- Importación de artefactos electrodomésticos.
- Casas de préstamo.
- Hostales.
- Restaurantes.
- Construcción inmobiliaria.
- Comercio exterior.
- Minería informal.

Además un alto funcionario de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú dio a conocer, recientemente, que el lavado de activos también podría estar incursionando en el fútbol y en el financiamiento político (Cfr. Elizabeth García A. y Marco Alva Pino. "Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US$ 646 millones". En: diario *Gestión*. Edición del 27 de enero de 2016, p. 22).

Las tipologías desarrolladas por el Ministerio Público y la Unidad de Inteligencia Financiera ratifican esa presencia activa, recurrente y diversificada del lavado de activos en la economía emergente peruana, donde las transferencias bancarias son solo una de las diversas modalidades aplicadas por las organizaciones criminales para la legitimación e inserción de capitales ilícitos (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Ob. cit., p. 113 y ss.).

Como lo destacan diferentes expertos, hasta mediados del año 2013 se consolidó un ciclo de crecimiento de la economía emergente peruana. Sin embargo, también en dicho lapso quedó en evidencia **un crecimiento relevante de la economía informal y de la economía ilegal o criminal.** Es más, algunos investigadores, como RUBÉN GUEVARA, han llegado a sostener que la tasa de crecimiento en estas economías paralelas logró alcanzar dos dígitos y fue muy superior a la registrada por la economía formal (Declaraciones recogidas en el diario *Gestión*. Edición del 27 de abril de 2013, p. 11).

Se asocia el incremento sostenido de la economía ilegal en el Perú –a la que algunos denominan **producto criminal bruto**– a la influencia gravitante de dos modalidades de criminalidad organizada: **el tráfico ilícito de drogas y la minería ilegal.**

El primero, al que suele calificarse como la expresión tradicional del crimen organizado nacional, reporta anualmente una ganancia de alrededor de 3200 millones de dólares. Por su parte, la segunda, que aflora como una modalidad delictiva no convencional y de reciente criminalización en el país, produce 1000 millones de dólares por año.

A estas cifras también deben adicionarse aquellas correspondientes a otras tipologías delictivas, como la corrupción de sistema, la defraudación tributaria y diferentes formas de criminalidad violenta (robo, extorsión y secuestros). Por ejemplo, en torno a la corrupción, se calcula que en el año 2015 produjo alrededor 646 millones (Cfr. Elizabeth García A. y Marco Alva Pino. "Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US$ 646 millones". Ob. cit., p. 22). Este flujo importante de capital ilegal logra insertarse sin mayores dificultades en los canales formales o informales de la economía emergente nacional a partir de tres vías:

a) La creación de empresas en o desde el exterior.

b) El desarrollo y expansión de negocios de fachada.

c) La compra y venta de activos, sobre todo inmuebles.

Sin embargo, a ellos debe agregarse también otra vía alterna constituida por el contrabando y traslado de dinero en efectivo o de metales preciosos como el oro. Al respecto, es de mencionar que estas últimas conductas delictivas también adquirieron recientemente un significado criminal propio luego de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1106 a inicios del año 2012 (Cfr. artículo 3).

Como anota CASTELLANOS, la convergencia del dinero criminal y de renovadas operaciones de lavado de activos en la economía emergente peruana ha logrado afianzarse y extenderse, rápidamente, por las notables falencias de un todavía limitado sistema de control administrativo y penal sobre personas jurídicas de **fachada** o de **papel** (Cfr. Enrique Castellanos. "El lavado de dinero en el Perú". En: Sección *Economía Internacional* del diario *El Comercio*. Edición del 19 de enero de 2014, p. 13). Las cuales pueden constituirse con suma facilidad, sobre todo aquellas declaradas socialmente para operar desde el país y hacia el exterior con accionistas y capitalistas extranjeros. Por ejemplo, en los dos últimos años han proliferado modalidades informales de "microempresas financieras" dedicadas a "prestar dinero con la sola presentación del DNI".

Al 65 % de empresas informales que se estima operan en el país, se añaden, pues, ahora, estas ignotas personas jurídicas de amplio espectro social y que suelen estar integradas por emprendedores capitalistas extranjeros, provenientes mayormente de países con presencia activa del crimen organizado como Colombia o México. Como ya se mencionó, no se les aplica en estos casos mayores restricciones de inserción, al extremo de que es posible constituir este tipo de empresas con un capital mínimo, que en muchos casos no supera los 10 000 dólares.

La confluencia, pues, de todo estos factores, como lo destaca el diario *Gestión* –medio especializado en temas económicos y financieros–, determina que la condición emergente pero a la vez informal de la economía peruana se haya convertido, por sus espacios grisáceos y desregularizados, en una excelente oportunidad para la introducción de las ganancias de la criminalidad organizada. Lo cual se materializa tanto con operaciones comunes como sofisticadas de lavado de activos (Diario *Gestión*. Edición del 7 de junio de 2013, p. 16).

También las estadísticas sobre reportes de transacciones sospechosas que aporta la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú demuestran con claridad esa actual condición favorable de la economía emergente peruana para el lavado de los fondos ilegales de la criminalidad organizada nacional e internacional. En efecto, tales cifras permiten observar un crecimiento constante del

volumen de capital involucrado en las operaciones sospechosas reportadas. Es así que el monto acumulado en algo más de diez años (enero de 2007 a mayo de 2017) ha alcanzado los 13 893 millones de dólares. Destacando sobre todo el dato general que, de un total de 872 informes de inteligencia financiera 113 proceden de la **"Utilización de empresa de fachada"** y hayan involucrado alrededor de 1235 millones de dólares (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Información estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: enero de 2007 a mayo de 2017*, p. 9).

También resulta significativo, por su coherencia con la identificación de las fuentes principales del dinero criminal que circula en la economía peruana, el dato referido a que los mayores registros de fondos ilícitos involucrados en los informes de la Unidad de Inteligencia del Perú correspondan al tráfico ilícito de drogas que con 284 reportes comprende operaciones por 5395 millones de dólares. Mientras que la minería ilegal con solo 42 reportes movilizó alrededor de 4477 millones de dólares. Esto es, el monto de dinero ilícito que deriva del tráfico ilícito de drogas y de la minería ilegal corresponde aproximadamente al 75 % del total de los fondos comprometidos en los 872 informes registrados en el periodo y que, como se mencionó anteriormente, ascienden a 13 893 millones de dólares (Cfr. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Información estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: enero de 2007 a mayo de 2017*, p. 8).

Finalmente, todos estos estimados, tendencias y proyecciones de la economía criminal y del lavado de activos en la economía emergente peruana se ven reforzados por la activa presencia de una nueva tipología de actos de conversión. Nos referimos **al ingreso, egreso, transporte y traslado de dinero en efectivo de origen ilegal.**

Efectivamente, esta modalidad especial de lavado de activos, actualmente tan importante para los instrumentos y organismos internacionales de prevención como el GAFI, que la prioriza entre sus cuarenta nuevas recomendaciones, en poco tiempo ha adquirido en el Perú mayor fluidez y constancia. Es así que al año de la criminalización de tales actos en el Perú, entre junio de 2012 y junio de 2013, la Sunat realizó 75 intervenciones por esta modalidad delictiva y logró en ese breve lapso la retención de algo más de 4 millones de dólares. No pudiéndose acreditar el origen lícito de tales fondos en 27 casos y no presentándose los titulares de dicho dinero retenido al proceso de acreditación en 26 casos. Esto es, en 53 casos se calificó indirectamente a los actos irregulares de ingreso, egreso o traslado de dinero en efectivo como operaciones

potenciales de lavado de activos. Esta tendencia fue luego ratificada en el primer trimestre de 2014, habiéndose realizado 9 intervenciones con la retención de un total de 923 231 dólares y no pudiéndose acreditar su origen lícito en 8 casos (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Ob. cit., p. 226 y ss.).

Ahora bien, el crecimiento constante y la inserción discreta de la criminalidad organizada y el lavado de activos en un Perú de economía emergente contrastan con limitada capacidad que ha venido demostrando el sistema estatal de prevención y control el lavado de activos para revertir o disminuir dicha tendencia. Al respecto, las percepciones oficiales y psicosociales de dicho fenómeno se muestran tímidas o confusas. Si bien ellas no proyectan una actitud de desánimo o fracaso, sí dejan entrever una marcada incertidumbre y frustración por las malas prácticas e indecisiones observadas en el tratamiento penal de los casos judicializables o judicializados por delitos de lavado de activos, los cuales con sus magras cifras de condenas marcan una preocupante tendencia hacia la impunidad.

En el contexto descrito, la regulación e implementación de un nuevo planeamiento estratégico, así como de una renovada legislación preventiva y penal contra la criminalidad organizada y el lavado de activos (Decreto Legislativo N° 1106 y Ley N° 30077), han promovido un mejor alineamiento a los programas, estándares y recomendaciones internacionales dispuestos por la ONU, el GAFI o la CICAD-OEA. Sin embargo, preocupa que sus objetivos y medidas penales o administrativas sigan diseñándose en función a la presencia de lavado de activos en la economía formal.

Es, pues, lamentable que las políticas, estrategias y protocolos de actuación contra el lavado de activos en el Perú sigan dejando al margen de sus acciones y medidas el principal escenario criminógeno de la economía informal. Como se ha demostrado, es en este sector donde realmente se mimetiza actualmente el mayor torrente de capital criminal. No obstante, cabe destacar que hay esfuerzos serios por distinguir la minería informal de la criminalizada minería ilegal. Por ejemplo, el Gobierno ha logrado convocar alrededor de 52 000 mineros informales para participar en un proceso de formalización. Deben replicarse este tipo de iniciativas estatales en otros sectores a fin de distanciarlos de la amenaza latente de ser sometidos o contaminados por el capital y negocios ilícitos de las organizaciones criminales y del lavado de activos. En dicho contexto, pues, el anuncio realizado por SERGIO ESPINIOZA sobre el inicio de estudios para la *Evaluación nacional de riesgos en materia de prevención del lavado de*

activos en el Perú constituye una importante oportunidad para visualizar mejor esta problemática (Cfr. Elizabeth García A. y Marco Alva Pino. "Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US$ 646 millones". Ob. cit., p. 22).

IV. INEFICACIA DEL CONTROL PENAL: UN PROBLEMA ADICIONAL

Un último aspecto que torna preocupante la evolución de las políticas hemisféricas e internas contra el delito de lavado de activos es la escasa eficacia que, en torno a su judicialización y represión efectiva, aún muestran las agencias a cargo del control penal de esta modalidad delictiva en los países emergentes del continente. En efecto, no solo hay pocos procesos incoados, sino que un gran porcentaje de estos concluyen en sobreseimientos o absoluciones. Cabe señalar, sin embargo, que esta disfunción también se detecta en países de tradición bancaria como Suiza o Uruguay. Por ejemplo, HURTADO POZO, comentando la situación helvética, señalaba que "un poco más de la mitad de los procesos que terminan con una sentencia no culminan con la condena de los procesados. Situación que se explica por las dificultades prácticas que representa, sobre todo en materia de pruebas, la aplicación del artículo 305 bis del CPS" (José Hurtado Pozo. *El delito de blanqueo de capitales. El sistema de control penal. Derecho Penal general y especial, política criminal y sanciones penales*. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 667).

Sin embargo, la situación uruguaya parece ser más frustrante, tal como la muestra, con un agudo sentido crítico hacia las políticas y programas internacionales antilavado, GALAIN PALERMO. Este autor luego de dar a conocer que entre los años 2004 a 2013 solo se registraron 22 condenas por lavado de activos, concluye señalando que: "La praxis judicial uruguaya se concentra en la persecución y recuperación de activos que principalmente provienen del narcotráfico. Como surge de los datos ofrecidos, en los hechos, los juicios penales se realizan –principalmente– para la condena del delito precedente. El lavado de dinero se difumina como conducta criminal y no consta en los datos empíricos, como si se tratara de un fenómeno invisible o inexistente" (Pablo Galain Palermo. "Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica". En: Kai Ambos *et al.* Coordinadores. *Lavado de activos* y compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado*. Jurista Editores. Lima. 2015, pp. 358-359).

El caso peruano no es muy diferente y también pone en evidencia un grado muy bajo de eficacia en la represión penal del lavado de activos. Efectivamente,

las diferentes agencias estatales especializadas de persecución y sanción de estos delitos no han logrado aún sobresalir en el importante rol funcional que les compete. En este dominio se detectan, más bien, altos registros de archivo de investigaciones o de sobreseimientos y absoluciones especialmente en casos importantes o emblemáticos. Por ejemplo, entre enero de 2012 a febrero de 2014, la Sala Penal Nacional del Poder Judicial emitió un total de 494 sentencias. De ellas, solo 22 fueron por delito de lavado de activos y de las cuales solo 8 eran condenatorias. En una indagación realizada por el Observatorio Nacional de Política Criminal, se detectó que de un total de 29 decisiones judiciales, emitidas en el periodo 2013-2016, donde estuvieron involucradas un total de 70 personas, solo 38 (54 %) fueron condenados, 20 (29 %) fueron absueltos, a 11 (16 %) se les anuló el juzgamiento y solo a 1 (1 %) se le reservó el proceso. Asimismo, de un total de 46 personas procesadas por actos de lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas, solo 19 merecieron una sentencia condenatoria (Observatorio Nacional de Política Criminal. "Lavado de activos en el Perú. Análisis de resoluciones judiciales 2013-2016". En: *Documento de Trabajo* N° 2-2017. Lima. 2017, p. 13 y ss.).

Con relación a la operatividad del Ministerio Público, la procuradora antidrogas MEDINA ha dado a conocer los siguientes datos: "En el 2012 se dieron 47 disposiciones fiscales de **no ha lugar a formular denuncia**, ¿de cuántas investigadas?, no lo sé. Para el 2013, han sido **65 disposiciones que se han archivado**, ¿de cuántas durante el año? No lo sé. ¿Cuántas están en ciernes? Tampoco lo sé" (Sonia Medina Calvo. "Procuradora antidrogas". En: diario *La República*. Edición del 18 de marzo de 2014, p. 9). Cabe agregar que en el informe de la reciente evaluación multilateral aplicada al Perú por Gafilat, el cual fue aprobado en diciembre de 2018 y publicado en febrero de 2019, se hiace especial hincapié en esta preocupante disfunción del sistema penal contra el lavado de activos (Cfr. Gafilat. *Informe de evaluación mutua de la República del Perú*. Gafilat. Buenos Aires. Febrero de 2019, pp. 6-9).

Ahora bien, la explicación de esta frustrante realidad parece relacionarse aún con niveles marcados de desinformación o aptitud técnica de policías, jueces y fiscales. Al respecto, el análisis de contenido realizado sobre las resoluciones judiciales revisadas en las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República ha permitido detectar las siguientes deficiencias y limitaciones operativas:

1. Deficiente calificación jurídica de las conductas típicas que configuran el delito de lavado de activos.

2. Dudas sobre la punibilidad de las operaciones de autolavado de activos.
3. Errada percepción del rol que cumple el delito precedente en la configuración típica del lavado de activos y de las agravantes específicas que regula la ley.
4. Incorrecta identidad atribuida entre las operaciones de lavado de activos y los delitos de hallazgo.
5. Confusión sobre la utilidad de la prueba indiciaria.

En torno a lo señalado, es también importante recordar que el Perú debe responder periódicamente a evaluaciones multilaterales que se activan en función no solo de un marco legal moderno contra el lavado de activos, sino, sobre todo, de estándares de eficacia en la represión del delito. Por ejemplo, no superar las evaluaciones que programa el Gafilat conlleva riesgos de descalificación internacional o de ingreso a la "lista negra", lo cual perjudicaría gravemente el hasta ahora promisor futuro de la economía emergente peruana.

Ahora bien, la problemática y tendencias descritas parecen conectar su etiología con varias hipótesis explicativas. De modo general se puede sostener que las dificultades comienzan con el acopio de evidencia suficiente y razonable del delito. En segundo lugar, con la equívoca construcción y valoración adecuada de la prueba indiciaria. Luego, con una deficiente calificación técnico-legal que comúnmente aplican los diferentes operadores del sistema penal a los actos que se imputan como constitutivos de lavado de activos. Y, finalmente, por el todavía insuperable culto mítico, que algunos órganos del Ministerio Público y del Poder Judicial suelen rendir aún a la prueba de un **"delito previo o delito precedente"**, que se les muestra siempre esquivo, obscuro o imposible de determinar y del cual se hace depender toda decisión final del caso. Esta actitud, por lo demás, resulta en el presente ser una reaccionaria mala praxis, debido al desarrollo esclarecedor que sobre esta materia aportó la **Sentencia Plenaria Casatoria** N° 1-2017/CIJ-433 del 11 de octubre de 2017.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los datos obtenidos, las prácticas examinadas y las tendencias identificadas nos permiten sustentar las siguientes conclusiones:

1. En países de economía emergente se produce y circula un importante volumen de capital y activos generados por la criminalidad organizada.

2. Es razonable inferir que ese producto económico del delito se consolida y asegura a partir de prácticas de lavado de activos que se gestan e interactúan en el amplio espacio de la economía informal, o de nuevas tipologías de conversión como el ingreso, egreso o traslado transfronterizo de dinero en efectivo de origen ilegal.

3. Los sistemas nacionales de prevención y control del lavado de activos aún no desarrollan estrategias específicas que incidan en el sector informal.

4. Las agencias de persecución y sanción de la criminalidad organizada y el lavado de activos muestran, todavía, debilidades técnicas y tácticas para materializar con eficiencia sus competencias y objetivos.

5. Urge reformular las programas hemisféricos de lucha contra el lavado de activos, para retroalimentar sus objetivos y estrategias a fin de corregir y atender las disfunciones detectadas en su aplicación, así como ampliar sus alcances hacia la evidente presencia de la criminalidad organizada y el lavado de activos en los sectores que activan la economía informal en países emergentes de la región como el Perú.

La crisis jurisprudencial del delito de lavado de activos en el Perú[15]

I. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Es evidente que la realidad contemporánea del problema de la criminalidad organizada y del lavado de activo ha adquirido características y dimensiones muy diferentes de aquellas que sirvieron de contexto a las decisiones adoptadas por la Convención de Viena. Al respecto, en la última década, se ha hecho evidente que la consistencia y coherencia de los objetivos y estrategias diseñados por la política criminal internacional para la prevención e interdicción de tales actividades delictivas no han alcanzado los estándares de eficiencia y utilidad que orientaron su diseño. Es por ello que un informe de 2010, la ONUDD advertía ya sobre la necesidad de un replanteamiento estratégico con prioridad en las siguientes acciones:

- Perturbar las fuerzas del mercado en que se apoyan las actividades ilícitas.
- Se hace imprescindible la intervención de los mercados que sustentan esas actividades. Asimismo, la detención de los **hombres de atrás**, es decir, abogados, asesores fiscales, economistas, agentes inmobiliarios y personal de entidades crediticias que hacen de tapadera y blanquean sus ganancias (citado por José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: Juan

(15) Publicado originalmente en: *Libro homenaje al profesor Juan Magnolio Portocarrero Hidalgo*. A&C Ediciones, Lima, 2018, pp. 319-340.

José González Rus. Director. *La criminalidad organizada.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 344).

En efecto, diferentes registros de evaluación sobre los resultados hasta ahora obtenidos indican que la insurgencia de nuevos problemas, así como de brechas complejas sobre la implementación material de las medidas preventivas y punitivas, demanda una retroalimentación y afinamiento del planeamiento estratégico predominante en los programas globales, regionales y nacionales contra el lavado de activos. Que, por tanto, corresponde reformular algunas de las alternativas adoptadas, así como incluir otras adicionales, que incidan, sobre todo, en el grado de eficacia real que se detecta cualitativa y cuantitativamente en los procesos de criminalización secundaria que se aplican sobre las prácticas y tipologías contemporáneas de auxilio o cobertura utilizadas para asegurar que las manifestaciones de criminalidad organizada más caracterizadas, como el tráfico ilícito de drogas y la trata de seres humanos, o novedosas, como el suministro clandestino de tecnología nuclear para la proliferación de armas de destrucción masiva o la cibercriminalidad, logren todavía un significativo disfrute y reinversión de ganancias ilícitas. En efecto, los expertos calculan que el poder económico del crimen organizado se sigue fortaleciendo de manera continua, produciendo un volumen de ganancia ilegal anual de alrededor de 870 000 millones de dólares. Esto es, un equivalente "al 7 % de las exportaciones mundiales o el 1.5 % del PBI mundial". Lo que significaba que "si el crimen organizado representara un país, este sería una de las 20 mayores economías del mundo, ya que produce una cifra equivalente a la riqueza de Holanda". Pero que, además, ha generado que se coloque también a la criminalidad organizada como parte de "los seis grupos de amenazas que deben preocupar al mundo hoy y en los decenios por venir". Lo que en términos geopolíticos equivalga a sostener, con realismo y sin exageraciones, como lo hacen algunos analistas, que en la coyuntura actual, debido a la eficiencia de las prácticas de lavado de activos, la criminalidad organizada **"se ha convertido en un nuevo centro de poder a nivel mundial"** (Cfr. José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: Juan José González Rus. Director. *La criminalidad organizada.* Ob. cit., p. 339).

Es en función de todo ello que el Informe ONUDD 2015, al referirse al lavado de activos, volvió a insistir en la adopción de medidas más directas y efectivas sobre el decomiso real de todo tipo de ganancia de origen criminal, en especial de aquella derivada de la corrupción de funcionarios públicos. En torno a este requerimiento, se sostuvo lo siguiente: "Los grupos criminales ponen mucho esfuerzo a la hora de ocultar sus bienes y la transferencia de sus

fondos obtenidos de manera ilegal. El lavado de dinero –cuyo monto estimado representa entre el dos y cinco por ciento del GDP global– plantea una serie de amenazas, en las cuales se incluyen a:

- **La alimentación de la corrupción y del crimen organizado:** Como, por ejemplo, el aumento de oficiales públicos corruptos, la necesidad de poder lavar sobornos y coimas, como de grupos criminales organizados que utilizan el lavado de dinero para los procesos de tráfico de drogas y otros crímenes.
- **La facilitación del terrorismo:** ya que los grupos terroristas usan el lavado de dinero para comprar armas.
- **El daño a la reputación de los bancos:** lo cual puede traer como consecuencia un daño a las instituciones financieras legales.
- **El daño a largo plazo de las posibilidades de los países que se encuentran en desarrollo:** ya que el "dinero sucio" puede tener grandes repercusiones a la hora de generar relaciones sólidas y de largo plazo con inversiones extranjeras, porque estas buscan países con un buen gobierno y que se encuentren estables.

Estas amenazas ponen en manifiesto que la tarea de combatir el lavado de dinero es más urgente que nunca. Y una de las mejores maneras para detener a los criminales es "**decomisar los productos procedentes de los crímenes de oficiales públicos corruptos, de traficantes y de grupos criminales organizados**" (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Annual report. Covering activities during 2015.* ONUDD. Viena, pp. 55-56).

Son varias las hipótesis que concurren a explicar la disfuncionalidad de las políticas y estrategias antilavado. En algunos casos ellas aluden a cambios repentinos en la extensión y rutinas de los sectores vulnerables a la inserción económica o financiera del producto criminal bruto. Por ejemplo, se constató que las operaciones o transacciones sospechosas no solo ocurren en el escenario formal de la intermediación financiera, del mercado de valores, de los procedimientos de exportación e importación de bienes o del intercambio de divisas, sino que ellas también se materializan con éxito en otros sectores económicos y de servicios menos rigurosos y con cuotas aún significativas de informalidad como la actividad inmobiliaria o de extracción minera, e incluso en el quehacer aparentemente inofensivo de determinados profesionales como los abogados, los contadores o los notarios. Surgió entonces la necesidad de identificar también las tipologías que desarrolla el lavado de activos

en el ámbito de las que se denominan "Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD)".

Y, en otros casos, las líneas etiológicas suelen focalizarse en la evolución reciente del *modus operandi* que actualmente predomina en los usos comerciales y financieros, ahora mayormente radicados y socializados de manera general y transversal en procesos y mercados virtuales o a través del acceso innominado al internet. Esto es, a modalidades, oportunidades y tipologías de lavado de activos "en línea" para las cuales las políticas y estrategias internacionales convencionales no habían sido formuladas. En este contexto surgió la necesidad de regular nuevos procedimientos especiales de investigación del lavado de activos. Por ejemplo, la instalación de un *software* que puede infiltrarse "en el sistema informático del investigado y dar a conocer su actividad en la red informática". Sin embargo, también se hizo evidente que los desniveles en la capacidad y fortaleza informáticas o económicas de los Estados y sus agencias de control del lavado de activos limitan e, incluso, en no pocos casos, tornan difícil interceptar las diferentes modalidades usuales de mensajería instantánea (XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos. *Estudio sobre técnicas especiales de investigación en lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.* Organización de Estados Americanos. Punta Cana. 28-29 de setiembre de 2016, pp. 10-11).

También la experiencia criminalística acumulada ha permitido reconocer que las personas jurídicas constituyen un componente necesario en el proceso del lavado de activos y que no cabe hacer distinciones a favor de una pretendida asepsia criminal o punitiva de los entes colectivos, sean estos de naturaleza civil o mercantil. Que, por consiguiente, el fenómeno del lavado de activos no solo se camufla en personas jurídicas "de fachada" o "de papel"; esto es, por aquellas constituidas y gobernadas por una cultura criminal. Sino que, igualmente, los actos de colocación, intercalación o integración pueden materializarse con eficacia en la presencia opaca de las personas jurídicas *offshore*; así como también en el ámbito de orientación filantrópica que suele gobernar la existencia de las organizaciones no gubernamentales u ONG. En definitiva, pues, se ha hecho visible y sensible que las personas jurídicas ofrecen a la delincuencia especializada una variada oportunidad de innovar sus espacios de infiltración para la fusión contaminante del capital de origen criminal. Como destacan los instrumentos especializados de las Naciones Unidas: "Las complejas estructuras de esas entidades permiten ocultar eficazmente la verdadera identidad de los propietarios, la identidad de los clientes o determinadas transacciones en relación con delitos que van desde el contrabando hasta

el blanqueo de dinero y las prácticas corruptas. Los ejecutivos mismos pueden residir fuera del país en que se comete el delito, y la responsabilidad individual puede ser difícil de probar. Por ello, ha ganado terreno la opinión de que la única manera de eliminar este instrumento y escudo de la delincuencia organizada transnacional es establecer la responsabilidad de las entidades jurídicas. La responsabilidad penal de una entidad jurídica puede también tener un efecto disuasivo, en parte porque el daño a la reputación puede ser muy oneroso y en parte porque puede catalizar el establecimiento de una gestión y unas estructuras de supervisión más eficacēs para garantizar el cumplimiento" (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Disposiciones legislativas modelo sobre delincuencia organizada.* Naciones Unidas. Nueva York. 2014, pp. 55-56).

Por último, no son menos significativas las posiciones que justifican las falencias de la implementación de las estrategias y medidas internacionales en los desbordes negativos del ejercicio del poder político. Y, con mayor precisión, en el rebrote de la corrupción de sistema, así como en el proceder delictivo o calculado de las personas expuestas políticamente (PEP), que utilizan su posición e influencia para viabilizar operaciones de lavado de activos o para servirse inescrupulosamente de ellas. Es decir, la aplicación de una "doble moral" por parte de quienes poseen poder político o ejecutan actos de gobierno que aparentan una actitud favorable y de asimilación de los programas contra el lavado de activos, rechazando oficialmente su práctica, pero que, a la vez, de modo simultáneo o sucesivo, neutralizan sus posibilidades de eficacia o recurren a las operaciones de lavado de activos para blanquear su enriquecimiento ilícito. En este dominio un importante factor de ineficacia e impunidad se ha expresado a través de la interferencia que provoca, en la eficiencia del adelantamiento y desarrollo de los procesos penales, la concurrencia de prerrogativas forales o de juicios políticos paralelos que asisten a las PEP, cuando se trata de jefes o ministros de Estado o de otros funcionarios de alta jerarquía.

En paralelo a este último dominio etiológico, cabe colocar también a aquellos cuestionamientos que se formulan a la eficacia y oportunidad de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal. Especialmente, los que analizan procedimientos de asistencia mutua de segundo grado como el levantamiento del secreto bancario, el decomiso y devolución de bienes de origen ilegal, el intercambio espontáneo de información o evidencias, así como la aplicación oportuna de la extradición de las personas imputadas. Al respecto, se observa que los estándares internos exigidos en las relaciones interestatales sobre estas materias se muestran sumamente rígidos

y formales, lo que afecta la utilidad y la confianza en tales prácticas de colaboración internacional contra la criminalidad, a la vez que promueve riesgos relevantes de impunidad. Como reconoce un documento oficial de las Naciones Unidas sobre la aplicación de estos procedimientos: "Mucho se ha dicho respecto de la necesidad de 'romper barreras' o iniciar una nueva era de cooperación y flexibilidad, pero quienes han participado en la esfera de la delincuencia transnacional y la cooperación internacional saben que del dicho al hecho hay un trecho. Los tratados crean obligaciones vinculantes entre los Estados Parte, pero la tramitación de una solicitud de extradición o de asistencia exige también el análisis y el examen de la legislación interna de los Estados requirente y requerido" (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Naciones Unidas. Viena. 2012, p. 12).

Todo ello demuestra que el ansiado espacio internacional contra el lavado de activos, que avizorara la Convención de Viena e impulsara la Convención de Palermo, tampoco ha logrado materializarse plenamente, pese a la existencia de un amplio repertorio de acuerdos multilaterales generados y de esfuerzos conjuntos al respecto. A este nivel, por ejemplo, se ha detectado una actitud de autolimitación normativa para la aplicación eficaz de los denominados procedimientos de "decomiso sin condena" o conocidos también como de "extinción de dominio". Sobre todo, ha sido frecuente la confusión o colocación de las normas y competencias sobre la materia como un complemento residual de lo concerniente a los procesos penales incoados, restando de esta manera autonomía operativa a sus normas o sobrecargando las funciones de los órganos de investigación y persecución del delito (XLII Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos. Reunión de los Subgrupos de Trabajo. *Informe final*. Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. 26-28 de mayo de 2016, p. 14 y ss.).

Ahora bien, excedería a los límites de estos comentarios hacer un recuento detallado de los distintos enfoques, instrumentos y alternativas que hoy en día se vienen construyendo para reformular la política criminal internacional contra el lavado de activos.

Por tanto, para concluir este apartado consideramos pertinente enumerar de modo esquemático cuáles son los principales ejes de política que orientan de modo prevalente todos estos procesos contemporáneos de retroalimentación de las estrategias existentes, así como de relanzamiento de lineamientos innovadores, que posibiliten formalizar una renovada política criminal contra el lavado de activos. En ese sentido, pues, cabe mencionar a los siguientes:

- Armonizar los marcos legales y administrativos que faciliten el decomiso y aprovechamiento oportuno de los bienes contaminados, mezclados o fusionados.
- Potenciar el control preventivo y penal de las personas jurídicas.
- Legitimación formal de los procedimientos especiales de investigación que se apliquen mediante "técnicas de señuelo".
- La introducción de fórmulas de equilibrio legal para el tratamiento oportuno y eficiente, tanto a nivel internacional como nacional, de la participación criminal de PEP.
- El fortalecimiento de los procesos de evaluación multilateral de la eficacia cuantitativa de la aplicación de los programas nacionales de prevención, detección y represión de lavado de activos.

La notoria amplitud de todos estos ejes de reestructuración de la política criminal contra el lavado de activos para la década siguiente, los constituyen, en conjunto, en un coherente **programa mínimo de objetivos y estrategias.** Por tanto, en la plataforma básica para la renovación del planteamiento estratégico que le corresponde realizar en el corto plazo a los Estados, sobre todo, a aquellos que forman parte de economías emergentes, pero también de las que integran bloques eficientes de evaluación y promoción internacional de políticas sociales o de seguridad global, como las que comparten los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Serán, pues, los próximos cinco años los que den a conocer a la comunidad mundial los primeros resultados de este importante proceso de reformulación de la política criminal internacional, regional y nacional, para la prevención, control y sanción del lavado de activos.

Ahora bien, en lo que concierne al caso peruano, de momento las nuevas políticas y estrategias de prevención y control del lavado de activos se encuentran integradas en dos documentos: **Política y Plan Nacional Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.** Ambos instrumentos de gestión fueron elaborados por la Comisión Ejecutiva Multinacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo (Contralaft) y aprobados por los Decretos Supremos N°s 018-2017-JUS y 003-2018-JUS, respectivamente (Cfr. Contralaft. *Política y Plan Nacional Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.* Editado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones. 1ª edición. Lima.

Julio de 2018, p. 15 y ss.). El futuro, pues, del lavado de activos en el Perú. dependerá del grado de eficiencia y eficacia que el Estado pueda alcanzar en la implementación de ese renovado planeamiento estratégico.

II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA CASACIÓN N° 92-2017-AREQUIPA

En cuanto a los desarrollos de la jurisprudencia nacional sobre el delito de lavado de activos, anteriores a la **Casación N° 92-2017-Arequipa**, cabe destacar que ellos se concentraron especialmente en tres problemas hermenéuticos:

1. La autonomía del delito de lavado de activos y la función del delito precedente.
2. La posibilidad de reprimir como autor del delito de lavado de activos a quien lo fue, a su vez, del delito precedente.
3. La realización del delito de lavado de activos en los casos de tentativa de los delitos de hallazgo.

Sobre el primer problema, la Corte Suprema, a través de sus Acuerdos Plenarios N°s 3-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 y 7-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011, así como de las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N°s 4003-2011 del 8 de agosto del 2011 y 2071-2011 del 6 de diciembre de 2012, ratificó la plena autonomía penal y procesal del delito del lavado de activos. Al respecto, fue categórico lo señalado en una de las resoluciones judiciales citadas:

> "Para el presente caso, sin entrar a analizar todos los tipos penales de lavado de activos, así como los elementos configurativos de cada uno, es necesario precisar que se trata de un delito común y autónomo respecto a cualquier otro delito. En efecto la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomo del delito previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos se estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando para la existencia del lavado, que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo". (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4003-2011. Procedente de Lima. Resolución emitida el 8 de agosto de 2012 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

En términos similares se ha pronunciado la Fiscalía de la Nación, a través del Oficio Circular N° 024-2013-MP-FN-SEGFIN del 15 de mayo de 2013.

En torno al segundo de los conflictos hermenéuticos abordados, el Supremo Tribunal también ha reconocido, plenamente, que quien fue autor o partícipe de un delito precedente puede, luego, ser igualmente agente de actos punibles de lavado de activos. En ese sentido, el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 (Cfr. fundamento jurídico 15), anteriormente mencionado, así como la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1052-2012 del 15 de enero de 2013, coincidieron en destacar la ausencia de un bloqueo a tal dualidad delictiva en el Derecho Penal nacional. Sobre el particular, la última de las resoluciones judiciales aludidas precisó lo siguiente:

> "El tipo penal no exige que el autor reúna alguna cualidad especial, pues cualquiera puede ser responsable, aún el autor del delito previo que haya participado en los actos de movilización de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa –en tanto se trata de un delito autónomo propio con diferentes bienes jurídicos–, máxime si la ejecución de ese delito responde a la voluntad del autor de lavar las ganancias ilícitas obtenidas para disfrutar de las mismas. Por tanto, no existe ningún inconveniente en sancionarlo como autor del delito de lavado y de ninguna manera se puede afirmar que su responsabilidad queda subsumida por el delito previo". (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1052-2012. Procedente de Lima. Resolución emitida el 15 de enero de 2013 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

Finalmente, respecto al tercer tema controvertido, la jurisprudencia también le dedicó una evaluación detallada a través del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 (Cfr. fundamentos jurídicos 9 al 11) y de las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N°s 2071-2011 del 6 de diciembre de 2012 y 2926-2012 del 10 de enero de 2013. En todos estos pronunciamientos jurisdiccionales hay plena coincidencia para admitir que las operaciones de lavado de activos pueden ocurrir con anterioridad o en simultáneo a la tentativa, inacabada o frustrada, de un delito hallazgo. Que, en todo caso, la presencia de este último solo es un indicio de la eventual realización de aquel y no su fuente de producción. Todo ello quedó expuesto en el siguiente contenido de unas de las resoluciones judiciales a las que se ha hecho referencia:

> "En efecto, dicha denuncia en ningún momento ha señalado como límite de inicio del marco temporal los hechos ocurridos el día diecisiete de enero de dos mil siete, momento a partir del cual, según refieren, le habría servido para generar el capital con el cual se adquirió diversos bienes muebles (embarcaciones marítimas y vehículos). Sino, más bien, en ella se precisa que a partir del hecho del diecisiete de enero de

> 2007 se investigó propiedades y patrimonio del denunciado, llegándose a determinar que es propietario de varias embarcaciones marítimas cuyo valor ascienden a quinientos mil dólares americanos, y de diversos vehículos valorizados en veinte mil dólares americanos. Por lo que resulta valedero afirmar que el imputado tiene un movimiento económico del cual se desconoce su origen y que presumiblemente sea producto de los ilícitos que estaría cometiendo y entre los cuales está el tráfico ilícito de personas en el que está involucrado utilizando las embarcaciones de su propiedad". (Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2071-2011. Procedente de Lima. Resolución emitida el 6 de diciembre de 2012 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema)

III. LA CRISIS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN N° 92-2017-AREQUIPA

La Sentencia de Casación N° 92-2017-Arequipa fue emitida el 8 de agosto de 2017 por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (ponente Hinostroza Pariachi). A esta decisión jurisdiccional se le otorgó la condición de **precedente de eficacia vinculante**. En su sumilla se resumían lo esencial de los criterios de doctrina jurisprudencial que se habían adoptado en los siguientes términos:

> "II. El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación, se basa en el principio de legalidad; es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 que establece un sistema *numerus clausus*. III. El delito de fraude en la administración de las personas jurídicas, no constituye delito fuente del delito de lavado de activos al no estar contemplado expresamente en dicha disposición; no siendo posible su subsunción dentro de la fórmula abierta 'o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales', por no revertir gravedad. En consecuencia, el hecho denunciado por el Ministerio Público resulta atípico, por faltar un elemento normativo del tipo objetivo; esto es, el delito fuente. IV. Para incluir un determinado delito (como delito fuente) en la cláusula o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilícitas –previsto en el segundo párrafo el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106–, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico; mencionado a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada".

Ahora bien, la recepción social que motivó la aludida decisión judicial fue de rechazo y controversia. En lo fundamental, porque sus propuestas hermenéuticas generaron varios impactos negativos que la comunidad jurídica y la sociedad civil pusieron rápidamente en evidencia y entre los que destacaron los siguientes:

- Un **impacto psicosocial** que se manifestó como preocupación, desconcierto y rechazo a la aludida resolución acusatoria, el cual fue expuesto judicial por instituciones públicas vinculadas con la prevención y represión de operaciones de lavado de activos como el Ministerio Público o la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Pero que, además, fue discutida por juristas y analistas especializados a través de distintos medios de comunicación social. Todos estos sectores y corrientes de opinión consideraban que los acuerdos jurisprudenciales establecidos afectaban de modo relevante la eficacia de los actos de investigación, juzgamiento y sanción penal de los implicados en delitos de lavado de activos, promoviendo, en cambio, su impunidad.
- El **impacto judicial** que se evidenció al constatar lo riesgoso que resultaba ser, para la estabilidad y coherencia de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema en materia penal, que una sola sala del Supremo Tribunal, compuesta por cinco jueces supremos que no consultaron previamente el parecer de las otras dos salas penales del Supremo Tribunal, pronunciara una sentencia de casación en calidad de vinculante. El efecto negativo de tal actitud fue que diez jueces supremos expresaron de inmediato su disentimiento de los criterios hermenéuticos expuestos y que debían ser seguidos en adelante por todos los jueces penales de todas las instancias del país.
- Un **impacto jurisprudencial** que significó contradecir expresamente los conceptos, reglas y criterios de interpretación sobre el delito de lavado de activos que ya se habían consolidado a través de dos acuerdos plenarios de las salas penales de la Corte Suprema acordados con anterioridad entre los años 2010 y 2011, pero que luego habían sido también reforzados en numerosas y sucesivas ejecutorias supremas que destacaron la autonomía plena de los actos de lavado de activos.
- El **impacto legal** generado al poner en discusión los contenidos, la naturaleza y los alcances prácticos de las disposiciones contenidas en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, sobre todo al calificársele equivocadamente como un catálogo *numerus clausus* de delitos fuentes; o al

demandar que los delitos con "capacidad de generar ganancias ilegales" debían ser siempre "delitos graves", atendiendo para ello a la extensión cuantitativa de la pena conminada en la ley para tales hechos punibles.

Ahora bien, el tratamiento que el Poder Judicial le dio a la crisis se gestionó con estricto apego a las normas pertinentes del Código Procesal Penal. En especial lo expresamente regulado en el artículo 433, incisos 3 y 4.

Fue, pues, en ese contexto que el fiscal de la nación solicitó, formalmente, a la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Oficio N° 287-2017-FN del 29 de agosto de 2017, la realización de un **Pleno Casatorio de los jueces supremos en lo penal**, para que, mediante la elaboración de una sentencia plenaria casatoria, se superaran las contradicciones suscitadas entre la Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa y las sentencias anteriores de la Corte Suprema como las recaídas en los Recursos de Nulidad N°s 2017-2011-Lima y 399-2014-Lima, entre otros.

Posteriormente, con las resoluciones del 11 y 13 de setiembre de 2017 de la presidencia del Poder Judicial, se convocó a Pleno Jurisdiccional Casatorio, que pasaría a ser el primero de su jerarquía en la historia judicial del país. Asimismo, se precisó que los problemas hermenéuticos objeto de la sentencia plenaria serían los siguientes:

a) La autonomía del delito de lavado de activos en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; esto es, de la "actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias".

b) La necesidad de la noción de "gravedad" en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal" (...) cualquier [delito] en capacidad de generar ganancias ilegales", establecida en el segundo párrafo del artículo 10 de Decreto Legislativo N° 1106, modificado también por el Decreto Legislativo N° 1249.

c) El estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el "origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias" (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249); así como los ámbitos e intensidad que, en su caso, debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria y de acusación –enjuiciamiento–; como de sentencia.

Además, el Poder Judicial convocó a la ciudadanía para participar en las acciones preparatorias del Pleno Casatorio de la Corte Suprema, mediante la presentación de propuestas y planteamientos sobre las mismas materias que serían base de los debates. Cabe destacar que esta convocatoria tuvo una relevante acogida que se tradujo en la recepción de veintinueve colaboraciones provenientes de diferentes sectores de la comunidad jurídica nacional y de la sociedad civil.

Finalmente, el 9 de octubre se realizó la sesión reservada de presentación de ponencias, discusión y votación. La sesión plenaria concluyó con la aprobación de la ponencia que sustentaron los jueces supremos Prado Saldarriaga y Neyra Flores con la intervención también del juez supremo San Martín Castro. Esta ponencia obtuvo 11 votos contra 3 de la otra ponencia que expusieron los jueces supremos Hinostroza Pariachi y Figueroa Navarro. Los acuerdos adoptados se formalizaron en la **Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433** del 11 de octubre de 2017, la misma que fue publicada en la separata especial del diario oficial *El Peruano* el 25 de octubre de 2017.

IV. LA NUEVA JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y EL FIN DE LA CRISIS

En los acápites 27 y 28 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, se detallan los acuerdos adoptados y que constituyen la nueva jurisprudencia vinculante en materia de delitos de lavado de activos. Se trata de los siguientes criterios y efectos:

1. Declarar **sin efecto el carácter vinculante** de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa de agosto de 2017.
2. Establecer que se asumirán como pautas de interpretación de eficacia vinculante los siguientes lineamientos jurídicos en materia de Derecho Penal:
   a. El delito de lavado de activos **es un delito autónomo tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.**
   b. El artículo 10 de Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, es una disposición **meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.**

c) El "origen delictivo" mencionado por el citado artículo 10 **es un componente normativo**. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. **La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente,** no optó por el enfoque de "umbral".

d) La noción "actividades criminales" no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. **Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.**

Pues bien, si algo caracterizó a los diferentes criterios jurisprudenciales de eficacia vinculante, que aportó la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, fue su sólida consistencia dogmática y su notable utilidad práctica. Por tanto, interesa, ahora, evaluar el rendimiento potencial de los mismos, pero solamente en lo que concierne a aspectos de Derecho Penal material. Veamos:

Sobre la autonomía del delito de lavado de activos. Al respecto, la resolución adoptada destacó la función meramente declarativa del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. Con ello descartó que en la aludida norma se haya construido un catálogo cerrado o semiabierto de delitos precedentes. Esto es, dicha disposición, como otras normas declarativas que el legislador incorporó en nuestra legislación penal, solo constituye una advertencia o exigencia dirigida a los jueces penales para que traten al lavado de activos como un delito en sí mismo y no dependiente de ningún otro hecho punible anterior, ni del destino procesal o penal que aquel haya podido tener. Para sustentar esta conclusión jurisprudencial, la sentencia acudió a las propias fuentes legales del artículo 10, sobre todo a lo dispuesto expresamente por el artículo 2, inciso 6, del **Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos de la CICAD-OEA,** que es norma vinculante y rectora para el Estado peruano. Pero, además, a la Exposición de Motivo el Decreto Legislativo N° 1249, en lo que concierne a las reformas que se introdujeron en el texto original del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. En todos estos antecedentes se destacó siempre la **autonomía absoluta** del lavado de activos.

Ahora bien, el efecto práctico de lo acordado por la sentencia plenaria fue que el Ministerio Público podía denunciar un delito de lavado de activos

sin necesidad de referirse a un delito fuente específico, ni a sus autores materiales, ni a la oportunidad de ejecución, ni mucho menos a su destino procesal o penal. En tal sentido, la decisión casatoria en su fundamento jurídico 12 solo exige que el Ministerio Público cumpla con observar los tres presupuestos siguientes:

a) Que se identifique la realización de operaciones o transacciones contractuales, comerciales, financieras o bursátiles que haya ejecutado el imputado y que resulten ser razonablemente inusuales, anómalas, impropias o irregulares. O, también, que se atribuya al imputado la ostentación, reconocimiento, identificación o fusión de un patrimonio emergente significativo, repentino e injustificado razonablemente. Además, la decisión plenaria recomienda que se utilicen para presentar mejor tales hechos y circunstancias las tipologías internacionales producidas por la ONUDD o el Gafilat.

b) Una necesaria adscripción o subsunción de las conductas imputadas en cuanto menos uno de los supuestos típicos que recogen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106 como modalidades punibles del delito de lavado de activos. Esto es, como actos potenciales de conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento o tenencia; o como ingreso, egreso, transporte o traslado de dinero en efectivo o de instrumentos financieros negociables al portador.

c) El señalamiento documentado y circunstanciado de los indicios contingentes o señalados de alerta que muestran la verosimilitud de los hechos imputados y la posibilidad de que a través de ellos, razonablemente, el imputado haya podido conocer o haya conocido el origen ilícito de los activos involucrados.

En relación con las actividades criminales que tenían capacidad de generar ganancias ilegales y su gravedad, la sentencia plenaria casatoria también brindó interesantes conclusiones. En primer lugar, identificó que hay tres modalidades de actividades criminales que tienen idónea capacidad para generar ganancias ilegales y que, por tanto, requieren recurrir prácticas de lavados activos. Es así que en el fundamento jurídico 14, la resolución detalla expresamente una tipología de ellas, señalando a las siguientes:

a) **Actividades criminales de despojo** como el robo, la extorsión a la estafa, etc. En todas ellas el delincuente genera sus ganancias ilícitas despojando a otro de su patrimonio.

b) **Actividades criminales de abuso** como el peculado, la concusión, el enriquecimiento ilícito, la administración fraudulenta, etc. En estos casos la ganancia ilícita se produce a través de la apropiación abusiva que realiza el delincuente de un patrimonio que administra o custodia.

c) **Actividades criminales de producción** como el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas o la minería ilegal. Efectivamente, en todas ellas el delincuente produce o comercializa bienes y servicios ilegales de los que obtiene las ganancias ilícitas.

Finalmente, en el fundamento jurídico 15 se explica también con elocuente claridad que en la actual legislación peruana sobre el delito de lavado de activos la noción de gravedad del hecho punible no se aprecia o valora atendiendo al estándar cuantitativo de la penalidad conminada que este pueda tener; sino que, para nuestro sistema jurídico, lo único importante es que la actividad criminal desplegada pueda producir ganancias ilegales. Sin embargo, el mayor o menor valor económico que las operaciones de lavado de activos involucren puede generar efectos agravantes o atenuantes de la penalidad establecida. Es por ello que la sentencia plenaria destaca que en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1106 se regula como una circunstancia agravante específica que el importe crematístico de la actividad de lavado de activos realizada sea superior al equivalente a quinientos unidades importante tributarias.

Pero, además, la decisión jurisprudencial precisa también qué instrumentos internacionales son de eficacia vinculantes para el Perú, como las cuarenta recomendaciones del GAFI, consideran que tiene la condición de delito grave a efectos de dar lugar a operaciones criminales de lavado de activos, cualquier delito cuya pena conminada sea superior a un año de pena privativa de libertad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

No cabe duda de que la crisis jurisprudencial del delito de lavado de activos ocurrida en el Perú marcó un antes y un después para la discusión dogmática y judicial sobre esta modalidad de hecho punible. Que, sin embargo, su sólido y feliz desenlace ha permitido alejar de nuestro país el grave riesgo de impunidad que propició la Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa; y, también, responder mejor a las expectativas de la política criminal contemporánea y de los instrumentos internacionales construidos para prevenir y sancionar tan sofisticado delito de criminalidad organizada.

Por tanto, pues, para finalizar estas breves reflexiones teóricas y prácticas, en homenaje al profesor Juan Portocarrero Hidalgo, quisiéramos destacar tres aspectos que vienen demostrando la notable utilidad de los criterios jurisprudenciales aportados por la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 y que son los siguientes:

a) En primer lugar, es relevante la utilidad que la nueva jurisprudencia viene brindando al sistema judicial, sobre todo para resolver o promover solicitudes de extradición de cierta complejidad planteadas por tal ilícito. Efectivamente, ella actualmente es una trascendente ayuda para la mejor evaluación de un potencial origen ilegal de activos encubiertos o mezclados con transacciones u operaciones múltiples, realizadas con personas jurídicas *offshore*; o de procedimientos insertados en prácticas transnacionales de fusión o integración de capitales de dudosa procedencia.

b) En segundo lugar, los criterios vinculantes adoptados han alertado a las agencias del sistema penal sobre la imperiosa necesidad de potenciar y optimizar sus capacidades y destrezas tecnológicas y logísticas para hacer más eficientes la investigación, procesamiento y sanción de las personas naturales o jurídicas que resultan implicadas en prácticas de aporte o inversión de capital o financiamiento a través de metodologías grises o informales.

c) Y, en tercer lugar, la necesidad de consolidar como única fuente de producción de la jurisprudencia penal vinculante de nuestro país a los acuerdos plenarios de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Cuarta parte

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Sobre el concepto, características y manifestaciones de la criminalidad organizada[16]

I. UN NUEVO PROBLEMA CRIMINAL

En las tres últimas décadas se han detectado importantes cambios en la dinámica operativa, en las manifestaciones cualitativas y cuantitativas, así como en el tratamiento penal de la criminalidad. En ese contexto, se ha observado el surgimiento y rápido desarrollo de nuevas formas de delincuencia no convencional que operan alternativa o sucesivamente en varios escenarios como la actividad económica, el ejercicio del poder político y la experimentación de nuevas tecnologías. Esta constatación ha sido entendida por la doctrina como un **efecto sustitución** de la globalización. Sobre esto último, SILVA SÁNCHEZ ha señalado que "los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto –criminalidad arancelaria–, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad

(16) Publicado originalmente en: *El sistema penal y su aplicación teórico-práctico*. CHAPARRO GUERRA, Ayar (coord.). Adrus Editores, Lima, 2013, pp. 675-399.

y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización" (Cfr. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1999, p. 69 y ss.).

La presencia, pues, en este periodo de delitos inéditos, cuyas características esenciales radican en provenir de estructuras organizadas empresarialmente, que aplican un *modus operandi* sofisticado con capacidad suficiente para proveerse de eficientes mecanismos de impunidad, a la vez que asegurar una incesante acumulación ilícita de millonarios ingresos, ha merecido la atención de los especialistas que desde distintas perspectivas y enfoques han coincidido en advertir que el tercer milenio se inicia vinculado a una innovada **criminalidad organizada**. Como precisan BLANCO y SÁNCHEZ: "Frente a las actividades criminales clásicas, llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad más corporativa, hacia el crimen como empresa: es el denominado crimen organizado. Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional" (Cfr. Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García de Paz. "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". En: *Revista Penal* N° 6. 2000, p. 3).

Cabe destacar que el catálogo de infracciones penales que se atribuye a esta delincuencia asociada es bastante amplio. Es así que junto a típicos delitos de organización, como el tráfico ilícito de drogas, se ubican también otras conductas ilícitas inicialmente atípicas, como el hurto y el tráfico del genoma vegetal, las cuales han permitido en el presente activar rentables industrias transnacionales dedicadas a la medicina naturista. Según algunos analistas, como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, la criminalidad organizada suele estar relacionada con la realización de los siguientes delitos:

- Delitos financieros, como el blanqueo de capitales.
- La trata de personas con fines de explotación sexual u otros fines.
- El tráfico de drogas.

- El tráfico de armas y explosivos.
- El tráfico de bienes procedentes de sustracción (como, por ejemplo, obras de arte, vehículos, etc.).
- La corrupción (cohechos a funcionarios, fraude de subvenciones, etc.).
- La falsificación de moneda.
- La inmigración ilegal.
- Los delitos basados en alta tecnología (como la delincuencia informática).
- Los delitos contra el medio ambiente de carácter grave.

El citado autor parece justificar la no inclusión en su listado del terrorismo por tener una autonomía relativa frente al conjunto de manifestaciones de delincuencia organizada. Según él: "Una de las primeras cuestiones que surgen al acercarse al tema de la criminalidad organizada es la de determinar el alcance de este concepto. Pudiera en una primera aproximación pensarse que con dicho concepto se pretende abarcar a los problemas del terrorismo y, aunque tales problemas pertenecen al ámbito del crimen organizado, sin embargo, esta categoría en otros países de la Unión Europea se utiliza para referirse a otros delitos distintos. Cierto que el terrorismo es incluido en dicha categoría, pero no como único delito" (Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga. "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado". En: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Madrid. 2001, p. 116 y ss.).

Ahora bien, la verificación criminológica y criminalística de las notables dimensiones e influencia negativa de este fenómeno en la sociedad contemporánea ha promovido reformas significativas en los modelos y en las estrategias de la política criminal de los Estados y los organismos internacionales vinculados con la prevención y control del delito. Los cambios operados han afectado los tradicionales procedimientos de investigación y juzgamiento; asimismo, han diseñado novedosas técnicas encubiertas orientadas a la infiltración, la inteligencia y la acción financiera sobre los recursos, la integración y la capacidad operativa de las organizaciones criminales. En algunos casos, los excesos de este proceder han suscitado agudas polémicas entre razones garantistas y cuestiones de eficiencia. En ese contexto, por ejemplo, se ha sostenido que: "El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o

criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación excepcional, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene" (Cfr. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal*. Ob. cit., p. 85 y ss.).

Esta percepción de la también denominada **macrocriminalidad** ha promovido la recuperación de renovados discursos de legitimación de una situación de guerra o de emergencia penal, tan contradictorios como los expuestos a través de las políticas de control de daños y de un **Derecho Penal del enemigo**. Como comenta ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: "La fundamentación de las guerras asimétricas vendría a legitimar un tratamiento de las organizaciones criminales de signo terrorista y de las mafias internacionales dedicadas a tráficos ilegales como enemigos del Estado y, por tanto, agentes pasibles de la respuesta del mismo por medios no convencionales, como combates en los que no se enfrentan dos Estados determinados y en los que las poblaciones civiles son las principales damnificadas, fuerzas especiales y, en definitiva, desregulación de los principios de intervención del Estado de Derecho y del Derecho Internacional" (Cfr. Laura Zúñiga Rodríguez. "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal. En: *El Derecho Penal ante la globalización*. Colex. Madrid. 2002, p. 53).

En consecuencia, pues, lo diferente del problema criminal que estamos analizando, así como de los instrumentos de reacción configurados para hacerle frente, permiten sostener que nos movemos dentro de un novísimo pero conflictivo paradigma de las ciencias penales, cuyos contornos empíricos y sustantivos todavía no han sido claramente delineados. De allí, pues, que epistemológicamente aún sea muy poco lo que se ha logrado aportar y construir como metodología para su estudio y explicación dogmática. En este dominio, como reconoce MEDINA ARIZA, los objetivos de información e hipótesis que deben cubrirse con la investigación son todavía múltiples. Ello, en lo esencial, implica: "decir lo que crimen organizado es y qué tipo de actividades envuelve, una explicación de por qué ocurre y cuándo y dónde lo hace, así como algunas sugerencias sobre lo que se puede hacer para controlarlo (...) la literatura criminológica solo se ha tomado seriamente el primer objetivo, ha empezado a adentrarse en el segundo y casi solo de manera retórica ha intentado analizar el control de este fenómeno" (Cfr. Juan Medina Ariza. "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado". En: Juan Carlos Ferré Olivé

y Enrique Anarte Borrallo. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 110).

Por tanto, resulta insoslayable procurar una reflexión más o menos integral sobre las bases empíricas, políticas y psicosociales que sustentan y definen la imagen actual de la criminalidad organizada. Consideramos que solo a partir de este tipo de raciocinio resultará consistente y útil toda evaluación posterior de sus implicancias sociales y jurídicas. Y esa es la perspectiva que intentaremos desarrollar a continuación.

II. UN CONCEPTO OPERATIVO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Como ya se ha mencionado, en la actualidad es frecuente aludir con un énfasis especial a la presencia en nuestro mundo globalizado de un fenómeno delictivo de contornos graves y características inusuales, al que se designa genéricamente como **criminalidad organizada.**

Según los investigadores, esta expresión comenzó a emplearse con carácter oficial a inicios de la segunda mitad del siglo pasado. Sin embargo, su uso se fue socializando hacia mediados de los años ochenta, al extremo de que en el presente dicha expresión se ha convertido en un vocablo polisémico y cuasicoloquial que no siempre representa el fenómeno delictivo que se quiere describir. De allí que nos parece acertado lo sostenido por ALBRECHT, quien demanda que en el presente "es preciso diferenciar el concepto de criminalidad organizada por encima de su especificidad fundamentada político-criminalmente (que responde principalmente a una utilidad tendencialmente política), comprendiendo en esta categoría diferentes aspectos. Bajo el fenómeno de criminalidad organizada deben ser comprendidas unas subculturas que presentan un proceso de desarrollo histórico y geográfico propio. El grupo social así definido se relaciona con el clásico mundo que coincide esencialmente con un ambiente subcultural urbano, que ha sido objeto de atento estudio sobre todo en la literatura criminológica de la primera mitad del siglo XX, y que ha colocado en la primera fila la relación subcultural entre el crimen profesional y la ejecución racional de las actividades delictivas. Por otro lado, el concepto de criminalidad organizada se refiere también a situaciones en las cuales el rasgo distintivo de mayor importancia resulta ser el hecho mismo de la organización y su tendencia empresarial" (Cfr. Hans-Jörg Albrecht. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001, p. 19 y ss.).

Por tal razón, no resulta del todo sorprendente encontrar, con frecuencia, que en las monografías de la materia los autores incorporen un detallado capítulo destinado, paradójicamente, a construir un concepto de criminalidad organizada partiendo por señalar todo aquello que no lo es. Incluso, en ese proceso, algunos terminan renunciado a la posibilidad de concretar en una definición ideográfica clara lo que esta categoría criminal comprende. El propio ROXIN reconoce que en la actualidad todavía "no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan solo disponemos de heterogéneas descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión" (Claus Roxin. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada". En: *Revista Penal* N° 2. 1998, p. 65 y ss.). En el mismo sentido, aunque con una afirmación más radical, DENCKER ha sostenido que, sobre el contenido conceptual de la criminalidad organizada, "finalmente, nadie sabe realmente qué es el crimen organizado" (Cfr. Friedrich Dencker. "Criminalidad organizada y procedimiento penal". En: *Nueva doctrina penal.* 1998/B, p. 481).

Sin embargo, todos parecen coincidir en que se trata de una delincuencia innovadora, diferente de la convencional, pero adaptada a las características políticas, económicas, tecnológicas y culturales de nuestro tiempo. Por lo que no pocos demandan que se le asigne una identificación propia, aunque quienes así se expresan concluyen sus esfuerzos y expectativas enunciando solo las manifestaciones delictivas de la criminalidad organizada o sus características operativas más representativas. Ejemplo de esta actitud lo encontramos en el proceder de algunos organismos internacionales de influencia regional como la Unión Europea. Según CHOCLÁN MONTALVO, los grupos de trabajo adscritos a este organismo identifican como criminalidad organizada toda actividad delictiva en la cual se verifique la presencia concurrente de once indicadores, de los cuales, los tres primeros tienen la condición de imprescindibles (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación". En: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Ob. cit., p. 242).

Tales indicadores son los siguientes:

1. La concurrencia de más de dos personas.
2. La comisión de delitos graves.
3. El ánimo de lucro.
4. La distribución de tareas.

5. La permanencia.
6. El control interno.
7. Actividad internacional.
8. Empleo de violencia.
9. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
10. Blanqueo de dinero.
11. Presión sobre el poder político.

Existe, pues, de momento, un notorio desconcierto conceptual que se expresa en la posibilidad real de contabilizar hasta más de doscientas definiciones diferentes sobre lo que se entiende por criminalidad organizada. Esta insólita situación se reproduce negativamente no solo en el plano del debate teórico, sino también en la selección de las decisiones de política criminal que deben adoptar los Estados. Este panorama es sintetizado con preocupación por ANARTE BORALLO en los siguientes términos: "No es de extrañar por ello que se juzgue del todo imposible alcanzar un concepto o que por la generalidad y ambigüedad con que este termina siendo configurado, se estime de escasa utilidad y que se plantee sustituir el expediente conceptual por la fijación de los límites. Aún así, se considera necesaria la tarea conceptual, en especial, porque de ella dependerá la misma eficacia del control. Con todo, resulta claro que la criminalidad organizada no es el par opuesto de la manifestación criminal por excelencia, el delincuente individual. En efecto y a pesar de que el término consiente acepciones amplias, la delincuencia de grupo no se agota en la criminalidad organizada" (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada". En: Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva. Huelva. 1999, p. 20 y ss.).

Partiendo entonces de las dos diferencias que señala el autor citado, y sobre las cuales se observa en la literatura especializada un consolidado consenso, la criminalidad organizada **no es en ningún caso delincuencia individual y no siempre es solo delincuencia colectiva**. Sobre lo primero, cabe señalar que los diferentes documentos internacionales suelen exigir que en toda imagen de la delincuencia organizada se destaque un mínimo plural de integrantes que constituyen una estructura de operatividad más o menos prolongada. Ese es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, cuyo artículo 2 al definir el alcance de la expresión **grupo delictivo organizado** señala que se

entenderá como tal "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo (...)".

Ahora bien, en coherencia con lo segundo, la pluralidad demanda diferenciar criminalidad organizada de coautoría funcional. Al respecto, la doctrina ha procurado esclarecer ambas categorías conceptuales. En ese sentido, se sostiene que: "Debe establecerse adecuadamente la distinción entre el crimen organizado y la mera coautoría para la comisión de un delito concreto. En efecto, el concepto de organización no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. *Criminalidad organizada*. Ob. cit., p. 243).

Pero todas estas limitaciones e inconvenientes solo ratifican la imperiosa necesidad de contar con un concepto, cuanto menos operativo, de criminalidad organizada. El cual, si bien no reflejará toda la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá, cuanto menos, para representar sus **características más específicas y constantes**. Un concepto operativo permitirá, pues, diferenciarlo de otras formas de criminalidad contemporánea como la delincuencia económica. Además, esta definición operativa podrá utilizarse como un referente para la formulación, implementación y evaluación de toda política criminal destinada a la prevención o control del crimen organizado.

No obstante, el intentar construir ese concepto operativo a partir de las características que se le asignan a la criminalidad organizada en la literatura especializada tampoco es una tarea fácil. En efecto, las dificultades comienzan cuando se detecta que los enfoques utilizados para adjetivar y describir tales rasgos de la criminalidad organizada adolecen de notorios sesgos. Lo cual ha sido consecuencia inevitable de la influencia que, sobre la percepción del problema del crimen organizado, han ejercido los objetivos concretos que se han asignado a los estudios realizados.

En ese contexto, es poco alentador descubrir que los tres canales por los que han discurrido las investigaciones de la criminalidad organizada han aportado conclusiones distintas al momento de describirla. Ello ha motivado la crítica aguda de los expertos, quienes han cuestionado que los diferentes enfoques criminológico, criminalístico y jurídico-penal solo han obtenido datos y resultados parciales.

Es así que el **enfoque criminológico** al perseguir como objetivo la descripción analítica y pormenorizada de las organizaciones criminales no logró

evitar un sobredimensionamiento de la esfera individual del integrante en desmedro de lo colectivo y estructurado de la organización. En ese nivel, ha sido atinada la crítica formulada por MACINTOSH al cuestionar la configuración de tipologías sobre sistemas de conducta criminal. Dicha autora ha cuestionado que con el empleo de las tipologías solo se consigue "clasificar cierto número de reseñas descriptivas de comportamiento y organización criminal conforme a determinado orden. Pero el resultado no es sistemático como base para el análisis de la organización criminal, porque las teorías implícitas sobre las cuales se basa no son teorías sobre la organización, sino sobre cómo los individuos llegan a cometer delitos" (Cfr. Mary Macintosh. *La organización del crimen*. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1977, p. 9).

En otros estudios el interés de los criminólogos se ha centrado en identificar, dentro de una organización criminal, un conjunto complejo de variables e indicadores que luego han resultado difíciles de convalidar o contrastar con otras organizaciones criminales. Por ejemplo, en estas investigaciones se ha privilegiado el conocimiento del origen de la organización, identificar su etiología y motivación, hacer tipologías de sus estructuras e integrantes; así como destacar en lo posible su subcultura y ritos. El resultado de la sistematización de todos estos datos solo ha servido para delinear características específicas y muy propias del grupo criminal estudiado. De allí que estos estudios ofrezcan muy poco a la posibilidad de reproducir marcos de referencia o patrones comunes, que hagan posible un análisis comparativo de organizaciones tan diferentes, como las terroristas, las mafiosas o las dedicadas al tráfico de tecnología nuclear, a no ser que se introduzcan conceptos y categorías que por su excesiva flexibidad adolecen de vaguedad o incongruencia. Al respecto, por ejemplo, algunos criminólogos como HERRERO HERRERO se han visto en la necesidad de habilitar un hilo conductor que les permita una clasificación aceptable de estructuras criminales muy diferentes entre sí. El autor citado le asigna ese rol a una discutible categoría de **organización mafiosa**. En ese sentido: "[d]istingue los siguientes grupos: a) Organizaciones criminales **de naturaleza mafiosa**, situando en este grupo a las mafias italianas, las triadas chinas y las Boryokudan japonesas. Dentro de las mafias italianas, la camorra, la Ndrangheta y la mafia siciliana, en particular la Cosa Nostra; b) Organizaciones criminales **flexiblemente mafiosas**, como los Cárteles colombianos; c) Organizaciones criminales **funcionalmente mafiosas**, situando en este grupo, por ejemplo, al GRAPO a el Ejército Rojo Alemán; d) Organizaciones criminales **ambiguamente constituidas** que fundamentalmente persiguen fines económicos" (Cfr. C. Herrero Herrero. *Criminología. Parte general*

y especial. Madrid. 1997, p. 484 y ss. Citado por José Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 232, nota 18).

No ha sido muy diferente lo ocurrido con el **enfoque criminalístico** de la criminalidad organizada. En él, el objetivo se ha circunscrito a satisfacer necesidades tácticas y estratégicas propias de las acciones operativas de las agencias policiales o fiscales que están dedicadas a la investigación y enfrentamiento de la criminalidad organizada. En consecuencia, las fuentes de información que han aplicado este tipo de enfoque se han preocupado por indagar y descubrir las fortalezas y debilidades de su eventual oponente. Lo cual determina que las imágenes que reproducen este tipo de estudios procuren destacar la composición orgánica de la organización criminal, la gestión y liderazgo de sus órganos centrales, sus fuentes de apoyo financiero o logístico, sus áreas de influencia, sus alianzas, y sus rutas de desplazamiento.

Si bien los estudios criminalísticos, al igual que los criminológicos, insertan en sus definiciones una amplitud de variables e indicadores, su pragmatismo permite que las construcciones conceptuales que aportan resulten más estandarizables. Además, sus descripciones pormenorizadas de la criminalidad organizada brindan una radiografía muy útil para la planificación de las acciones o investigaciones policiales. Un ejemplo de las ventajas que otorga esta clase de enfoques y características, para la elaboración de un concepto operativo de criminalidad organizada, lo pone de relieve PRIETO PALMA, quien afirma que: "Las organizaciones criminales necesariamente deberán contar con cuatro elementos: el primero es la cúpula o dirigentes que son aquellas personas encargadas de la dirección, coordinación y supervisión de las diversas actividades criminales; los otros tres elementos soportan a este que se convierten en tres pilares fundamentales e indispensables ya que si falta alguno de ellos, no podemos hablar de delincuencia organizada; el primero es el pilar de la realización de los actos ilícitos o actividades primarias de la organización criminal; el segundo pilar está compuesto por las redes de protección de la organización criminal que aseguran la permanencia y funcionamiento de esta y el tercer pilar es el financiero o económico que es en esencia el objetivo mismo de la organización criminal" (Cfr. César Prieto Palma. *Proyecto sobre la* Falcone Check List. *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 de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto de 2003, p. 5 y ss.).

Ahora bien, el percibir la criminalidad organizada a partir de esos cuatro componentes aclara bastante el panorama aunque no agota las imágenes. Es por esa limitación táctica que los esfuerzos criminalísticos se han orientado en los últimos años a proveer de instrumentos detallados pero sencillos, que orienten y faciliten el reconocimiento de los grupos criminales a partir de indicadores comunes como los que se detallan en la **Falcone Check List**. Este documento elaborado por las Naciones Unidas "es en realidad un cuestionario temático sobre los puntos imprescindibles que deben ser explorados en una investigación sobre delincuencia organizada". Es por ello que en él se incorporan cinco aspectos esenciales de la criminalidad organizada, que comprenden, a su vez, más de treinta variables con sus respectivos indicadores sobre la estructura, *modus operandi*, ambiente ilícito, ambiente legítimo y oportunidades para la prevención de la delincuencia organizada (Cfr. César Prieto Palma. Ob. cit., p. 4).

Finalmente, en el **enfoque jurídico-penal**, la finalidad que ha guiado sus investigaciones y desarrollos normativos ha sido proveer al legislador de una selección de conductas propias o conexas a la criminalidad organizada, cuya concreción o amplitud posibiliten su adecuada tipificación legal y judicial. En consecuencia con ello, los conceptos jurídicos han procurado establecer patrones simples de criminalización primaria basados en la integración y en la actuación concreta de las organizaciones criminales. De allí que generalmente se opte por definir el fenómeno como la mera incorporación en una estructura funcional orientada a la realización de un proyecto delictivo. Esta tendencia legislativa tiene sus antecedentes más remotos en la descripción legal de la asociación para delinquir o de las bandas.

Sin embargo, algunos especialistas cuestionan que se incluya en la categoría de criminalidad organizada a tales grupos delictivos. Al respecto se afirma, por ejemplo, que "hay diferencias claras, aunque no geométricas, entre las bandas y la criminalidad organizada: a) en esta, no es el autor el que determina primaria y fundamentalmente el delito como ocurre en las bandas, sino el cliente (por ejemplo el robo de grandes vehículos en países desarrollados para su venta en países en vías de desarrollo o el tráfico de obras de arte); b) en las bandas el círculo de personas suele ser reducido y asequible, de forma que las relaciones personales juegan un importante papel. En las organizaciones criminales eso no ocurre. Si acaso, y en determinados grupos mafiosos esto es un dato constitutivo, puede desempeñar un papel trascendental la estirpe, raza, credo, o la cuna de los miembros. Por lo general, es mucho más fácil en los grandes grupos el intercambio y la sustitución de los integrantes

que en los grupos organizados; c) las bandas tienen una vida más breve que las organizaciones criminales, las cuales se establecen con independencia de la dirección, a cuyos cambios también sobreviven; d) la estructura, jerarquía, cohesión y estabilidad organizativas, así como el grado de planificación y logística de la criminalidad organizada, no tiene parangón en las bandas; e) las bandas suelen tener un ámbito local, mientras que la internacionalización es hoy una de las notas característicos de los grupos criminales organizados" (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada". Ob. cit., p. 21 y ss.).

Esta modalidad normativa fue, en gran medida, seguida por el texto original del artículo 317 del Código Penal peruano. Según esta disposición: "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...)". En la legislación española, el inciso 1 del artículo 515 del Código Penal adoptaba una referencia similar señalando, entre otras, como asociaciones ilícitas "[l]as que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión".

La limitación de este tipo de fórmulas legislativas radica en que al no incorporar otras exigencias típicas, no hacen mayores distinciones entre meras conspiraciones o asociaciones delictivas y la criminalidad organizada, proveyendo a tan distintas situaciones el mismo tratamiento penal. En razón de ello, se cuestionó en la doctrina española que: "el delito de asociación ilícita definido en el artículo 515.1. CP presente una amplitud excesiva y probablemente debería limitarse a los casos en los que la agrupación de personas presente la estructura organizativa a la que hemos aludido como condiciones de la empresa criminal, pues solo en ese caso se justificaría un plus de desvalor respecto de la mera conspiración para delinquir" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. *Criminalidad organizada.* Ob. cit., p. 256). La interpretación y uso que se ha venido dando en el Perú del artículo 317 hace suscribible tal aseveración (Cfr. César Eugenio San Martín Castro *et al. Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir.* Jurista Editores. Lima. 2000, p. 279 y ss.).

Ahora bien, buscando mayor concreción, otras legislaciones han adicionado adjetivizaciones al tipo general de la asociación ilícita, para con ellas incluir algunos componentes criminológicos y criminalísticos atribuidos a la criminalidad organizada. Ese es el caso del Código Penal italiano, que en su artículo 416 bis describe la conducta delictiva en los siguientes términos: "**la**

asociación es de tipo mafioso cuando quienes forman parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación que supone el vínculo asociativo y de la condición de sometimiento o de obligación de silencio que de ellos deriva para la comisión de delitos, para adquirir de forma directa o indirecta la gestión o el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos de obras y servicios públicos o para obtener provechos o ventajas injustas para sí o para otros o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o procurar votos para sí o para otros con ocasión de consultas electorales". Algo similar ocurre con el artículo 260 del Código Penal suizo, que alude a la participación en una organización "que mantiene su estructura y miembros en secreto y que persigue el objetivo de cometer actos de violencia criminales o de lucrarse con medios criminales", cuya estructura e integrantes se busca mantener en secreto (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada". Ob. cit., p. 26, nota 42). Sin embargo, esta técnica legislativa es también objetada porque obscurece, las más de las veces, la configuración típica del acto incriminado tornándola en poco práctica para la actividad judicial.

Como se puede deducir de lo expuesto, la búsqueda de concreción debe ser la meta en la elaboración de un concepto operativo de lo que representa y es la criminalidad organizada. Para ello se deben incorporar los más relevantes aspectos que de este fenómeno criminal han destacado los tres enfoques examinados.

En efecto, del **enfoque criminológico** resulta indispensable rescatar la naturaleza grupal y de servicios ilícitos a gran escala que caracterizan a la criminalidad organizada contemporánea y la convierten en una empresa criminal, con proyecciones y estructuras más complejas que las que definen el proceder de las tradicionales asociaciones ilícitas o bandas. Además, "esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a los mercados" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 235).

En lo que concierne al **enfoque criminalístico**, su principal aporte radica en la detallada delimitación que hace de las funciones y actividades que despliegan los distintos niveles de la organización criminal. Esta constatación permite descartar por inconsistente toda imagen que pretenda relacionar criminalidad organizada con un número tan reducido de integrantes que haría imposible sus proyectos y acciones. Se debe rechazar, pues, la alusión frecuente a un mínimo de **tres integrantes** como sugiere la Convención de Palermo y la mayoría de tipos penales que se refieren a la asociación para delinquir.

Por último, el **enfoque jurídico-penal** ofrece como dato esencial la autonomía típica y la calificación de delito de peligro abstracto que se otorga a la integración en organizaciones criminales. Si bien debe mejorarse la descripción típica de la criminalidad organizada, ello no debe traducirse en un exagerado uso de elementos normativos que la hagan inaplicable o riesgosamente discrecional.

En consecuencia, pues, con base en lo expuesto podemos afirmar que un concepto operativo de criminalidad organizada debe elaborarse a partir de la integración de los siguientes enunciados:

1. La criminalidad organizada contemporánea es un fenómeno delictivo novedoso para la criminología, la dogmática penal y la política criminal.
2. Este fenómeno delictivo gira en torno a tres elementos esenciales: a) la existencia de una estructura organizacional, b) una capacidad operativa de cobertura internacional y c) actividades ilícitas ligadas a la provisión de bienes y servicios de circulación prohibida o restringida pero con una demanda creciente activa o potencial.
3. Si bien la etiología de la criminalidad organizada no está del todo identificada, resultan evidentes sus conexiones con el abuso del poder, el aprovechamiento de la expansión de los mercados, la globalización de las relaciones internacionales y el avance de la tecnología posindustrial.
4. Se expresa como un proyecto delictivo diferente del convencional, donde eficazmente se fusiona el funcionamiento de la organización criminal con certeros procedimientos de planificación y control de riesgos.

Por consiguiente, pues, para concluir nos permitimos ensayar como alternativa el siguiente concepto operativo: **la criminalidad organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización, con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico.**

III. CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En la definición operativa que hemos elaborado encontramos resumidas las distintas características de la criminalidad organizada, las cuales aluden a su composición estructural, su actividad delictiva no convencional, a su *modus operandi* y sus fines o proyectos existenciales. Como señala VILLANUEVA HERNÁNDEZ, el fenómeno del crimen organizado "presenta tres elementos básicos derivados de la composición, estructura organizativa y de funcionamiento, a saber: organización, estabilidad y continuidad" (Cfr. Javier Villanueva Hernández. *Criminalidad organizada*. Universidad de Salamanca. Colex. Madrid. 1999, p. 31). Consideramos que el concepto operativo propuesto cumple con reflejar tales elementos.

Ahora bien, para una mejor comprensión del concepto propuesto consideramos pertinente operativizar también algunas de las más aceptadas características de la criminalidad organizada, las cuales coinciden y desarrollan plenamente los tres elementos antes señalados. Estas características son las siguientes:

- **La permanencia:** Se trata de la característica que mejor reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada. La permanencia indica, pues, que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida. Sin embargo, como señala la doctrina, ello no significa que se trate de un proceso de existencia estática. Todo lo contrario, el ciclo de vida de la criminalidad organizada se desarrolla de manera dinámica y continua. Ella está obligada, por su espacio y objetivos, a realizar una actividad delictiva constante y con proyección en el tiempo. Solo actuando de esa manera puede lograr que su presencia e influencia se irradien sobre su entorno. Es decir, la realización continua, estable y permanente de sus programas de actividades ilícitas es lo que determina que las organizaciones criminales pueden adquirir y consolidar sus espacios de poder. Como señala LAMAS PUCCIO, "mantener su presencia requiere desarrollar una serie continua y permanente de actividades. Es más, necesita ampliar sus operaciones para no dejarse avasallar por otros grupos criminales, que entre sí tratan de desplazar sus actividades y alcanzar el dominio de determinados mercados" (Cfr. Luis Lamas Puccio. "Manifestaciones del crimen organizado". En: *Derecho Penal y Criminología*. N° 39. 1989, p. 159).
- **La estructura:** La criminalidad organizada exige la configuración de una estructura. Ella permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales. La estructura puede ser rígida o flexible,

vertical u horizontal, cerrada o abierta. A su interior, sin embargo, se configura un sistema de roles, mandos, funciones, y jerarquías que permiten al grupo criminal lograr una distribución adecuada de las responsabilidades estratégicas y tácticas, adaptándolas a los objetivos del proyecto criminal asumido. En la actualidad predominan las estructuras flexibles. Sobre ellas, refiere PRIETO PALMA que: "Las organizaciones criminales modernas, han evolucionado en gran medida copiando esquemas de administración y operación del mundo legal, actuando como empresas transnacionales ilícitas. Sus formas de organización, son más abiertas y horizontales. Estas organizaciones están compuestas por redes o células, cada una de ellas se define como un conjunto de relaciones de trabajo fluidas, flexibles y complejas que alcanzan a cruzar varios límites, dentro y fuera de las organizaciones con pautas en donde sus miembros comparten intereses comunes. Existen sanciones cuando se presenta la inconformidad o rupturas de la red, sin embargo, los miembros intercambian diversos beneficios en los que se destaca el aspecto económico" (Cfr. César Prieto Palma. *Proyecto sobre la Falcone Check List*. Ob. cit., p. 7).

- **La planificación:** La criminalidad empresarial requiere de planeamiento estratégico y táctico para la ejecución de sus actividades. Todo proyecto criminal demanda, sobre todo en un entorno globalizado, desarrollo de procedimientos de información, análisis de costos y beneficios, control de riesgos, supervisión operativa y evaluación de resultados. El planeamiento permite ejecutar con mayor seguridad todo género de actividades de la organización. En ese sentido, la planificación persigue como finalidad controlar plenamente las operaciones legales e ilegales de la organización y neutralizar la competencia. Se busca con ello maximizar los beneficios que conlleva un posicionamiento adecuado de la organización criminal en los mercados lícitos o ilícitos donde debe operar.
- **Las redes de protección:** La criminalidad organizada requiere construir o solventar mecanismos de impunidad que puedan preservarla de los programas o medidas que diseñan e implementan las agencias de control social (unidades policiales, fiscales, legisladores, magistrados, funcionarios o medios de comunicación), para evitar su crecimiento u obstaculizar sus proyectos y actividades. En ese contexto, el atentado, la amenaza, el soborno o el chantaje han sido algunos de los métodos comunes con los cuales los grupos criminales han procurado neutralizar toda actividad hostil contra ellos. Sin embargo, en la actualidad los entendidos consideran que las funciones de protección externa de las organizaciones delictivas

alcanzan mayor eficiencia con la intervención de las denominadas **células de infiltración**. "El objetivo de estas células es que miembros de las organizaciones criminales se introduzcan principalmente en las agencias encargadas de combatirlas o en las áreas sensibles de los órganos centrales del Estado, o de organismos descentralizados o en empresas privadas con el propósito de conseguir información secreta o de otra índole, para atraer adeptos mediante diversos medios lícitos o ilícitos, e ilícitamente dañar, deteriorar la imagen, las tareas, las acciones para entorpecer las funciones de las dependencias del Estado, organismos públicos descentralizados, trastornando o afectando la capacidad de reacción, prevención y penalización del Estado" (Cfr. César Prieto Palma. *Proyecto sobre la Falcone Check List*. Ob. cit., p. 10).

- **La movilidad internacional:** El desplazamiento o la cobertura internacional es también una característica representativa de la criminalidad organizada contemporánea. El *modus operandi* de los delitos que son realizados por los grupos criminales se basa en circuitos de producción, provisión, distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones. De otro lado, la búsqueda y ocupación de nuevos mercados y oportunidades para sus actividades ilícitas fortalece la operatividad internacional, e incluso propicia las alianzas y conexiones entre organizaciones criminales. Al respecto, señalan BLANCO y SÁNCHEZ que: "Podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que el fenómeno de la globalización de los mercados, de la demanda de productos ilegales y del sistema financiero, es el elemento clave que ha atraído a las organizaciones criminales a superar el marco nacional y a realizar actividades a nivel internacional o transnacional. Es cierto que solo algunos grupos criminales operan a nivel internacional, aunque también es evidente que existen conexiones entre los grupos que operan a nivel nacional con aquellos que lo hacen a nivel internacional. En efecto, las posibilidades que ofrece la actuación transnacional han actuado como un imán que atrae a un número importante de grupos criminales que tradicionalmente operaban sobre todo a nivel nacional a adquirir una dimensión internacional" (Cfr. Isidoro Blanco Cordero e Isabel Sánchez García de Paz. "Principales instrumentos". Ob. cit., p. 4). Sin embargo, todavía algunos autores relativizan la importancia del quehacer internacional como rasgo definitorio de la criminalidad organizada. En ese sentido, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO ha sostenido que "no es necesario que se desarrolle una actividad transnacional, pero la criminalidad organizada que hoy preocupa a la política criminal de la globalización es precisamente la **criminalidad globalizada"** (José

Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 246). Con esta última aseveración, dicho autor admite, como se ha señalado, la relevancia de la internacionalidad para la delincuencia organizada de nuestro tiempo.

- **Las fuentes de apoyo:** Toda organización criminal requiere un eficiente sistema de soporte técnico, logístico y social. Su operatividad, permanencia, éxito y desarrollo descansan, no pocas veces, en la eficacia de estas estructuras secundarias o complementarias. Ahora bien, tales necesidades de apoyo adquieren en las estructuras delictivas de tipo piramidal o jerárquicas una condición formal y estable. Ello, en cambio, casi nunca ocurre en el caso de organizaciones criminales de estructura flexible. En efecto, mientras que las primeras deben, por razones de seguridad, construir unidades específicas para contar con tales niveles de apoyo; las segundas generalmente conceden tal posición a delincuentes comunes o profesionales cuyos servicios contratan en la oportunidad que se requieren. Veamos en qué consisten cada una de estas fuentes de apoyo de la criminalidad organizada:

  - **El soporte técnico o profesional:** Se constituye con base en un selecto grupo de profesionales que brindan asesoría económica, financiera, legal, contable, tributaria, de comunicación social, etc. Constituyen un **nivel *staff*** que le brinda a la organización criminal servicios de asesoría permanente o discontinua para facilitar o encubrir sus negocios lícitos e ilícitos, así como para atender o contrarrestar contingencias negativas como la detención o procesamiento de sus integrantes o campañas periodísticas adversas. LAMAS PUCCIO incluye también en este nivel a un apoyo especializado para lo ilícito: "implica personas que pueden llevar a cabo trabajos muy especializados, tanto en lo relativo al campo de la protección como para los fines de ampliación de las operaciones de los sindicatos (sicarios, falsificadores, saboteadores, etc.)" (Cfr. Luis Lamas Puccio. *Manifestaciones del crimen organizado*. Ob. cit., p. 160).

  - **El soporte logístico:** Su función principal es proveer a la organización y a sus operadores de la logística básica e indispensable para la realización de sus actividades. Esa logística implica desde la facilitación de inmuebles o negocios de fachada, pasando por proveerle de medios y servicios ilegales como el suministro de armas, medios de transporte, medios de comunicación, documentación falsa, camuflajes, etc. En la Falcone Check List se identifican a los que

activan este apoyo logístico del crimen organizado como **facilitadores**. Como menciona PRIETO PALMA: "Los facilitadores son personas que brindan ciertos servicios ilegales a las organizaciones criminales y que su acción si bien no es espontánea, se realiza de manera intermitente e independiente en el ciclo de la delincuencia organizada, por ejemplo: aquellos que realizan falsificación de documentos, transportistas, acciones encaminadas al lavado de dinero como depósitos, *brokers*, etc." (Cfr. César Prieto Palma. *Proyecto sobre la Falcone Check List*. Ob. cit., p. 21).

- **El soporte social:** Se configura con base en el poder de intercesión e influencia que reciben las organizaciones criminales de personas que gozan de reconocimiento público, o que ejercen cargos importantes dentro de las altas esferas sociales, gubernamentales o de los medios de comunicación masiva. El aporte de estas fuentes de apoyo permite que las organizaciones criminales o sus líderes puedan contar con un entorno social favorable. Además, los actores de este soporte social respaldan o avalan, con su prestigio personal o el de sus empresas e instituciones, la constitución y operatividad de los negocios **"lícitos"** de los grupos delictivos, cada vez que se cuestiona su origen legal o se acciona contra ellos para perjudicarlos o desprestigiarlos. En ese sentido, es importante en toda estrategia de control de la criminalidad organizada identificar "cuáles son los elementos que las organizaciones criminales han aprovechado para contar con el apoyo del entorno social, encontrando con ello diversas ventajas para el desarrollo de sus actividades sean estas desde la utilización de los individuos para fines ilícitos o en algunas ocasiones como sistemas de protección o información desde donde dificultan las acciones del Estado para investigarlas y procesarlas" (Ibídem, p. 25).

- **El fin lucrativo:** Las organizaciones criminales se conforman y operan como unidades de negocios. Se trata de estructuras empresariales que procuran obtener grandes ganancias económicas en el más corto plazo. Salvo el caso de las organizaciones terroristas o racistas, los objetivos del proyecto criminal de los grupos delictivos son esencialmente lucrativos. Como señala MEDINA ARIZA, la dimensión económica representa "el espíritu fundador del crimen organizado" (Cfr. Juan Medina Ariza. "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado". En: Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminilógicos*. Ob. cit., p. 112).

IV. ESTRUCTURAS Y TIPOLOGÍAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Los especialistas señalan que la estructura organizacional y operativa de una organización criminal 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 posibilitan reconocer el mayor o menor nivel de su influencia sobre su entorno económico, social o político.

Partiendo de esos criterios, tradicionalmente se ha clasificado a las organizaciones criminales en los siguientes grados: industria o empresa criminal, crimen organizado, asociaciones ilícitas y bandas, concierto criminal.

Veamos a continuación algunas características especiales de cada una de estas organizaciones delictivas:

- **Industrias o empresas criminales**

  Se les considera la verdadera expresión de la criminalidad organizada contemporánea. Poseen una estructura compleja que les permite desarrollar un conglomerado de actividades lícitas e ilícitas. Su operatividad se materializa mediante una eficiente red de agencias que le otorgan poder y presencia transnacional. Estas organizaciones criminales han logrado ejercer consolidada influencia sobre su entorno, lo que les brinda control sobre los riesgos, a la vez que les asegura permanencia y cuantiosas ganancias. Para esto último, las empresas criminales recurren a sofisticados servicios de legitimación de sus ingresos ilícitos. Como advierte CHOCLÁN MONTALVO: "Esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a la globalización de los mercados. La lucratividad de la empresa depende en buena medida del blanqueo de dinero, por lo que la legitimación de capitales es una actividad asociada a la actividad productora" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 235). En la actualidad pertenecen a este nivel superior de la criminalidad organizada las organizaciones criminales italianas conocidas como la Nadranghetta de Calabria, la Camorra de Nápoles, la Mafia de Sicilia, la Sacra corona unita de Abulia; también las de origen ruso denominadas la Medvedkovskaya y la Orekhovskaya; las asiáticas representadas por las tríadas chinas y la Yakuza japonesa; y la norteamericana de origen italiano llamada la Cosa nostra (sobre los orígenes, rasgos peculiares y zonas de influencia de estas organizaciones criminales, véase: Ramón de la Cruz Ochoa. *Crimen organizado. Delitos*

más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales. La Habana-Ciudad de México-Granada. 2006, especialmente el Capítulo II de esta publicación, p. 73 y ss).

- **Crimen organizado**

Se le representa como una estructura de configuración piramidal que incluye niveles estratégicos y operativos con un núcleo o mando central que tiene capacidad decisoria. Su actividad es especializada y focalizada en un sector determinado. Sus operaciones responden a un proceso previo de planeamiento lineal y se ejecutan en un espacio limitado de internacionalización que puede abarcar países fronterizos o aquellos ligados por un circuito productivo o de comercialización. El prototipo de estas organizaciones lo representan el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de bienes culturales, la trata de personas o la inmigración ilegal. Entre estas destacan por sus peculiares características violentas los cárteles mexicanos y colombianos.

- **Asociaciones ilícitas y bandas**

Son organizaciones tradicionales y de menor importancia que las anteriormente mencionadas. Sus antecedentes históricos se relacionan con las asociaciones de malhechores y las cuadrillas de bandoleros. Este tipo de organización corresponde a la que MACINTOSH denomina la "organización picaresca" (Cfr. Mary Macintosh. *La organización del crimen.* Ob. cit., p. 35 y ss.).

Para algunos expertos no constituyen parte de la criminalidad organizada por su *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 de despojo 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. Su radio de acción delictiva es esencialmente local. No obstante, en algunas ocasiones las asociaciones ilícitas o bandas actúan como instancias periféricas o asociadas a organizaciones de mayor jerarquía a las que ofrecen y brindan servicios; o con las cuales desarrollan negocios a menor escala para distribuir los bienes ilícitos que aquellas producen o comercializan. Al respecto, ANARTE BORRALLO afirma que la vinculación entre las bandas y las organizaciones criminales

de mayor importancia se da con relativa continuidad. En ese sentido, este autor sostiene que "con frecuencia se atribuye a aquellas un importante papel en el desenvolvimiento de las actividades ilegales de estas. En muchos casos, las bandas ejercen de minoristas del comercio ilegal que controla el grupo criminal organizado o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático (casi como una contrata). A cambio, el grupo suministra la mercancía o ayuda en caso necesario (v. gr. frente a la actuación policial o de otra banda). De todas formas, la banda conserva su autonomía e identidad" (Cfr. Enrique Anarte Borrallo. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada". Ob. cit., p. 22).

- **El concierto criminal**

  Es el nivel más básico e inferior de las formas de delincuencia asociada. En el Derecho extranjero pocos sistemas legales aluden expresamente al concierto criminal. Ese es el caso del artículo 340 del Código Penal colombiano, que lo tipifica en los siguientes términos: "Cuando varias personas **se concierten** con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años".

  La actividad delictiva del concierto es ocasional, por lo que, más que una organización estructurada, él constituye una integración espontánea y plural de dos o más personas para la realización de un determinado delito. De allí, pues, que en otros sistemas jurídicos se le considere solo como una circunstancia de agravación basada en la pluralidad de agentes. Ello ocurre, por ejemplo, en el inciso 4, primer párrafo, del artículo 189 del Código Penal peruano, que agrava la penalidad del delito de robo cuando es cometido **"con el concurso de dos o más personas"**. Es característica del concierto que entre sus componentes no existan vínculos de dependencia ni jerarquía, por tal razón cada integrante aporta lo que le corresponde según las necesidades operativas del ilícito penal que ejecutan. Al concierto le alcanza con mayor propiedad la idea de una coautoría funcional basada en la división de las tareas ejecutivas. De allí la preocupación de la doctrina por distanciarlo de la noción de criminalidad organizada: "A diferencia de la coautoría, en la que basta para su apreciación la estimación de una resolución común al hecho y reparto de roles entre los intervinientes, los cuales intervienen en plano de igualdad, sin subordinación de los unos respecto de los otros, sino simplemente mediante una división funcional del trabajo, y, en todo caso, con un aporte esencial en la fase de ejecución del delito, cuando se alude a la organización criminal es necesario comprobar que una pluralidad de personas completan una

estructura jerarquizada y, en consecuencia, con cometidos de los subordinados dependientes de la acción organizativa de otras personas que actúan como gestores, jefes o administradores de una **empresa criminal**" (Cfr. José Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 243 y ss.).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La imagen de la criminalidad organizada moderna es obviamente muy diferente de aquella que con ahínco y dedicación estudió el profesor Eduardo Mimbela de los Santos. Sin embargo, la proyección de su pensamiento y obra criminológica trascienden como ejemplo de perseverancia por construir una ruta de desarrollo empírico y aplicado para la criminología en el Perú.

Hoy que se consolida en el país un Observatorio de la Criminalidad y que se realizan importantes publicaciones e investigaciones sobre la delincuencia desde el Consejo Nacional de Política Criminal, se hace sentir todavía la ausencia de especialistas que, a la vez que indaguen sobre las dimensiones y etiologías de la delincuencia, construyan también inteligencia estratégica que permita la formulación seria de políticas eficientes y eficaces para la prevención y el control de la criminalidad organizada. Es pues, merecido este tardío homenaje a quien, desde su solitaria cátedra de Criminología en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, supo transmitir todas estas inquietudes y necesidades a múltiples generaciones de penalistas peruanos, entre los cuales tuve la suerte de encontrarme. De allí, pues, que con estas breves reflexiones sobre la criminalidad organizada he querido dar testimonio de la necesidad de hacer criminología y de continuar la senda que marcó con sabiduría el profesor Mimbela de los Santos y que, lamentablemente, muy pocos han seguido.

La criminalidad organizada en el Perú: desarrollos normativos y jurisprudenciales[17]

I. SOBRE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La criminalidad organizada es identificada en el presente como una grave amenaza. Se le atribuye además una eficiente capacidad para proyectarse sobre todas las regiones y naciones del mundo contemporáneo. De allí que resulte acertado afirmar que la realidad actual nos muestra que "viejos fenómenos de delincuencia común, en particular, terrorismo y criminalidad organizada, han pasado de ser considerados como simples riesgos a la seguridad nacional, hasta alcanzar la máxima categoría de amenaza" (José L. González Cussac. "Tecnocrimen". En: José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau. Directores. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 208). Entre las principales manifestaciones, características y tendencias de este renovado fenómeno delictivo destacan las siguientes:

- Han aparecido nuevas actividades delictivas y las antiguas adquieren nuevas modalidades.
- Cada vez existen más grupos delictivos organizados.
- Se evidencia un aumento en el número de países afectados por el crimen organizado transnacional.

(17) Publicado originalmente en: CHAPARRO GUERRA, Ayar y SERRANO MAÍLO, Alfonso. *El Derecho Penal y la criminología*. Joshua Editores, Lima, 2018, pp. 219-238.

- Existe mayor flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad de las organizaciones delictivas a las condiciones sociales, a los mecanismos de seguridad de los Estados, a la geografía territorial, entre otros.
- Las estructuras organizacionales de los grupos criminales se están enraizando dentro de los procesos sociales, económicos, políticos y culturales de las sociedades (Organización Internacional para las Migraciones. *Protección de personas ante el crimen organizado transnacional*. CAD Impresiones. Lima. 2013, p. 20).

En coherencia con esa renovada imagen y características, la visualización criminológica, política, jurídica o criminalística de la criminalidad organizada ha dejado de ser un problema aislado de delincuencia grave, para hacer sensible su potencialidad relevante que la coloca como una influyente variable a considerar en todo programa nacional e internacional de seguridad como de desarrollo sostenido de cualquier sociedad, sea cual fuere la estructura económica, política o cultural en las que esta se sustente. Al respecto, es pertinente lo señalado por LÓPEZ SÁNCHEZ: "La delincuencia organizada se ha convertido en una amenaza compartida para la sociedad internacional y así se recoge en los catálogos de riesgos, peligros y amenazas que los países confeccionaban dentro de su política estratégica de seguridad y defensa o lo que para, algunos, entre ellos el nuestro, se denomina ya la Estrategia de Seguridad Nacional" (Cfr. José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: Juan José González Rus. Director. *La criminalidad organizada*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 329). Lo cual se complementa con la concluyente apreciación de GAYRAUD, quien califica a nuestra época como la correspondiente a un **mundo criminalizado** en el cual la presencia discreta pero activa y expansiva de la criminalidad organizada se constituye en un rasgo distintivo de las ideologías, los estilos de gobierno y los paradigmas psicosociales. En efecto, la realidad actual hace evidente que "el crimen organizado ha abandonado la marginalidad y se ha instalado en el corazón de nuestros sistemas políticos y económicos" (Jean-François Gayraud. *El G9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*. Ediciones Urano. Barcelona. 2007, p. 17).

Pero, además, esta perspectiva, discurso y enfoque sobre el significado coyuntural de la criminalidad organizada se proyecta también en el escenario de lo psicosocial. A este nivel, por ejemplo, importantes sondeos de opinión aplicados en diferentes países americanos, como los realizados por SOLÍS y FOGLESONG, nos muestran la imagen que en torno a la criminalidad

organizada construyen en su mente los ciudadanos y sus líderes. Efectivamente luego de entrevistar a más de treinta expertos, en seis países, los investigadores citados pudieron identificar distintas formas de ver, entender y asimilar el problema y el control de la criminalidad organizada. Así, por ejemplo, para un sector "el crimen organizado tiende a verse como un colectivo de criminales organizados". Para otros, en cambio, se trata solo de "una desviación o perversión de las normas socialmente aceptadas que tiene su propia racionalidad y causalidad y por lo tanto se encuentra asociado a factores tan abstractos como los propios de la cultura política". Los analistas citados añaden, también, que este tipo de hallazgos psicosociales tiene un efecto directo sobre las posibilidades de acción política o de formulación de políticas públicas contra el crimen organizado: "Estos matices son importantes. Revelan que para algunas personas el crimen organizado no es más que la expresión un poco más exagerada de un tipo específico de delincuencia cuyo control no requiere de un tratamiento especial sino de una dosis mayor de las medidas ya conocidas, especialmente de tipo represivo y policial. En el otro extremo del espectro, están quienes piensan que el crimen organizado es la expresión de un deterioro estructural que solo puede atenderse mediante medidas radicales y complejas de largo plazo" (Luis Guillermo Solís y Todd Foglesong. "El crimen organizado y su impacto en las sociedades democráticas: reflexiones sobre México, Centroamérica y la República Dominicana". En: Luis Guillermo Solís y Francisco Rojas Aravena. Editores. *Crimen organizado en América Latina y el Caribe*. Flacso. Santiago de Chile. 2008, p. 21).

Y, complementando el panorama descrito, se advierte también el interés y el compromiso de la comunidad mundial por promover e implementar iniciativas y esfuerzos conjuntos que posibiliten enfrentar de manera integral y eficiente a la criminalidad organizada. No obstante, como lo ha destacado con objetividad FORGIONE, los avances estratégicos y operativos en este dominio no han sido todavía muy significativos: "Aunque la ONU, con la cumbre mundial sobre la delincuencia celebrada en Palermo en 2000, dio indicaciones precisas sobre los instrumentos jurídicos, penales y de investigación para luchar contra las mafias, la corrupción y los delitos transnacionales, estamos todavía lejos de alcanzar el objetivo. Se han dado algunos pasos en la coordinación policial y en la adquisición de algunos instrumentos de lucha como la orden de busca y captura europea; pero incluso en Europa estamos muy lejos de la homogeneización de las legislaciones, tanto en lo relativo al delito de asociación mafiosa como a la posibilidad de intervenir sus patrimonios y las riquezas de procedencia delictiva. Este es el verdadero límite de la lucha contra las organizaciones

criminales" (Francesco Forgione. *Mafia Export. Cómo la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo.* Editorial Anagrama. Barcelona. 2010, p. 36). Siendo así, es comprensible que los estándares establecidos para impulsar la armonización internacional o regional en materia de prevención y control de la criminalidad organizada no estén aún formalmente consolidados en muchos aspectos, sobre todo en aquellos vinculados con la clase de delitos propios o representativos de la criminalidad organizada y sobre los que deberán recaer las acciones especiales de interdicción estatal. MILITELLO, por ejemplo, refiriéndose al proceso de armonización legislativo europeo, ha señalado que la criminalidad organizada permaneció, por mucho tiempo, ubicada en un nivel semántico y normativo bastante discreto y genérico que contrastaba con la trascendencia y prioridad que en la política internacional ha ido adquiriendo dicha modalidad delictiva. Según este autor, "[e]sta ubicación residual, junto a la tradicional vaguedad del concepto de crimen organizado, implica un riesgo de que se le interprete como una cláusula abierta, capaz de abarcar cualquier forma de delincuencia para poder llevar a cabo la intervención europea de armonización penal (...). Para no privar de un significado autónomo a la referencia a la criminalidad organizada contenida en la norma, se hace necesario identificar los caracteres típicos del concepto, incluso recurriendo a cualquier otra fuente que pueda ser útil para definirla" (Vincenzo Militello. "Hacia un Derecho Penal europeo". En: Miguel Abel Souto y Nelson Sánchez Stewart. *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2014, p. 232 y ss.).

Lo hasta ahora acontecido, y luego de casi dos décadas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, solo ha servido para validar la percepción de que, sin lugar a dudas, la criminalidad organizada se ha empoderado como uno de los más graves problemas del tercer milenio. Es más, fuentes internacionales coinciden en advertir que el poder económico del crimen organizado produce un volumen de ganancia ilegal anual de alrededor de 870,000 millones de dólares. Esto es, un equivalente "al 7 % de las exportaciones mundiales o el 1.5 % del PBI mundial". Lo que significaba que "si el crimen organizado representara un país, este sería una de las 20 mayores economías del mundo, ya que produce una cifra equivalente a la riqueza de Holanda". Lo cual implica que la criminalidad organizada "se ha convertido en un nuevo centro de poder a nivel mundial" (Cfr. José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". Ob. cit., p. 339).

Sin embargo, como sostienen DE LA CORTE IBÁÑEZ y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, "la criminalidad organizada no es, ni mucho menos,

un fenómeno reciente. Su repercusión en la historia social y política de varios países ha sido realmente profunda, en algunos casos con secuelas que se prolongan hasta su realidad presente" (Luis de la Corte Ibáñez y Andrea Giménez-Salinas Framis. *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada.* Ariel. Barcelona. 2010, p. 8). Por tanto, su vigente crecimiento cuantitativo y extensión geopolítica contemporáneos deben interpretarse también como una consecuencia previsible y funcional del propio proceso de evolución y desarrollo de la humanidad. Esta última constatación ha sido interpretada por las corrientes criminológicas actuales como un efecto de sustitución o contingencia previsible de la globalización, de la inmigración laboral, de la aplicación de las nuevas tecnologías de la integración de los mercados. Todo lo cual convalida la conclusión formulada por LAMAS PUCCIO, en torno a que "el fenómeno criminal ha venido cambiando en la medida en que el mundo ha evolucionado" (Luis Lamas Puccio. "Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 23. 2012, p. 311). La cual concuerda también con lo afirmado por LÓPEZ SÁNCHEZ, en el sentido de que "la globalización trajo consigo una nueva forma de organización de la sociedad y cuando las sociedades se reorganizan también lo hacen los delincuentes, con lo que la delincuencia organizada se ha convertido en el fondo misterioso de la modernización y del orden que trajo la globalización. Se verifica la idea de que la delincuencia organizada existe porque satisface necesidades que la legalidad no puede. Que los Estados no pueden" (Cfr. José López Sánchez. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". Ob. cit., p. 339). La conjunción, entonces, de esos sucesos han influido de modo determinante en el surgimiento y práctica de delitos inéditos hace cuarenta años atrás y cuyas características esenciales radican en provenir de estructuras organizadas empresarialmente, las que aplican un *modus operandi* sofisticado e internacional; que, además, han alcanzado una capacidad estratégica y operativa eficiente que les permite proveerse de oportunos y eficaces mecanismos de impunidad. Pero que, sobre todo, les asegura un proceso continuo de crecimiento y reinversión de sus millonarias ganancias ilegales y de su poder de influencia sobre el entorno social y político.

Interesa, por tanto, analizar cómo ese fenómeno de la criminalidad organizada ha logrado introducirse en la realidad actual del Perú y en su economía emergente e informal. Pero también cómo él ha incidido en la producción y formalización de una política criminal y un Derecho Penal dirigidos a su prevención y control.

II. EL TRATAMIENTO PENAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ

1. Antecedentes normativos y criminológicos

La criminalización contemporánea de los actos de constitución e integración de organizaciones criminales es un proceso reciente que se inicia hacia finales del siglo XX y que tiene un referente importante en la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Por ello resulta comprensible que ni el Código Penal de 1863 ni el de 1924 se hayan preocupado en incluir fórmulas legales para sancionar penalmente tales conductas. Lo cual, sin embargo, no excluye el hecho de que con anterioridad al Código Penal de 1991 la legislación penal peruana haya incluido episódicamente disposiciones normativas que aludían a organizaciones criminales. En efecto, si bien no se incorporaron tipos penales sobre asociación ilícita o asociación para delinquir, como ocurrió en muchos sistemas jurídicos de la región, el Derecho nacional consideró la conducción, integración o actuación en estructuras criminales como conductas punibles autónomas en delitos de tráfico ilícito de drogas (artículo 55 del Decreto Ley N° 22095) y terrorismo (artículo 5 del Decreto Legislativo N° 46) o como una circunstancia agravante específica en la comisión de determinados delitos patrimoniales, como el hurto o el robo, donde se aludía a una pandilla de malhechores, asociación o banda (artículo 238 del Código Penal de 1924). Esta última tendencia legislativa se expresa con claridad en el artículo 332 del Código Penal de 1863 que establecía lo siguiente: "El jefe de una pandilla de tres o más malhechores, con quienes hubiere perpetrado el robo, será castigado con uno o dos términos más de la pena señalada para los autores". Y también en el artículo 333 que señalaba que: "El socio habitual de una pandilla de malhechores, será considerado como codelincuente de estos en todo atentado que cometan, a no ser que pruebe no haber tenido participación alguna en el delito".

Correspondió, pues, al Código Penal de 1991, el privilegio de introducir por primera vez en el derecho punitivo nacional, un delito específico de integración en organizaciones criminales en el artículo 317. Este hecho punible fue integrado a la parte especial en el Título XIV, como parte de los **delitos contra la tranquilidad pública**. Lo destacable de este aporte normativo es que se refirió a estructuras criminales modernas y no a las anacrónicas asociaciones ilícitas, de allí que resultaba incoherente que la sumilla

legal asignada a dicho artículo no respetara tales diferencias. Ahora bien, la evolución posterior de dicho artículo ha conocido sucesivas reformas que han tenido un compás voluble de cambios positivos y negativos. La última de ellas fue introducida con el Decreto N° 1244, el cual no solo ha obscurecido la estructura y supuestos legales del artículo 317, sino que ha incorporado también un innecesario y defectuosos delito de **banda criminal** en el artículo 317-B.

El Proyecto de Código Penal de 2016 incorrectamente conserva en la Sección XIX del Libro Segundo, sobre **delitos contra la tranquilidad pública**, la denominación de asociación ilícita para criminalizar la constitución, promoción e integración de organizaciones criminales en el artículo 538. Un aspecto destacable de esta propuesta normativa es que incluye como una circunstancia agravante específica el que "se utilice a un menor de edad".

Ahora bien, en la última década, tal vez más que en cualquier otro momento de nuestra historia reciente, es posible afirmar y demostrar que en el Perú la delincuencia es ya un problema socializado y trascendente. Al respecto, en los últimos años, diferentes estudios empíricos, de mayor o menor cobertura, validan tal afirmación. Por ejemplo, según una encuesta realizada el año 2012 por Profética e Ipsos-Apoyo, la delincuencia para un 61 % de los encuestados era ya el principal problema que padecía nuestro país, "seguido de la corrupción (47 %), el desempleo (31 %), las drogas (30 %) y, por último, la pobreza (27 %)". Pero, además, se suele equiparar criminalidad organizada con modalidades delictivas violentas y muy sensibles a la población, la que las internaliza tanto en sus efectos dañosos como en su manifiesta y reiterada impunidad. Un año después, la Cámara de Comercio de Lima, en un estudio individualizado sobre una muestra de 130 de sus asociados, "reveló que un 57.9 % ha sido víctima del denominado robo al paso, un 20 % por robo a mano armada y un 14.6 % sufrió asalto en su domicilio u oficina. Un dato relevante del sondeo es que el 65.38 % de las familias que fueron víctimas de actos delincuenciales no realizó ninguna denuncia contrariamente a los 34.62 % que sí la realizaron. **Esto se explica ya que el 57.69 % consideró que presentar una denuncia era una pérdida de tiempo**" ("Aguda inseguridad ciudadana impactará en el crecimiento. Informe Especial publicado en Empresas & Negocios". En: *Revista de la Cámara de Comercio* N° 577. Año 12. Edición del 27 de mayo de 2013, p. 7 y ss.). En los años siguientes tales percepciones psicosociales se han fortalecido y extendido en la población nacional, como lo han puesto en evidencia otros sondeos de opinión de más reciente

data. Por ejemplo, el INEI detectó en sus encuestas de victimización que: "En el año 2014, a nivel nacional urbano, el 85,8 % de la población de 15 y más años de edad percibe que en los próximos doce meses puede ser víctima de algún hecho delictivo que atente contra su seguridad" (Instituto Nacional de Estadística e Informática. *Victimización en el Perú. 2010-2014*. INEI. Lima. Julio de 2015, p. 145). Igualmente, Ipsos Perú dio a conocer que la percepción de la inseguridad ciudadana se ha elevado hasta alcanzar al 90 % de los encuestados. Asimismo, 96 % se manifestó "a favor de que los menores de edad dedicados al sicariato sean sentenciados con penas iguales a los mayores de edad" (Cfr. Lourdes Fernández y Paolo Rivas. "La percepción de inseguridad aumenta de 73 % a 90 % en los últimos años". En: diario *El Comercio*. Edición del 23 de junio de 2015, p. A8). Es más, el proceso electoral 2016 se caracterizó por la prevalencia de las demandas y propuestas de prevención y control de la criminalidad organizada, las cuales pasaron por sugerir reformas en la estructura y operatividad de las agencias policiales hasta delegar facultades de intervención a las Fuerzas Armadas. (Cfr. "Acciones para la seguridad ciudadana". En: diario *El Comercio*. Edición del 3 de abril de 2016, p. 14).

En el contexto crítico que se ha reseñado, también es posible reconocer que en la realidad actual del Perú coexisten dos modalidades muy definidas y diferentes de criminalidad organizada. Esto es, de manifestaciones paralelas de delincuencia que se realizan y reproducen a partir de estructuras organizacionales de diseño convencional o complejo.

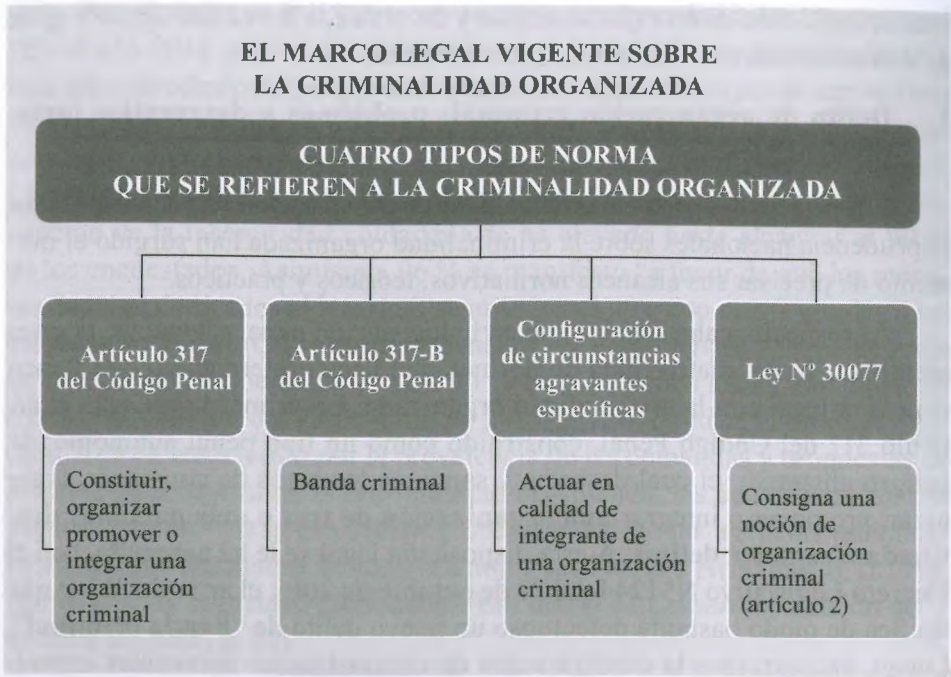
En efecto, es visible, desde todo enfoque sociológico, político, económico o psicosocial, que se aplique al interior de la sociedad peruana, o sobre la interacción cotidiana de sus actores, la confluencia aleatoria y trasversal de manifestaciones activas o latentes de criminalidad organizada violenta. Esto es, de aquella dedicada, sobre todo, a delitos tradicionales como el robo, el secuestro o la extorsión; con la silenciosa y encubierta presencia operativa de modalidades de criminalidad organizada no convencional y sofisticada como el lavado de activos, la minería ilegal o la trata de personas. Al respecto, es pertinente destacar que el desarrollo cuantitativo de los indicadores de frecuencia de la primera de esas formas delictivas, la también denominada **criminalidad organizada fracasada o de los pobres y desplazados**, se integra con imágenes predominantes, a la vez que constantes, que hacen menos visible el verdadero y gravitante poder material que van adquiriendo las **organizaciones criminales exitosas**. Las cuales, además, construyen o expanden sus mercados y

productos ilícitos en un espacio amplio y favorable, a la vez que opaco y gris, de una economía tan emergente como informal.

2. Delito de organización criminal: problemas y desarrollos jurisprudenciales

Los principales problemas detectados en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre la criminalidad organizada han surgido al momento de precisar sus alcances normativos, teóricos y prácticos.

Al respecto, cabe señalar que en la legislación penal vigente se pueden identificar hasta cuatro tipos de normas que hacen referencia o que tienen conexión legal con la criminalidad organizada. En primer lugar, está el artículo 317 del Código Penal, construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, el cual describe y sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar **una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos**. A esta disposición legal se le ha agregado, con el Decreto Legislativo N° 1244 del 27 de octubre de 2016, el artículo 317-B que tipifica de modo bastante defectuoso un nuevo delito de **"banda criminal"**. Luego, encontramos la configuración de circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión material de diferentes delitos que se estiman propios de la criminalidad organizada y que son ejecutados por quién **actúa en calidad de integrante de una organización delictiva.** Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo *in fine* (delitos de robo); 297, inciso 6 (delitos de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e de la Ley 28008 (delitos aduaneros); y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo N° 1106 (delitos de lavado de activos). Y, finalmente, también se cuenta con una legislación especial contra la criminalidad organizada contenida en la Ley N° 30077. La cual contempla en su artículo 2 una noción legal de organización criminal donde se precisa que esta requiere una **"agrupación de tres o más personas"**. Esta Ley en su artículo 3 hace un largo listado de los **delitos que considera propios de la criminalidad organizada** y a los que extiende sus efectos normativos. Y en su artículo 22 reúne diferentes circunstancias agravantes cualificadas, que se han edificado a partir de la condición y posición que el delincuente tiene o ejerce en **"la organización criminal"**.



Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de una organización criminal, ha motivado diferentes problemas de interpretación. El primero está vinculado con la necesidad sistemática y práctica de esclarecer el rol funcional y la utilidad particular que corresponde asignar a cada tipo de normas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus diferencias. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, en sus fundamentos jurídicos 6 al 9, aportó importantes criterios iniciales sobre estas materias.

Un segundo problema que también debe dilucidarse es el concerniente a la conducta delictiva que debe materializar el autor del hecho punible según el tipo penal del artículo 317. Al respecto, cabe destacar que hasta antes de la Ley N° 30077 solo constituía delito el **formar parte de una organización criminal**. Es decir, bastaba con integrarse a ella. El debate por aquel entonces se redujo, por tanto, a discutir acerca de si la integración requería, necesariamente, de la preexistencia de una estructura delictiva o si abarcaba también los actos de constitución de la organización delictiva. El desenlace jurisprudencial fue favorable a "la existencia de la organización" como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose, incluso, que la estructura de la organización criminal debe formarse "a través del acuerdo o pacto" (Ejecutoria

Suprema del 14 de mayo de 1999 recaída en el Recurso de Nulidad N° 782-98, procedente del distrito judicial de Lima Norte).

Ahora bien, con la promulgación de la Ley N° 30077, o Ley Contra el Crimen Organizado, surgieron nuevas dudas. Esta vez lo que se cuestionaba era el número mínimo de la composición del grupo criminal, ya que el artículo 2 de la citada Ley se refería a tres o más personas, mientras que en un reformado artículo 317 del Código Penal se incluían como nuevas conductas punibles los actos de constitución y promoción de organizaciones criminales aunque manteniendo en dos personas el mínimo de sus componentes. Sobre este aparente conflicto legal no se pronunció la jurisprudencia pero sí la literatura especializada. Esta última señaló que no existía ninguna incompatibilidad entre tales disposiciones legales, ya que se requerían, cuanto menos, dos personas para constituir la organización criminal y tres para materializar la conducta de integración en la estructura criminal ya constituida. En consecuencia, pues, era pertinente y justificado reprimir las conductas constitutivas con base en solo dos personas y los actos de integración en torno a no menos de tres. Sin embargo, las reformas introducidas en el artículo 317 por el Decreto Legislativo N° 1244 han superado esta discordancia requiriendo la intervención mínima de tres personas.

El tercer problema que afrontó la jurisprudencia nacional surgió en función a la existencia de circunstancias agravantes específicas para diferentes delitos, como el robo, el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, las cuales se configuraban cuando tales delitos eran cometidos por integrantes de una organización criminal. Sobre ello se planteaba la incertidumbre de si cabía reconocer la realización de dos delitos independientes, considerando también el hecho punible tipificado en el artículo 317 del Código Penal. Esto es, si se presentaba un caso de concurso real (artículo 50). También en el Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007, se precisó que solo habría un concurso real de delitos si el autor del hecho punible era integrante de una organización criminal por mandato de la cual cometía un delito pero que no tenía regulada la agravante específica por integración en organización criminal. Ya que si esa agravante estaba regulada para el delito cometido ya no habría ninguna opción de concurso real con el delito contemplado en el artículo 317. Esta interpretación también fue acogida por los especialistas nacionales, al señalar que "formar parte de la agrupación abona así la idea de ser integrante o miembro de dicha entidad ilícita, esto es, de participar en sus deliberaciones, proyectos, contribuir económicamente o a nivel de gestión en su desarrollo interno, sin traspasar a la esfera de los hechos delictivos concretos, pues de

producirse ello **el formar parte** será absorbido por la tipicidad de los supuestos delictivos agravados que contengan menciones expresas a las bandas u organizaciones delictivas, y en su defecto a configurar situaciones de concurso real de delitos. En ambos contextos el peligro abstracto de la asociación ilícita cederá el paso al peligro concreto de los hechos criminales realizados" (Carlos Caro Coria, José Leandro Reaño Peschiera y César Eugenio San Martín Castro. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir.* Jurista Editores. Lima. 2002, p. 345).

También se ha suscitado una discusión menos intensa en la judicatura nacional, con relación a la posibilidad de que una misma persona realice una **integración múltiple en varias organizaciones criminales y si ello daría lugar a un concurso real homogéneo**. Es decir, que el mismo agente se integre simultánea o sucesivamente en más de una organización criminal. Al respecto, la respuesta dada por la jurisprudencia ha sido afirmativa siempre que se trate de varias estructuras criminales distintas. Además, se ha sostenido que tal posibilidad es sobre todo factible cuando se trata de **estructuras criminales flexibles** como las de tipo red y donde el hombre clave puede constituir varios grupos criminales con propósitos delictivos diferentes. No obstante, ello no sería posible en el caso de **estructuras de tipos jerarquía regional o agrupación jerárquica**, ya que sus integrantes, pese a poseer una relativa autonomía operativa o regional, siempre integran el mismo grupo criminal.

Ahora bien, la principal ventaja que ofrece el nuevo texto legal del artículo 317 del Código Penal, luego de las sucesivas modificaciones que le fueron aplicadas por la Ley N° 30077 en el 2013 y por los Decretos Legislativos N°s 1181 de 2015 y 1244 de 2016, radica en que su actual estructura normativa ha adquirido una condición alternativa que permite considerar también punibles **la constitución, la organización y la promoción de organizaciones criminales.** También cabe calificar como positiva la actual exigencia de **tres personas como el mínimo de componentes** de una organización criminal.

Sin embargo, resultan inconvenientes e innecesarias las detalladas referencias a otras características que debe tener la organización criminal. Esta modificación, que fue también introducida por el Decreto Legislativo N° 1244, reproduce los mismos rasgos complementarios que a tales estructuras delictivas les adscribe el artículo 2 de la Ley N° 30077. Por tanto, la actual descripción del hecho punible en el artículo 317 del Código Penal resulta muy compleja y está recargada de elementos normativos que harán muy dificultosa su aplicación judicial y su actividad probatoria. La fórmula legal empleada es la siguiente:

> "El que **promueve, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 6)".

A continuación se analizan los alcances interpretativos que cabe asignar a tales contenidos legales:

- **Constituir una organización criminal:** Es dar nacimiento formal a una estructura delictiva. Es un acto fundacional que define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, el *modus operandi*, así como las acciones inmediatas y futuras de la organización criminal. De hecho, la constitución de una organización criminal implica trascender la eventualidad del concierto criminal y de la conspiración criminal para convertirlos en un proyecto criminal de realización temporal indefinida y con un proceso de ejecución continua y planificada. El mínimo de constituyentes de la organización criminal tiene que ser necesariamente de dos personas que conciertan voluntades, aportes, formas de acceso de los nuevos integrantes y funciones estratégicas u operativas básicas para la viabilidad del grupo delictivo.
- **Organizar una organización criminal:** Esta conducta involucra todo acto dirigido a diseñar y proveer de una estructura funcional y operativa al grupo delictivo ya constituido. Esto es, por ejemplo, delinear los órganos de gestión y sus niveles operativos; precisando, además, sus líneas de comunicación y configurando sus facultades, poderes u obligaciones internas y externas. El que organiza no solo construye un organigrama de la estructura criminal, sino que la dota también de un orden para su funcionamiento. Esta actividad puede ser realizada también por quienes constituyeron o fundaron la organización criminal o por un integrante distinto de aquellos. Según el tipo de organización criminal, esta modalidad delictiva puede ser ejecutada paralelamente por quien la conduce o dirige.
- **Promover una organización criminal:** Comprende la realización posterior de actos de difusión, consolidación y expansión de una organización criminal ya creada y organizada e, incluso, en plena ejecución de su proyecto delictivo. Esto es, el agente que funge de promotor puede

procurar alianzas delictivas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas o la proyección de la organización criminal hacia nuevas áreas geográficas de influencia. El que promueve la organización criminal está a cargo, de modo formal o fáctico, de todo el proceso de planificación estratégica que ha de orientar el futuro de aquella. No se trata, pues, de crear solo mejores condiciones operativas para su desempeño local o internacional, sino de imprimir programáticamente el desarrollo funcional de la estructura y de sus operadores centrales o ejecutivos. Cabe precisar que el rol de promotor en el grupo criminal puede ser asumido por uno o más de sus integrantes. También es importante destacar que estas conductas pueden adquirir formas distintas según la tipología o el diseño de la organización criminal que se busca promover. Pero, además, que los actos de constituir y luego promover la organización criminal ya constituida pueden ser ejecutados secuencialmente por una misma persona.

- **Integrar una organización criminal:** Es la cuarta conducta típica que contiene el artículo 317 del Código Penal. Cabe recordar que ella era la única que sancionaba dicha disposición en su texto original. Ahora bien, sus alcances hermenéuticos comprenden todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual el autor del delito se incorpora de modo pleno e incondicional. Esto es, a través de esta conducta el agente se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas. La duración de esa relación operativa en la que el integrado se hace parte de un todo estructurado es en principio indeterminada, aunque su actuar concreto como miembro de la organización criminal no sea necesariamente continuo, sino eventual, tal como lo hace notar el artículo 2.2 de la Ley N° 30077, al resaltar que: "La intervención de los integrantes de una organización criminal (...) puede ser temporal, ocasional o aislada". Ahora bien, el integrante puede realizar también actos de promoción pero no de constitución de la organización criminal. Esto último porque su conducta típica, como se ha destacado, solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución del grupo criminal.

Es importante destacar, una vez más, que ya no hay contradicciones entre la noción legal de organización criminal que contiene el artículo 2 de la Ley N° 30077, con la descripción típica de los actos delictivos que hace el

artículo 317 del Código Penal. Ahora, en ambas normas se menciona **"cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones".**

Sin embargo, es pertinente diferenciar el rol funcional de ambos artículos. En efecto, el artículo 2 es solo una **definición de términos** que explica lo que para la Ley N° 30077 debe entenderse como una organización criminal. Corresponde a lo que en ciencias sociales se denomina también una **operativización de conceptos**. No es, pues, la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco.

El artículo 317, en cambio, es un tipo penal que describe, como ya se ha precisado, cuatro conductas delictivas alternas donde, cuanto menos, para la realización de una de ellas es suficiente la intervención conjunta de dos personas, lo que ocurre con el acto fundacional o de constitución de la organización criminal. Mientras que para que sea posible la materialización del acto también punible de integración o adhesión a una organización criminal, ella ya debe estar constituida. Por tanto, pues, el autor de esta hipótesis delictiva siempre ha de ser el número tres del mínimo necesario que fija el artículo 317. Los dos constituyentes, por tanto, no integran la organización, sino solo quien se adhiere luego a ella.

Todos los actos criminalizados en el artículo 317 son siempre dolosos y su consumación es de naturaleza permanente.

La penalidad conminada es conjunta y comprende pena privativa de libertad, multa e inhabilitación.

Las sucesivas reformas introducidas en el artículo 317 también incidieron en la regulación de sus **circunstancias agravantes específicas**. Al respecto se ha suprimido aquella que estaba originalmente referida a la **finalidad delictiva de la organización criminal.** No obstante, satisface observar que se ha mantenido la circunstancia agravante específica que tiene como indicador **la posición de mando y gestión** que ostenta el agente al interior de la organización criminal; pero también el trascendente rol que le corresponde a quien actúa **como financista** de la misma. En efecto, se conservan como agravantes específicas el ser **"líder, jefe o dirigente de la organización".** Si bien tales categorías parecen referirse a perfiles y roles semejantes de conducción de la organización delictiva, es posible identificar en cada una de ellas diferencias funcionales en relación al tipo de estructura de la organización criminal de que se trate. No corresponden, pues, tales categorías a niveles estratégicos de poder y control necesariamente equiparables. Veamos:

La norma legal se refiere en primer término al **líder,** para identificar en él a un órgano estratégico y de gestión más próximo a las organizaciones criminales de estructura flexible como el grupo central o la red criminal. Se trata, en lo esencial, de un gestor funcional con amplias facultades de orientación, conducción y coordinación de las actividades delictivas del grupo criminal. A él le corresponde, sobre todo, decidir el planeamiento de la oportunidad y modalidad de la intervención especializada de sus integrantes. El líder no ejerce un mando vertical ni coactivo sobre los demás miembros del grupo delictivo, sino, más bien, finalista y consensuado. Actúa, pues, como un guía del proceder de aquellos hacia la realización de los proyectos ilegales que les son comunes. Los líderes son los que conducen organizaciones dedicadas a delitos de alta especialización como el lavado de activos.

El **dirigente,** en cambio, es un órgano central que ejerce una clara posición de mando y poder al interior de la organización criminal. Define y ordena el quehacer de los demás integrantes de modo directo y vertical. Aplica, pues, un control centralizado y excluyente que es propio de las estructuras criminales rígidas como las denominadas de **jerarquía estándar**. El rol de dirigente corresponde, pues, a las bandas o asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de delitos violentos.

Finalmente, el **jefe** es un órgano intermedio equivalente al *capo decima* de las clásicas organizaciones mafiosas italianas y norteamericanas. A él le corresponde el control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben cumplir los integrantes colocados bajo su mando. Su autonomía está siempre limitada a lo táctico y subordinada siempre al poder central del dirigente. El jefe suele ser un nivel eminentemente operativo que es frecuente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional como, por ejemplo, las que se dedican al tráfico ilícito de drogas, el contrabando o la trata de personas, entre otras modalidades de crimen organizado.

La agravante que se analiza también considera a quien financia la organización. La norma alude a un gestor especializado y de confianza, encargado de proyectar, procurar, suministrar o administrar los recursos financieros y logísticos que requiere la organización criminal para su operatividad delictiva. Por lo general, este órgano de apoyo se encarga también de controlar el flujo contable de las ganancias ilícitas y de contactar las operaciones de lavado de activos que sean necesarias para su aseguramiento y reinversión.

Es lamentable que las reformas legales hayan omitido incorporar también otras agravantes específicas pertinentes. Por ejemplo, el que **se utilice o**

integre en la organización criminal a menores de edad. Lo cual viene ocurriendo de modo reiterado en torno a aquellas organizaciones criminales violentas que reclutan y emplean a menores como **sicarios o "gatilleros".** Pero también el **carácter y operatividad transnacional** de la organización criminal.

Ahora bien, en el texto reformado del artículo 317 del Código Penal se ha suprimido la autorización expresa y específica para aplicar **consecuencias accesorias a las personas jurídicas** que por su cultura criminal sirven a la ejecución o a la cobertura de las actividades delictivas de organizaciones criminales. Sobre todo, de aquellas personas jurídicas que se constituyeron con las sospechosas características de **empresas de fachada, de empresas de papel o de empresas *offshore.*** Con anterioridad al Decreto Legislativo N° 1244, se consideraba para tales casos la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 (disolución y liquidación) y 4 (prohibición de realización de actividades futuras afines al delito cometido) del artículo 105 del Código Penal. No obstante, es de precisar que tales medidas pueden seguir aplicándose a partir de su regulación general en el artículo mencionado o en el artículo 23 de la Ley N° 30077. Es más, según los casos, también es posible invocar dichas normas para aplicar otras consecuencias accesorias más graves como la disolución. Al respecto, es pertinente recordar que la disolución de una persona jurídica delincuente requiere, además, según lo estipulado por el párrafo final del artículo 105-A, acreditar que ella "fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas".

3. Nuevos problemas hermenéuticos: el delito de banda criminal

El Decreto Legislativo N° 1244 introdujo en el Código Penal el artículo 317-B para reprimir de modo autónomo un nuevo delito al que denominó **"banda criminal".** Se trata de una disposición inédita en nuestra legislación pero que ha sido construida con una redacción muy deficiente. El texto legal incorporado es el siguiente:

> "El que **constituye o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente;** será reprimido con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa".

Sobre la necesidad y utilidad de este nuevo delito, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1244 solo da explicaciones difusas e incoherentes que denotan graves carencias de soporte técnico y criminológico. Por

ejemplo, se ha señalado lo siguiente: "No pretendemos redundar en lo que otros ya han señalado, pero sí dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del Código Penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con mucho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad".

Al parecer, el objetivo político-criminal de la criminalización de este nuevo hecho punible ha sido cubrir las deficiencias operativas que han mostrado las agencias de persecución y sanción del delito al investigar o juzgar los actos tipificados en el artículo 317 del Código Penal. Al respecto, se ha sostenido que: "el 73 % de la carga (...), está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad (...). Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves".

En cuanto a errores técnicos, el tipo penal de "banda criminal" es confuso e incompleto. Solo considera punibles los actos de constituir o integrar una unión de dos o más personas. La cual, además, debe tener como finalidad la comisión de delitos concertadamente; es decir, de hechos punibles futuros que operan como una tendencia interna trascendente de quienes constituyen o integran tal unión que ha de ser necesariamente predelictiva. Esto significa que no es un componente de la tipicidad el cometer de modo concreto un delito como el hurto, el robo o el secuestro. Esta regulación se asemeja, por tanto, a una forma de **conspiración criminal**, similar a la que se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 296 del Código Penal.

Pero, además, la redacción utilizada exige la presencia de un presupuesto negativo para que este raro delito se perfeccione, cual es que la unión delictiva

constituida o integrada por el autor del delito no reúna "**alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317**", ¿cuáles o cuántas? Nada de ello se específica en el artículo 317-B ni se esclarece mínimamente en la Exposición de Motivos de dicha norma. De allí que sea explicable el desconcierto, la incoherencia y la especulación hermenéutica que sobre sus características típicas se aprecia en los comentarios que se formulan a este raro delito (Marcial Eloy Páucar Chappa. "El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú", p. 32 y ss.; Iván Pedro Guevara Vásquez. "A Propósito del Decreto Legislativo N° 1244", p. 51 y ss.; Miguel Toyohama Arakaki. "El delito de organización criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N° 1244", p. 74 y ss. Todos en *Actualidad Penal* N° 31. Enero de 2017).

En cuanto a su calificación criminológica, este delito no tiene la más mínima relación con la tipología criminal que corresponde en la literatura especializada y en el Derecho comparado a una "banda criminal". La cual reúne históricamente cuatro componentes característicos: pluralidad de agentes, estructura jerárquica, continuidad delictiva y ejecución de delitos comunes violentos. Pero, además, la banda criminal es una forma anacrónica de organización criminal, por lo que ya está técnicamente cubierta por la previsión del artículo 317 del Código Penal.

Ahora bien, cabe considerar que quienes redactaron el artículo 317-B hayan pretendido regular como punible formas autónomas de **concierto criminal**. Cabe recordar que a este solo se alude en la legislación nacional como una circunstancia agravante específica por pluralidad de agentes que cometen conjuntamente como coautores un determinado delito. De haber sido esa la intención de la Ley, no cabe duda que hubiera sido mejor construir una fórmula legal menos equívoca y a la que no se le adscriba la inadecuada sumilla de **"banda criminal"**. Tal vez hubiera bastado con sancionar **"a quienes se concierten para cometer delitos"**.

La penalidad establecida para el delito del artículo 317-B es conjunta e integra penas privativas de libertad con penas de multa.

Las deficiencias y dificultades mencionadas demandan que este delito sea suprimido o reformulado en términos más precisos que le aseguren un mínimo de utilidad, alejando todos los problemas y riesgos que su actual tipificación va a generar a la actividad judicial y a un mejor rendimiento funcional frente al control y juzgamiento de formas concertadas de actividad criminal.

Tráfico ilícito de drogas: el delito y sus circunstancias[18]

I. ASPECTOS GENERALES

Como bien lo destaca un reciente informe de la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República, encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales: "El Perú es un país productor milenario de hojas de coca; su cultivo con un máximo de seis cosechas al año, es una actividad con mayor rentabilidad frente a los cultivos alternativos (arroz, café, cacao, frutales, etcétera). Los pagos adelantados y garantizados de las cosechas, la falta de fiscalización por parte de las instituciones creadas para tal fin, entre otros aspectos, han sido los principales incentivos mediante los cuales el narcotráfico nacional e internacional han promovido que se mantenga y se multiplique la superficie de estos cultivos" (Congreso de la República. *Narcotráfico y política.* Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los Partidos Políticos, Movimientos Regionales y Locales. Centro de Investigación de Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2016, p. 225). A este factor socioeconómico se le adiciona otro externo consistente en el continuo incremento que adquiere la cadena del valor de las drogas de origen cocaínico en el mercado nacional e internacional. Todo ello interactúa como un relevante incentivo para la intervención de la criminalidad organizada en estas actividades ilícitas. En efecto, según distintas fuentes, el precio del kilo de clorhidrato de cocaína en las zonas de producción ilegal del país como el Vraem o el

(18) Publicado originalmente en: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Derecho Penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 161-184.

Huallaga asciende a USD 1178. Luego, en las zonas de embarque como el Callao o Paita, el valor se incrementa, llegando a situarse entre los USD 4000 a 6000. Sin embargo, en el mercado norteamericano el costo del kilo de la sustancia adictiva se sitúa en un promedio de USD 30 000, mientras que en España sube a USD 50 000, en Rusia se eleva a USD 150 000 y en Arabia Saudita puede alcanzar los USD 270 000 (Cfr. "Industrias delictivas". En: diario *El Comercio*. Edición del 24 de marzo de 2016, p. 13).

Ahora bien, los efectos y daños colaterales que derivan del denominado **problema de la droga** en nuestro país también continúan siendo altos y significativos en lo social, lo económico y lo político. Pero, además, en un plano psicosocial, la población nacional parece haber asimilado ya que esta situación se torna irreversible, lo que ha llevado a que en la conciencia colectiva se haya internalizado la imagen de que el tráfico ilícito de drogas es, lamentablemente, un componente distintivo importante de la realidad de nuestro país. Al respecto, un estudio empírico sobre tales impactos negativos concluye señalando que "se ha determinado que el costo de la problemática de las drogas en el Perú es de 444.7 millones de US$ anuales, lo que corresponde a cerca de US$ 16 per cápita. La magnitud del problema representa un 0.2 % del Producto Bruto Interno" (Observatorio Peruano de Drogas. *Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú*. Devida. Lima. 2010, p. 89).

Interesa, pues, evaluar, a continuación, la regulación penal que tiene el tráfico ilícito de drogas en el Código Penal de 1991. Comenzaremos señalando que este delito se encuentra criminalizado en la Sección II, del Capítulo III, del Título XII de la parte especial. Su morfología delictiva abarca los artículos 296 a 303 y está distribuida del modo siguiente:

- Modalidades punibles de tráfico de drogas (artículo 296).
- Actos de siembra y cultivos Ilegales (artículos 296-A y 296-C).
- Tráfico ilícito de insumos químicos fiscalizados (artículo 296-B).
- Circunstancias agravantes específicas (artículo 297).
- Circunstancias atenuantes (artículo 298).
- Posesión no punible de drogas (artículo 299).
- Prescripción, aplicación y expendio ilegal de medicamentos compuestos con drogas prohibidas (artículo 300).

- Coacción para el consumo de drogas (artículo 300).
- Instigación para el consumo de drogas (artículo 301).

Cabe señalar que este listado de delitos se complementa con la inclusión de una norma que dispone la aplicación conjunta de una pena de expulsión para los extranjeros que incurran en la realización de cualquier modalidad de tráfico ilícito de drogas.

Característica común a esta clase de hechos punibles es que solo se reprimen conductas dolosas y que el objeto de acción del delito lo constituyen sustancias que al ser administradas o consumidas por una persona producen adicción y farmacodependencia y a las que la ley de modo genérico identifica como **"drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"**. No obstante, en diferentes artículos, como el 297 y el 298, el legislador precisa que se trata de las siguientes drogas de origen natural o sintético:

- Pasta básica de cocaína y sus derivados.
- Clorhidrato de cocaína.
- Látex de opio.
- Derivados del látex de opio.
- Marihuana.
- Derivados de la marihuana.
- Éxtasis con contenido de metanfetaminas.

Asimismo, constituyen objeto del delito las materias primas consistentes en plantas de amapola, coca y *cannabis sativa* que poseen sustancias adictivas. Pero también diferentes insumos químicos fiscalizados por su empleo en la producción de drogas como: **ácido sulfúrico, acetona, ácido clorhídrico o muriático, benceno, éter etílico o sulfúrico, carbonato de sodio, carbonato de potasio, hipoclorito de sodio, queroseno, permanganato de potasio, sulfato de sodio, amoniaco, óxido de calcio**, entre otros.

Otra particularidad de los delitos de tráfico ilícito de drogas es que son reprimidos con una penalidad conjunta compuesta por penas privativas de la libertad, multa e inhabilitación.

Seguidamente analizaremos los delitos y circunstancias agravantes y atenuantes que contienen los artículos 296, 297 y 298.

II. LOS DELITOS TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 296

Tradicionalmente, el artículo 296 del Código Penal ha sido considerado como el **tipo básico** del delito de tráfico ilícito de drogas. Esto es, como una norma penal matriz o genérica que define qué actos configuran dicho delito.

Sin embargo, el artículo 296 **no tipifica un solo delito, sino cuatro delitos diferentes**. De allí que la configuración y estructura normativa de dicho artículo no responden a las características propias de un tipo básico similar al que describe el homicidio simple en el artículo 106. Se trata, más bien, de un tipo legal complejo y con una sistemática alternativa que distingue y regula varias conductas distintas como modalidades diferentes de tráfico ilícito de drogas. Lo que permite reconocer que con este dispositivo legal se ha buscado reunir en un solo artículo cuatro opciones de intervención en el proceso o circuito estratégico, productivo y de comercialización ilegal de drogas fiscalizadas.

Cabe destacar que cada una de cuatro conductas delictivas que contiene el artículo 296 posee características propias que aluden a elementos típicos y momentos consumativos diferenciables, por lo que su inclusión en una sola disposición no resulta adecuada. Por tal razón, el análisis dogmático de cada supuesto regulado debe hacerse respetando la autonomía y las particularidades de esa compleja construcción normativa.

Ahora bien, al interior del artículo 296 encontramos los siguientes delitos:

1. El primer párrafo criminaliza la **promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico.**
2. En el segundo párrafo se describe **la posesión de drogas para su tráfico ilícito.**
3. El párrafo tercero contempla como conducta punible **el suministro, la producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación.**
4. Y en el cuarto y último párrafo se tipifica **la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas.**

Como ya lo hemos mencionado, las conductas típicas previstas por el artículo 296 tienen estructura y características diferentes. En tal sentido, el supuesto regulado en el párrafo primero es una conducta de peligro concreto.

Por su parte, los actos tipificados en el párrafo segundo configuran un delito de peligro abstracto. Y, por último, las modalidades reguladas en los párrafos tercero y cuarto constituyen la criminalización autónoma de formas específicas de participación y de actos preparatorios.

Por consiguiente, pues, el análisis dogmático que a continuación haremos de todas estas hipótesis delictivas se realizará de modo independiente y en función a las particularidades que corresponde a cada supuesto típico.

Como se señaló, el primer párrafo del artículo 296 criminaliza todas aquellas **conductas que posibilitan el consumo indebido de drogas por terceros**. Por tanto, el sujeto activo debe ejecutar actos de fabricación o tráfico y, con ellos, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios. Se trata, por tanto, de conductas que **"difunden o expanden el consumo ilegal"** (Ujala Joshi Jubert. *Los delitos de tráfico de drogas*. J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1999, p. 101). Como bien anotan los especialistas, la norma criminaliza, con base en las conductas de fabricación o tráfico, todo el ciclo de la droga que resulta idóneo para facilitar el consumo de tales sustancias por terceros. En tal sentido, se **promueve** el consumo, cuando este no se ha iniciado; se **favorece** el mismo cuando se permite su expansión; y se **facilita** cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo. Sin embargo, la referencia que hace la norma a un **consumo ilegal** demanda que los actos punibles siempre deben estar orientados hacia el consumo ajeno o de terceros (Juan Carlos Carbonell Mateu. "Consideraciones en torno al delito de tráfico de drogas". En: *La problemática de droga en España*. Edersa. Madrid. 1986. pp. 344-345). Esto es, al consumo de quien no es autor de actos de fabricación o tráfico. Esta distinción es relevante, pues permite sostener que los **actos de fabricación o tráfico realizados por una persona para promover, favorecer o facilitar su propio consumo carecen de trascendencia penal.**

Ahora bien, estamos ante un tipo penal alternativo. Esto es, la ley describe en él varias opciones para la materialización de la conducta punible. Sin embargo, para la tipicidad será suficiente que el sujeto activo realice, cuanto menos, uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico. Es decir, que, conforme al artículo 89 del Decreto Ley N° 22095, el agente puede **"preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar"** cualquier sustancia fiscalizada, ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante procedimientos de síntesis química (inciso 15). Además, él puede también **"depositar, retener, ofrecer, expender, vender,**

distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito" sustancias adictivas (inciso 6).

El tipo subjetivo de este delito requiere de dolo. Cabe añadir también que la propia naturaleza del tráfico ilícito de drogas demanda exigir en la esfera subjetiva del delito que la acción del agente esté orientada por una motivación lucrativa.

Un problema específico se relaciona con la calificación jurídica que deben merecer ciertos comportamientos que, pese a no ser actos de fabricación o de tráfico de drogas, pueden, igualmente, promocionar, facilitar o favorecer su consumo ilegal por terceros. Ese es el caso de la donación de drogas, la facilitación de dinero para que un tercero adquiera drogas para su propio consumo y los actos de inducción al consumo colectivo de tales sustancias. Con relación a estos casos, subsisten posiciones discrepantes que avalan su atipicidad o relevancia penal. Para un sector, tales actos constituyen formas de tráfico. Para otro sector, en cambio, dichas conductas carecen totalmente de tipicidad. Consideramos correcta la segunda posición, sobre todo porque tales conductas carecen de una finalidad o expectativa lucrativa que las guíe o motive. No obstante, según los casos, alguna de ellas, como la inducción, podría subsumirse en la hipótesis normativa de tipos penales periféricos al tráfico ilícito. Por ejemplo, en el artículo 302 del Código Penal, que tipifica la **instigación al consumo indebido de drogas**.

Es de precisar que toda forma de error sobre la condición adictiva de la sustancia que se fabrica o comercializa hará atípica la conducta. Este es el caso de quien considera no nociva la sustancia que produce o vende o de quien traslada sustancias adictivas sin conocer su condición de drogas. Sin embargo, si el error recae sobre la licitud de los actos de fabricación o comercio de sustancia adictivas, ello afectará la culpabilidad del agente en los términos y con los efectos que regula el artículo 14 del Código Penal.

El delito de **posesión de drogas con fines de tráfico ilícito** se encuentra descrito en el segundo párrafo del artículo 296. Sobre esta hipótesis típica, cabe destacar que ella no criminaliza los actos de posesión de drogas para el propio consumo o de posesión de drogas con finalidad diferente a la del tráfico o comercio ilegal. Por tanto, carecen de tipicidad y por ende de relevancia penal, la posesión de drogas fiscalizadas con fines. Ello demuestra lo absurdo e innecesario que resulta la previsión del artículo 299 del Código Penal vigente, que regula una causa de justificación para un comportamiento de posesión

para consumo que es atípico, llegando, incluso, a excluir de sus alcances a quien posea dos o más tipos de drogas.

Ahora bien, el supuesto delictivo que ahora comentamos ha sido diseñado como una estructura de peligro abstracto. Es decir, para su consumación solo se requiere que el agente materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de la droga fiscalizada. La clase o la cantidad de la droga poseída no afecta la tipicidad del acto. Sin embargo, si esta última es **escasa o considerable,** puede configurar una circunstancia atenuante o agravante en la medida en que se cumplan los demás requisitos cuantitativos y cualitativos que se precisan al respecto en los artículos 297 y 298 del Código Penal.

En un plano subjetivo, la tenencia o posesión dolosa de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior de tráfico. Es decir, debe coexistir en el agente una finalidad de comercialización de la droga poseída. Por tanto, la tipicidad de este delito exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina califica como de **tendencia interna trascendente.** Lo que implica que para que se dé el delito se requiere del dolo, pero, además, que el agente subjetivamente se haya propuesto un fin ulterior a la posesión y que debe ser el de destinar la droga poseída al comercio o tráfico ilegal. Una finalidad diferente hará atípica la posesión de drogas. No obstante, la tipicidad no requiere que aquel objetivo o finalidad se concrete objetivamente. Es decir, que realmente se realice un acto posterior de comercialización de la droga. Será suficiente que haya estado presente al momento de poseer la sustancia adictiva.

En ese sentido, como destacó por mucho tiempo la jurisprudencia nacional y extranjera: "Lo que determina el carácter delictivo de la tenencia es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo. Sin embargo, la comprobación de la finalidad del tráfico depende de la objetivación de la voluntad, y ello ha requerido establecer qué elementos del hecho facilitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia". Y la verificación objetiva de esa finalidad solo puede apreciarse a partir de la **prueba indiciaria**. La cual puede construirse y lograrse cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón, circunstancias y propósito de la posesión. Como, por ejemplo, la cantidad de la droga poseída; la condición de consumidor ocasional o habitual del poseedor; la oportunidad y el lugar de la detención; la naturaleza de las demás especies que fueren incautadas al agente (monedas de baja denominación, cigarrillos, balanzas de precisión, etc.).

El delito de **suministro, producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación** se encuentra descrito en el tercer párrafo del artículo 296.

En una compleja estructura normativa se identifican dos conductas delictivas, las que tienen en común el estar vinculadas con la introducción al país, la producción, el almacenamiento, el acopio, el suministro o la comercialización de materias primas y sustancias químicas con dos finalidades ilícitas: a) el ser destinadas a la elaboración de drogas y b) su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias primas para la obtención de sustancias adictivas fiscalizadas.

La incorporación de este delito parece colisionar o hacer innecesaria la criminalización del tráfico ilícito de insumos químicos que contemplar el artículo 296-B. Se requiere, por tanto, precisar el alcance de ambas disposiciones legales. Al respecto, cabe distinguir que la hipótesis delictiva del artículo antes citado está vinculada con el tráfico de insumos químicos de circulación oficial y controlada. En cambio, en el caso del artículo 296, tercer párrafo, el objeto de acción del delito comprende a otras sustancias distintas pero que también son requeridas para la producción y elaboración de drogas.

Ahora bien, la mera lectura del tipo legal nos muestra que él tipifica de modo autónomo y específico actos que tienen lugar con anterioridad a la fabricación o al tráfico de drogas; pero que también con él se alude de modo diferenciado a conductas conexas de inducción o colaboración para la realización de tales actividades, mediante actos encaminados a su promoción, facilitación o financiamiento.

Se trata, pues, de la punición específica de **actos preparatorios y formas de participación** que por razones preventivas han sido criminalizados de modo independiente.

A continuación haremos una breve explicación de los componentes y alcances funcionales que cabe derivar de las distintas acciones típicas contenidas en el párrafo tercero del artículo 296. Sin embargo, debemos señalar que el legislador ha otorgado a todas ellas igual equivalencia a efectos de la tipicidad. Por tanto, bastará con que el agente ejecute cualquiera de las mismas para que ella resulte reprimible penalmente.

- **Introducción al país:** Son actos de contrabando o importación clandestina. Las materias primas o sustancias químicas son ingresadas al

territorio nacional desde el extranjero por el agente de cualquier manera y en cualquier ocasión o lugar que opere como punto de frontera formal o informal.

- **Producción:** Se alude aquí a todo procedimiento inicial, intermedio o final que corresponda a la producción u obtención de las materias primas o sustancias químicas. No es trascendente para la tipicidad el volumen de producción alcanzado ni su metodología artesanal, industrial o de síntesis química. Se comprende, pues, toda actividad idónea, sea técnica o empírica, capaz de generar, fabricar o elaborar las materias primas o los insumos que se requieren para la elaboración de drogas. La norma permite inferir que son necesariamente actos anteriores a la provisión o al acopio, pero que pueden ser ejecutados secuencialmente por un mismo agente. Cabe distinguir que en este supuesto no está contenida ninguna de las modalidades de siembra o cultivo de especies vegetales como la coca, amapola o cannabis. Si bien todas ellas tienen la condición de materias primas, tales actos poseen una tipificación específica en el artículo 296-A.
- **Acopio**: La conducta del agente equivale a la recolección y/o concentración física de las materias primas o insumos en un lugar o ante una persona determinada para su posterior desplazamiento hacia las zonas de elaboración de drogas o de comercialización con terceros. Es la actividad que realizan los denominados "traqueteros" o el "Jefe Pañaco" (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada*. Idemsa. Lima. 2006, p. 74).
- **Provisión**: La acción típica en este supuesto equivale al suministro o cesión de materias primas o insumos a terceros para su almacenamiento o acopio, así como para la aplicación de los mismos en los procesos y etapas de producción de drogas.
- **Comercialización:** Se trata de cualquier forma de enajenación que haga el agente de las materias primas o insumos. Sin embargo, es importante destacar que en estos casos la cesión de tales especies, que compromete o hace el sujeto activo, deberá pactarse, necesariamente, en términos lucrativos que le reporten siempre una ganancia o un beneficio económico. En consecuencia, pues, la mera donación o el comodato de los mismos solo serían punibles, según las circunstancias, como formas de provisión, pues permitirían al receptor iniciar o mantener un proceso productivo o de fabricación de drogas. Ahora bien, la sola posesión de materias primas

o insumos con fines de comercialización puede ser considerada, según los casos, como una tentativa del tipo de delito que estamos analizando. También cabe admitir la tentativa como una frustración de la comercialización de los insumos o materias primas. Sin embargo, el acto de la oferta ya implicará una conducta consumada de comercialización, aun cuando no sea, finalmente, aceptada por el potencial comprador.

- **Transporte:** Comprende todo desplazamiento de las materias primas o sustancias químicas que se desarrolle con la finalidad de trasladar las mismas de un lugar determinado a otro. No se precisa el medio de locomoción que se utiliza, ni la oportunidad o distancia del transporte. Menos aún la norma se interesa por insinuar el volumen de lo transportado o la naturaleza y calidad de las rutas a seguir. En todos los casos la conducta practicada del desplazamiento hará tipicidad.
- **Actos de promoción:** Son aquellos que predisponen o favorecen la realización de cualquiera de los actos anteriormente descritos. Se trata obviamente de **formas de inducción o instigación**. El agente, pues, promueve mediante halagos o promesas, comúnmente pecuniarias, que procuran determinar las voluntades y actitudes de terceros hacia la provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos; o, también, hacia la expansión estratégica u operativa de tales actividades. Es importante destacar que la promoción no se puede materializar empleando engaño, amenazas o violencia física. Quien se vale de tales medios fraudulentos o compulsivos y hace que otra persona provea, acopie, produzca o comercialice tales objetos tendrá la **condición de autor mediato** del delito que ejecutó el intermediario material. Ahora bien, los casos donde la promoción no sea seguida o acatada deberán ser calificados como tentativa y serán reprimidos conforme a lo estipulado en el artículo 16° del Código Penal.
- **Actos de facilitación:** Este supuesto típico involucra cualquier forma de colaboración, sea esta material o intelectual, que brinda el agente a un tercero que está por realizar o que está realizando actividades de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. Lo importante aquí es que el facilitador aporta, genera o mantiene elementos o condiciones favorables y adecuadas para ello. Por consiguiente, él puede otorgar recursos logísticos, buscar intermediarios, ceder locales o incluso puede proveer recursos humanos. Asimismo, la facilitación puede concretarse con apoyo técnico (control de calidad, servicios de asesoría

industrial, etc.). Únicamente, no se pueden considerar en esta hipótesis normativa aportes económicos con fines de financiamiento, puesto que tales comportamientos poseen una tipicidad propia. No obstante, estimamos que sí calza en la tipicidad la conducta de quien gestiona ante terceros la inyección de capitales que permiten mantener en ejecución las actividades ilícitas ya mencionadas.

- **Actos de financiación:** Están integradas en esta hipótesis normativa las diferentes formas de suministro o facilitación de recursos económicos que deben aplicarse para la iniciación o permanencia de acciones de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. Un **financista**, pues, es aquel que apoya pecuniariamente dichas actividades. Su intervención, entonces, es relevante en la medida en que aporta el capital requerido para la operatividad de los actos mencionados. Ahora bien, el financiamiento puede ser parcial o integral, temporal o permanente, sin que ello afecte la tipicidad del acto. Asumimos que contratos de mutuo pueden también, según el caso, configurar este delito. Por lo demás, la naturaleza, condiciones o extensión del financiamiento no afectan la tipicidad del comportamiento ni su ilicitud, siempre que el agente lo haya brindado con la finalidad concreta de auspiciar o coadyuvar al sostenimiento de las aludidas conductas ilegales con materias primas o insumos. Si bien la consumación requiere la entrega del financiamiento, no es necesario para la tipicidad que la actividad financiada llegue a realizarse exitosamente.

Con carácter general, debemos señalar que la cantidad concreta de materias primas o de insumos involucrados en la conducta del agente no afectará la tipicidad de la misma. Sin embargo, su escaso volumen permitirá aplicar la penalidad atenuada que contempla el artículo 298 del Código Penal.

La tipicidad subjetiva en este delito también **es dolosa**. Al respecto, la ley señala que el agente debe conocer o inferir que los actos que realiza o auspicia recaen sobre materias primas o insumos "para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas (...) en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento". Por tanto, el error, la ignorancia o la acción negligente en estos aspectos harán atípica la acción que ejecute el agente.

La **conspiración para delinquir** es el último delito que incluye el artículo 296. A él está dedicado el párrafo cuarto de dicha disposición. Este hecho punible consiste en participar de una concertación para realizar actos delictivos

futuros de promoción, favorecimiento o facilitación de tráfico ilícito de drogas. Según la ley, el mínimo de conspiradores que debe intervenir en tales actos debe ser de dos personas.

Es importante destacar que el espacio de realización de este delito es siempre precedente e incompatible con la realización material de todo acto de ejecución de tráfico ilícito de drogas. Los conspiradores, por tanto, se limitan a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializarán posteriormente. Se trata, pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de drogas. Por consiguiente, pues, el mero acto conspirativo ya es típico y punible. Como en los otros delitos previstos por el artículo 296 su tipicidad subjetiva requiere **dolo**.

Esta infracción penal se perfecciona con la mera reunión de los conspiradores, aunque esta se realice una sola vez. Por tanto, no será necesario para la realización típica que el proyecto criminal se implemente materialmente, ni que su concreción sea exitosa o fracase, o que en su ejecución intervenga directa o indirectamente el conspirador. Si esto último tiene lugar, se aplicarán, según los casos y circunstancias, las reglas pertinentes sobre concurso de delitos.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 297

El Código Penal de 1991 ha considerado para el delito de tráfico ilícito de drogas un amplio catálogo de circunstancias agravantes específicas. Es así que la estructura interna del artículo 297 permite identificar **dos niveles o grados de circunstancias agravantes**. Entre ellos, las circunstancias integradas en el segundo grado o nivel generan una mayor penalidad que aquellas que componen el primer grado o nivel.

A continuación haremos una revisión analítica de los presupuestos y características legales que corresponden a cada circunstancia según su grado o nivel de agravación.

1. Circunstancias agravantes de primer grado o nivel

Corresponden **al primer nivel o grado** las circunstancias agravantes que determinan una penalidad conminada conjunta de: pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinticinco años; de multa no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa;

y de inhabilitación, según los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36 del Código Penal. Con relación a los alcances de la pena limitativa de derechos, es de cuestionar la inclusión de las incapacidades reguladas por los incisos 5 y 8 que, por su particular naturaleza (privar del ejercicio de la patria potestad o de grados militares u honores), no son del todo compatibles con las características criminológicas del delito de tráfico ilícito de drogas como lo viene marcando de modo reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Atendiendo a su factor agravante específico, las circunstancias integrantes de este nivel o grado son las siguientes:

i) Agravantes por la condición personal del agente

Se trata de circunstancias donde la vinculación del agente con una facultad o un deber especial, derivado de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento delictivo del agente.

Si bien la norma no lo exige expresamente, consideramos que el factor agravante exige abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales del agente al momento de comisión del delito.

De allí que en el supuesto de agravación que contempla el inciso 1 del artículo 297 se demande expresamente que **el agente abuse de la función pública que ejerce.** Por tanto, para que se configure la circunstancia agravante no es suficiente constatar que aquel es un funcionario, sino que es necesario comprobar que en la comisión del delito se valió indebidamente de su condición funcional. En estos casos las agravantes solo toman en cuenta la profesión del infractor y la confianza social que ella inspira acerca de su ejercicio y desempeño éticos. Para estos supuestos, pues, bastará con acreditar que el autor o partícipe del delito **tenía la calidad de educador o que ejercía una profesión sanitaria al tiempo de comisión del ilícito**. Lamentablemente, esta constatación puramente objetiva ha predominado en las decisiones judiciales, sin que se haya valorado ni requerido, desde la jurisprudencia, el abuso del factor circunstancial para justificar un incremento razonable del desvalor del hecho punible realizado. En ese contexto, pues, no se discute si la condición personal del agente sirvió al delito. Al respecto, de *lege ferenda*, cabe considerar que todas las agravantes de este tipo deben incorporar como

presupuesto de configuración el abuso en el ejercicio profesional. Por tanto, pues, con relación a las circunstancias agravantes específicas de los incisos 2 y 3, debemos concluir afirmando que ellas no se configuran si el hecho punible lo ejecuta un médico que ya no ejerce por estar inhabilitado, o si el delito lo realizó un docente jubilado del magisterio.

ii) Agravantes por el lugar de comisión del delito

Son circunstancias estrictamente objetivas donde el incremento de la sanción penal va asociado a determinados ambientes o locales caracterizados por la afluencia o permanencia masiva de personas, así como a la presunción de que en tales lugares la expansión y difusión de la facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas son mayores. Convencionalmente, el fundamento de una mayor punibilidad en estos casos radica en "el peligro que representa la acción criminal en lugares de gran afluencia de personas, donde el contagio intelectual es más viable y efectivo" (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Política criminal peruana*. Cultural Cuzco. Lima, 1985, p. 176). Por ejemplo, empíricamente se ha sostenido que nuestras cárceles suelen operar como mercados abiertos para el expendio de drogas. De allí que la explotación inescrupulosa de tales recintos para difundir el consumo merece una sanción más severa.

El inciso 4 del artículo 297 señala de modo taxativo qué lugares de comisión del delito determinan un efecto agravante. Al respecto, dicha norma legal señala ambientes y locales que están conectados a **actividades educativas, sanitarias, deportivas o de detención y reclusión.** Por tanto, según nuestra legislación, sería suficiente para que el calificante opere a plenitud que el agente realice su conducta delictiva en aquellos lugares (colegios, hospitales, centros penitenciarios, etc.). En consecuencia, pues, para el Derecho nacional no se requeriría analizar otros aspectos conexos como la función específica del lugar donde se ejecutó el delito o la oportunidad en que el infractor frecuentó el mismo. No obstante, como destaca la doctrina especializada, esta clase de agravantes solo adquiere sentido cuando los actos ilícitos del agente se proyectan sobre quienes concurren o se encuentran en los lugares señalados por la ley (Cfr. Miguel Langon Cuñarro. *Código Penal*. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 268). De allí, pues, que la referencia

legal a la actividad delictiva al "interior o en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión" **debe comprender, también, con adición a la verificación de la ubicación física del agente, la oportunidad operativa de su conducta**. Por tanto, no se configurará la agravante si el agente vende drogas en la esquina o en la puerta de un establecimiento educativo en horas de la madrugada, o si lo hace durante fechas no lectivas. Y tampoco se dará aquel cuando la acción del agente tenga lugar en las inmediaciones de un coliseo o de un estadio deportivo que se encuentran clausurados temporalmente.

iii) Agravantes por el modo de ejecución

En estas circunstancias destaca el empleo por parte del agente de un **intermediario material** para la realización de los actos de tráfico ilícito de drogas. Concretamente la ley agrava, pues, un supuesto de **autoría mediata** que precisa el inciso 5 del artículo 297, donde el **hombre de atrás** utiliza a un menor de edad o a un inimputable para la venta ilegal de drogas.

Por consiguiente, pues, debe entenderse que la agravante que comentamos se produce cuando el intermediario material que utiliza el autor mediato es una persona que "no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión"; y, también, cuando ella sea un "menor de dieciocho años".

No está de más señalar que la condición de inimputable o la minoría de edad del intermediario material deben ser conocidas por el agente, pues si este las ignora, no podrá darse la agravante.

iv) Agravante por el destinatario del tráfico ilícito

En el párrafo inicial del inciso 5 del numeral 297, el legislador califica como agravante la venta de drogas a menores de edad. Ahora bien, la calidad del destinatario unida a los efectos degenerativos a los que lleva la farmacodependencia precoz en niños, adolescentes y jóvenes justifica plenamente la inclusión de esta agravante.

La principal exigencia legal para la eficacia del efecto agravante es que el destinatario de la venta debe ser un menor de dieciocho años de edad. Pero, como en el supuesto anteriormente analizado, también

se requiere que el agente conozca o le sea notoria la minoridad etárea de la persona a quien vende las sustancias adictivas. Cabe señalar que la operatividad de la agravante no se excluye ni anula por la solicitud de la venta de drogas que haya hecho el menor al autor del delito.

v) Agravante por la pluralidad de agentes

Como ocurre con otros delitos tipificados en el Código Penal, casos del hurto, del robo o de los daños, el legislador incorpora como agravante específica del tráfico ilícito de drogas la **pluralidad de agentes**. Sin embargo, el texto del párrafo inicial del inciso 6 del artículo 297 exige la intervención conjunta de **"tres o más personas"** en la comisión del delito. Esto es, se abandona el mínimo de dos personas que se exige en las otras infracciones (Cfr. artículos 186, inciso 5, 189, inciso 4 y 204, inciso 2).

La circunstancia que analizamos alude exclusivamente a un nivel de coautoría o autoría funcional en el que intervienen, cuanto menos, tres personas con codominio del hecho. La pluralidad de agentes exige, pues, una intervención conjunta en la realización de cualquiera de las hipótesis típicas que se proponen en el artículo 296. Esto último ha sido resaltado por el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, del 18 de julio de 2008, al analizar la aplicación de la citada agravante en el caso de los **correos de drogas**. Por tanto, no hay agravante en función al número de partícipes. Es decir, la pluralidad que señala la ley no incluye a instigadores ni cómplices.

Es importante destacar que la comisión del hecho delictivo debe ejecutarse en la modalidad del concierto criminal y no en banda. Se trata, por tanto, de una coautoría e integración ocasional y no de una estructura criminal con fines de permanencia y continuidad operativa.

vi) Agravante por integrar una organización criminal

En el inciso 6 del artículo 297 se incluye también como circunstancia agravante que el delito sea cometido **"en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración".**

Cabe anotar que en la legislación penal nacional también es frecuente la inclusión de este tipo de agravantes específicas para otros delitos

convencionales, como el robo (Cfr. artículo. 189, *in fine*), o no convencionales, como el lavado de activos (Cfr. Ley N° 27765, artículo 3, inciso b). En tales disposiciones, como en la que ahora comentamos, el legislador toma en cuenta la integración y dependencia del agente a una organización criminal. Esto es, que el delito lo cometa en tal condición.

Por tanto, podemos sostener que para el Derecho Penal peruano existirá la agravante aún en el supuesto de que el agente actúe y sea procesado individualmente. Claro está, siempre que su conducta haya significado el cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal con la cual se encuentra vinculado. De allí que la actividad de los correos que transportan drogas singularmente, pero que integran una estructura criminal, estará dentro de los alcances del agravante (Cfr. Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116).

En consecuencia, pues, no basta la sola integración o el hecho de intervenir en la formación de una organización criminal destinada a la comisión futura de delitos de tráfico ilícito de drogas. La agravante exige que la organización y sus integrantes actúen delictivamente. De lo contrario, solo se realizaría la hipótesis típica del artículo 317 sobre "**integración en una organización criminal**", incluyendo su agravante, pues el tráfico ilícito de drogas es un delito contra la seguridad pública.

Por el contrario, si el delincuente realiza su acción delictiva fuera de una estructura criminal, no se producirá el efecto agravante. Como ya hemos explicado, la pluralidad de agentes en mero concierto es cubierta por otra agravante específica que ya analizamos (ver supra). Tampoco se dará la agravante que comentamos si el infractor ejerce en la organización criminal funciones de dirección estratégica u operativa, ya que para estos supuestos la ley contempla una agravante de segundo nivel.

Es importante mencionar que **el Decreto Legislativo N° 1237** también ha modificado los dos supuestos de agravantes específicas que contiene el inciso 6 del artículo 297. Sin embargo, el cambio introducido se concreta a esclarecer que los agentes del delito pueden también vincularse con "el desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los artículos 296 y 296-B". Se trata de una precisión pertinente, dado que ahora

el artículo 296-B ha adquirido autonomía como una modalidad de tráfico distinta de la correspondiente al tráfico de drogas.

vii) Agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito

En el inciso 7 del artículo 297 se regula una agravante estrictamente cuantitativa, donde el mayor desvalor del injusto se vincula al volumen excesivo de las drogas que son objeto de la acción delictiva del agente. Por consiguiente, basta con superar, aun mínimamente, los umbrales que fija el texto legal para la configuración total de la agravante. Las cantidades de referencia son las siguientes:

- 20 kilogramos de pasta básica de cocaína y sus derivados.
- 10 kilogramos de clorhidrato de cocaína.
- 5 kilogramos de látex de opio.
- 500 gramos de derivados de látex de opio.
- 100 kilogramos de marihuana.
- 2 kilogramos de derivados de marihuana.
- 15 gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.

El legislador, sin embargo, ha omitido considerar cantidades equivalentes de materias primas, como la coca, o de insumos químicos, como el ácido clorhídrico.

Ahora bien, la racionalidad de las cantidades establecidas siempre será una decisión discutible. Se debe, por tanto, aceptar su calificación como expresión concreta, relativa y siempre coyuntural de la voluntad político-criminal del legislador. Si hacemos una comparación con el Derecho extranjero, se podrá advertir ese significado. Así, por ejemplo, en Colombia la agravante solo opera con cantidades por encima de los mil kilogramos de marihuana o cien de marihuana hachís. En el caso peruano, para el mismo tipo de drogas, la agravante existe a partir de cien kilogramos de marihuana y dos kilogramos de hachís. En cambio, en Nicaragua, se dará la agravante solo si se excede de diez kilogramos de marihuana o hachís. Tratándose de derivados cocaínicos, la disparidad de los indicadores cuantitativos es también notoria de país a país. Así, para la legislación peruana el calificante toma en cuenta veinte kilogramos de pasta básica de cocaína y diez kilogramos de clorhidrato de cocaína. En cambio, para el Derecho colombiano son suficientes cinco

kilogramos. En la legislación nicaragüense es suficiente superar el medio kilogramo de cocaína.

En todo caso, consideramos adecuado señalar esta agravante con base en cantidades concretas y no dejar espacio a la arbitrariedad que suscitan referencias inciertas e indeterminadas como la cantidad de **"notoria importancia"** del Código Penal español (Cfr. artículo 369, inciso 3).

2. Circunstancias agravantes de segundo nivel o grado

Estas circunstancias agravantes motivan como penalidad conminada única la pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

Con relación al tráfico ilícito de drogas, el legislador peruano ha regulado dos factores que constituyen circunstancias agravantes específicas de segundo grado o nivel. En primer lugar, está **la posición dirigente del agente en una organización criminal** dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración. Y, en segundo lugar, **la utilización del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas**.

i) Agravante por dirigir una organización criminal

En nuestro país la agravante que estamos revisando se refiere a tres categorías u órganos de dirección de la organización criminal. Primero, alude al **"jefe"**. En segundo lugar menciona al **"dirigente"**. Y, finalmente, se refiere al **"cabecilla"**. Por consiguiente, es necesario establecer si estas expresiones son utilizadas como sinónimos o si están identificando diferentes niveles de mando o dirección dentro de la estructura criminal.

Para algunos comentaristas nacionales, se trataría siempre de órganos distintos. En tal sentido, se califica al **cabecilla** como un mando intermedio, subordinado al dirigente, pero con superioridad frente a los integrantes de la organización. Por tanto, se considera que al **dirigente** le correspondería el mando central de la organización. Él se ubicaría, pues, en la cúspide de la estructura criminal jerárquica. Pero, además, se ha formulado también una distinción de carácter funcional entre ambos: "En definitiva la agravante está encaminada a sancionar con una mayor penalidad a los miembros que dirigen las organizaciones dedicadas al narcotráfico y también a aquellos de mando intermedio, que son los que mandan grupos encargados

de las diferentes etapas por las cuales atraviesa la producción de la cocaína y su comercialización" (Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima. 1995, pp. 223-224).

Ahora bien, no cabe duda de que las categorías organizacionales que son mencionadas por la ley aluden a niveles y roles distintos, pero propios de una imagen clásica de organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o de insumos para su elaboración. Esto es, de una organización criminal cuya estructura responde a las características de la tipología 1 o de **jerarquía estándar**, según la clasificación de las Naciones Unidas. Es decir, una organización cuya estructura criminal se caracteriza por la existencia de un solo líder, con niveles y mandos subalternos organizados en una jerarquía claramente definida y centralizada (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada*. Ob. cit., p. 58).

Sin embargo, las actuales manifestaciones estructurales y de diseño organizacional de las **"firmas"** peruanas, así como de los **"cárteles"** latinoamericanos con los cuales se relacionan, responden más bien a las de la tipología 2 o de **jerarquía regional**. En esta modalidad la dirección estratégica desarrolla un mando descentralizado pero coordinado, el cual supervisa, a la vez que dispone, la acción de los órganos intermedios y operativos, en las distintas etapas y espacios geográficos donde se desarrolla el ciclo de la producción y comercialización de las drogas (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Criminalidad organizada*. Ob. cit., pp. 59-60).

Por consiguiente, a efectos de la agravante que estamos comentando, lo importante es verificar si el agente desempeña un rol de dirección central, tomando las decisiones estratégicas y de planeamiento de la organización; es decir, definiendo **"el qué"** y **"el cómo"** de las actividades a realizar. Si su actividad en la organización responde a tal perfil, estaremos ante el jefe o el dirigente. En el caso de las firmas nacionales, ese rol lo ostentarían **el duro de duros** (capitalista y nexo con organizaciones extranjeras) y **el duro** (órgano central de nivel ejecutivo y visible de la firma).

En cambio, cuando el delincuente solo se vincule con la planificación operativa y el control de las acciones ejecutivas de otros integrantes de menor nivel en el grupo criminal, estaremos ante el **cabecilla**. En

el argot del narcotráfico peruano, esta posición la compartirían **el financista** (encargado de supervisar la compra de la droga) y **el jefe pañaco** (quien determina la cantidad de droga que se debe comprar y controla, también, su acopio).

ii) Agravantes por financiamiento de actividades terroristas

La inclusión de esta agravante en nuestra legislación está relacionada con la coyuntura de violencia que asoló nuestro territorio entre 1980 y 2000. En ese periodo la actividad bélica de las organizaciones terroristas obtuvieron financiamiento voluntario o coactivo de las firmas de los narcotraficantes. Principalmente en las zonas de producción cocalera ilegal, se generó una práctica de **cupos** que fue impuesta por los grupos subversivos a los traficantes de drogas. Y estos, a fin de mantener su ilícito negocio, optaron por aceptar tales exigencias económicas a cambio de protección y tolerancia para sus pistas de aterrizaje y cargamentos. Las fuentes oficiales comenzaron a identificar a esta alianza táctica como **narcoterrorismo.**

Sin embargo, el agravante que contiene el artículo 297 en su parte final tiene al parecer una connotación distinta. En lo esencial, la calificante exige que el agente **se valga del tráfico de drogas con la finalidad de financiar actividades terroristas**. Esto es, él utiliza la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas con el objetivo de proveer recursos económicos para la ejecución de actos u operaciones integrantes de un proyecto terrorista. Bastará, pues, que la finalidad que anima al delincuente a realizar los actos descritos en el artículo 296 sea esa para que la agravante se perfeccione. Por tanto, no es necesario que el financiamiento se llegué a concretar o que las acciones terroristas financiadas por el autor del delito se ejecuten.

En cuanto a los alcances de la expresión **"actividades terroristas"**, queda claro que con ella se identifican las conductas delictivas descritas por el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DEL ARTÍCULO 298

El artículo 298 del Código Penal regula las circunstancias atenuantes específicas para el delito de tráfico ilícito de drogas. Se incluyen únicamente dos supuestos de atenuación en los incisos 1 y 2. En ambos casos la menor

penalidad toma en cuenta el volumen de las drogas, materias primas e insumos que son objeto de la acción delictiva que ejecuta el agente. Por tanto, solo en la medida en que no se superen las cantidades-umbrales señalados por la ley, el atenuante se configurará.

Para estas atenuantes específicas se ha establecido una penalidad conjunta compuesta por pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y por multa no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta días-multa.

Es de señalar que son muy pocos los países que han incorporado circunstancias atenuantes **por escaso volumen del objeto de acción del delito**, en su legislación de la materia. Concretamente, solo en el Derecho Penal colombiano encontramos una norma similar a la peruana. En efecto, el artículo 376 de su Código Penal establece, en los párrafos segundo y tercero, circunstancias atenuantes específicas en razón de la menor cantidad de droga que se emplea en la comisión del delito. Ahora bien, cabe destacar que desde sus orígenes la legislación nacional ha rechazado considerar el menor grado de nocividad de las drogas como un factor de atenuación, lo que sí ocurre en el párrafo final del artículo 368 del Código Penal español.

Como se ha mencionado, el artículo que analizamos regula dos circunstancias de atenuación: en primer lugar, la atenuante toma en cuenta el volumen de las drogas objeto del delito; y, en segundo lugar, la atenuación se define con base en el volumen de las materia primas o insumos.

Veamos a continuación los requisitos legales de cada caso:

i) Atenuante por el volumen de droga

Este supuesto está contemplado en el inciso 1 del artículo 298. En él se alude tanto a actos de fabricación como de comercialización ilegal de drogas. En tal sentido, siempre que el volumen de la droga "fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída" por el agente no exceda de las cantidades tope fijadas por la ley, la atenuante irradiará plenamente sus efectos. Queda claro que subyace en esta circunstancia la menor relevancia penal que deriva de la concreta magnitud o escala del acto ilícito realizado. En efecto, el peligro sobre el bien jurídico se valora como de leve intensidad, lo cual abona a favor de la reducción de la punibilidad del delito. Las cantidades de droga que producen el efecto atenuante son las siguientes:

- 50 gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos.
- 25 gramos de clorhidrato de cocaína.
- 5 gramos de látex de opio.
- 1 gramo de derivados de látex de opio.
- 100 gramos de marihuana.
- 10 gramos de derivados de marihuana.
- 2 gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.

Es de aclarar que la atenuante no pierde su eficacia cuando el delincuente ejecute el delito con varias clases de drogas, siempre y cuando las cantidades no sobrepasen, en ningún caso, los topes asignados para cada sustancia adictiva. Asimismo, que la posesión de sustancias fiscalizadas, en las cantidades límite que propone el inciso 1 del artículo 298, solo opera cuando esté orientada hacia fines de tráfico ilícito, es decir, de comercialización ilegal. Por tanto, como se ha señalado anteriormente, la posesión de tales cantidades con cualquier otra finalidad, como, por ejemplo, el propio consumo personal del poseedor **(dosis de aprovisionamiento)**, carece de relevancia penal **por ser atípica**. Ahora bien, como en el caso del inciso 7 del artículo 297, las cantidades con efectividad atenuante que son señaladas por la legislación peruana contrastan, significativamente, con las previstas por el Derecho Penal colombiano. Según la atenuante contemplada por dicho sistema jurídico, las cantidades límite fijadas por ley son las siguientes:

- 1,000 gramos de marihuana.
- 200 gramos de hachís.
- 100 gramos de cocaína y derivados.
- 20 gramos de derivados de la amapola.
- 200 gramos de metacualona.
- 200 gramos de droga sintética.

ii) Atenuante por volumen de materias primas o insumos

En el inciso 2 del numeral 298 el legislador regula la atenuación de la pena para la comercialización de materias primas o insumos cuando el volumen concreto y específico de tales especies no excede del

requerido para la fabricación de las cantidades de droga reguladas en el inciso 1. La identificación, entonces, de los volúmenes requeridos por esta atenuante requiere, necesariamente del auxilio técnico de peritos químicos. El juez, por tanto, deberá disponer, antes de decidir sobre su aplicación al caso concreto, la evaluación cuantitativa de la materia prima o del insumo incautado, en referencia específica al tipo de droga y a las cantidades señaladas por la ley como mínimas en el inciso 1 del citado artículo.

V. CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS

En la casuística penal es frecuente detectar la presencia de una **concurrencia de circunstancias** en los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas. Es decir, que en lo concreto de un caso penal pueden confluir de manera conjunta o sucesiva varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes; o presentarse, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes.

Por ejemplo, Manuel pretendía ingresar al centro penal San Luis una bolsita de polietileno que contiene 50 gramos de pasta básica de cocaína, pero fue descubierto en el control de visitas y detenido. Si analizamos las circunstancias que se presentan en este delito de posesión de drogas con fines de tráfico ilícito (artículo 296, 2 párrafo), detectamos que concurren, simultáneamente, una agravante, pues se ejecuta el delito en las inmediaciones de un centro de reclusión (artículo 297, inciso 4), y también una atenuante, ya que el volumen de drogas poseída por el agente se estima en la ley como pequeña cantidad (artículo 298).

La legislación nacional relativa al delito de tráfico ilícito de drogas trata, expresamente, en el párrafo final del artículo 298 sobre la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes, así como sobre sus efectos punitivos. Al respecto, el texto legal vigente concede efectos de compensación punitiva para los casos de concurrencia de las atenuantes del artículo 298, con las circunstancias agravantes de primer grado o nivel previstas por los incisos 2 (**calidad de educador del agente**), 3 (**calidad de profesional sanitario**), 4 (**lugar de comisión del delito**), 5 (**actos con menores de edad**), y 6 (**pluralidad de agentes o integración en organización criminal**) del artículo 297.

Esto es, los efectos compensatorios en la pena no alcanzan ni a la circunstancia agravante de primer nivel del inciso 1 (**calidad de funcionario del**

agente) ni a las circunstancias agravantes de segundo nivel (**calidad de dirigente de una organización criminal, utilizar el tráfico ilícito para financiar actividades terroristas**).

Ahora bien, la **penalidad conminada** para la concurrencia de circunstancias que regula el párrafo final del artículo 298 es también conjunta. Para estos supuestos se comprende pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años; y pena pecuniaria no menor de trescientos sesenta ni mayor de setecientos días-multa.

El artículo 8 de la Constitución y alternativas al encarcelamiento por tráfico ilícito de drogas[19]

I. LA NUEVA POLÍTICA DE LA OEA PARA EL CONTROL PENAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: ORIGEN, FINALIDAD Y ALCANCES

En recientes documentos evacuados por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ha comenzado a difundir los lineamientos esenciales de lo que con propiedad ha pasado a denominarse la **nueva política hemisférica de control de drogas de cara al siglo XXI.** Asimismo, como parte de las acciones de implementación de esa nueva política, en los dos últimos años se han venido realizado diferentes reuniones entre expertos y autoridades nacionales de los países americanos, para analizar y validar la inserción en sus sistemas legales internos, de una variada gama de medidas alternativas al encarcelamiento de personas condenadas o procesados por delitos de tráfico ilícito de drogas de baja o mediana gravedad, así como por estar implicadas en otra clase de hechos punibles debido a su adicción al consumo de drogas (Cfr. Organización de Estados Americanos. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos.* Ciudad de Guatemala. Setiembre de 2014).

La etiología de este significativo cambio tiene conexión directa con el colapso del sistema penitenciario y que se ha hecho evidente en los últimos cinco

(19) Texto del trabajo de investigación presentado al Curso de especialización en argumentación jurídica e interpretación de la Constitución y la ley: derechos fundamentales y recurso de casación. Universidad Carlos III, Madrid, 2016.

años. Sobre todo a través de la verificación de sensibles efectos colaterales negativos, generados por casi tres décadas de implementación de un programa de medidas afines a la "guerra contra las drogas" que promovió la Administración Reagan y que luego se consolidó con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en 1988 (Cfr. Ernesto Samper Pizano. "Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta". En: *Debate*. Bogotá. 2013, p. 129 y ss.).

El más caracterizado de estos resultados disfuncionales fue un endurecimiento preeminente y generalizado del tratamiento penal de los autores o partícipes de delitos de tráfico ilícito de drogas. Especialmente mediante la imposición indiscriminada de penas privativas de la libertad de larga duración y la restricción significativa de la procedencia de medidas de excarcelación anticipada al vencimiento de las condenas. Lo cual produjo, en poco tiempo, la sobrepoblación y el hacinamiento de las cárceles, involucrando cuotas significativas de delincuentes adictos.

Esta crisis carcelaria se fue haciendo crónica en varios países sudamericanos y provocó otras consecuencias graves como la escasez de servicios de salud, de apoyo legal o de condiciones mínimas y dignas para el hábitat de los condenados. Como lo describe STIPPEL, las prisiones, además, se fueron convirtiendo en "instituciones sin ley". Por lo general, se hace caso omiso de las normas que atañen a los derechos de los reclusos, incluidos sus derechos fundamentales y humanos, que no se aplican en la práctica judicial, desnaturalizando la norma y transformando en ineficaces los mecanismos de protección jurídica existentes. En estas condiciones de inmadurez democrática es prácticamente imposible controlar o mejorar efectivamente las condiciones de reclusión a través de las diferentes posibilidades que ofrece la protección jurídica. Por ello, los muros de las cárceles constituyen una barrera insuperable donde se frustra la universalidad de los derechos humanos y fundamentales" (Jörg Stippel. *Cárcel, Derecho y política*. EOM Ediciones. Santiago de Chile. 2013, p. 391).

Pero la situación problemática descrita también alcanzó a países desarrollados de la región, como los Estados Unidos, donde llegó, incluso, a entendérsele perversamente como un indicador positivo de eficacia. Esto último lo puso de relieve con agudo sentido crítico PRATT: "Las autoridades ya no tienen que mostrar reticencia o vergüenza respecto de la amplitud de sus poblaciones carcelarias, ni siquiera de lo desagradable de sus condiciones. En vez de ello se puede mostrar deleite por ello y proclamarlo" (John Pratt. *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios.*

Gedisa Editorial. Barcelona. 2006, p. 250). Sin embargo, también la verificación de altas tasas de reclusión de delincuentes por delitos menores de tráfico ilícito de drogas fue impulsando la decisión de la Administración Obama de implementar en los últimos dos años una estrategia de descongestionamiento carcelario basada en la concesión de indultos para este tipo de condenados.

Otros antecedentes de la nueva política hemisférica guarda relación con el discurso contestatario de diferentes expertos e instituciones que cuestionan la ineficacia de las políticas represivas contra el tráfico ilícito de drogas en tanto no alcanzan a las estructuras y niveles estratégicos de las organizaciones criminales. Incidiendo en cambio, mayoritariamente, solo en los escalones más bajos de los procesos ilegales de producción y comercialización. Esto es, en los campesinos, los correos de drogas o los vendedores callejeros al menudeo. Son estos sectores subalternos los verdaderamente vulnerables por la sobrecriminalización y los que superpueblan las cárceles.

Por ejemplo, el experto peruano MANUEL TORRES destacó la relevancia de todos estos cuestionamientos sobre la ineficiencia y nocividad en tanto traslucir y visibilizar, razonablemente, una posibilidad innovadora que debía, cuanto menos, ensayar vías diferentes como la aplicación de **medidas alternativas a la pena privativa de libertad.** Fundamentalmente, para aminorar o compensar daños colaterales en la salud y en otros derechos humanos de esa gran masa de personas comprometidas como peones intercambiables en la cadena de producción, comercialización y consumo ilegal de drogas y que terminaban esa conexión utilitaria condenados a largas penas de cárcel. En tal sentido, este autor era muy enfático al sostener que, en definitiva, "el régimen legal y regulatorio actual para controlar el uso de drogas mediante sanciones penales (especialmente arrestos y encarcelamiento) está causando demasiado daño" (Juan Manuel Torres. "Cuatro caminos, un comienzo". Comentarios al informe *El problema de las drogas en las Américas-2013 de la Organización de Estados Americanos*. Centro de Investigación, Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2013, p. 4.).

Por su parte, la investigadora mexicana GIACOMELLO, mostrando también características y disfunciones similares en su valoración sobre las predominantes estrategias punitivas contra el tráfico de drogas, concluía sus reflexiones resaltando que "la necesidad de implementar medidas alternativas al encarcelamiento, así como de encontrar soluciones distintas a las desarrolladas hasta el momento para hacer frente al problema de las drogas parece imperante" (Corina Giacomello. *Propuestas de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina.* IDPC. Universidad Autónoma de Chiapas. Junio de 2014, p. 1).

Finalmente, en otros escenarios políticos también comenzaron a hacerse frecuentes propuestas y enfoques alternativos a los enfoques penales. No cabe duda de que un pionero de esta línea revisionista de la política antidroga fue NADELMANN. Este autor norteamericano, desde mediados de los años noventa del siglo pasado, exhortaba a un cambio de actitud por parte de los gobiernos latinoamericanos en los siguientes términos: "Ahora es el momento propicio para que América Latina rompa con las políticas de drogas impuestas por los Estados Unidos. Los dirigentes en la región deben designar a la guerra contra las drogas como lo que es –un fracaso y una farsa– y decirle cortésmente a Washington que América Latina no contribuirá más con una lucha cruel y mal orientada que socava las perspectivas económicas y la estructura social en la región. Si Washington intentara presionar con la amenaza de sanciones, se le podría recordar que al tratar con amigos, la honestidad, y no la hipocresía, es generalmente la mejor política" (Ethan Nadelmann. "Adicción al fracaso". Nota reproducida por *Reforma Penal Internacional*. 16 de enero de 2006, p. 3)

A este nivel son también de tener en cuenta, por ejemplo, el protagonismo asumido por algunos expresidentes sudamericanos como, el colombiano SAMPER PIZANO, quien, además, vivió muy de cerca la dura experiencia de la presencia activa de organizaciones criminales ligadas al tráfico de drogas y de las graves consecuencias de ello en su país. Al respecto, él ha demandado constantemente, en conferencias y publicaciones sobre la materia, la necesidad de adoptar **"una nueva política"** en materia de delitos de drogas o conexos a ellos. Entre sus planteamientos surgió la necesidad de que los Estados impulsen prácticas oficiales más restringidas y selectivas al momento de decidir la criminalización y el uso de la cárcel para los implicados en tales hechos punibles: "La criminalización como eje articulador de la política de lucha contra las sustancias prohibidas debe ser reemplazada por la resocialización no punitiva de los actores más débiles de la cadena: campesinos de cultivos ilícitos, acarreadores de drogas en pequeñas cantidades y consumidores no adictos" (Cfr. Ernesto Samper Pizano. "Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta". Ob. cit., p. 270).

Todos estos aspectos fueron, pues, en su conjunto, la razonable antesala de un proceso de revisión y de renovación del discurso y de las estrategias hemisféricas contra el tráfico ilícito de drogas. Estas últimas comenzaron, luego, a flexibizarse y a alejarse prudentemente de los intransigentes planteamientos represivos de la **"guerra contra las drogas"**. En efecto, en esta nueva etapa, la intención despenalizadora de los condenados por delitos menores de tráfico ilícito de drogas o de delincuentes adictos se va consolidando, paulatinamente,

bajo el paradójico pero positivo auspicio de dos gobiernos que estuvieron siempre muy alineados a las precedentes opciones punitivistas: el colombiano con el presidente Santos y el norteamericano con el presidente Obama. El desenlace final de todos estos antecedentes se dio en el marco de la Asamblea General de la OEA entre abril y junio de 2013 y ha quedado expuesto con meridiana claridad en el párrafo que citamos a continuación: "La búsqueda de alternativas al encarcelamiento para infractores dependientes de drogas o para personas que cometen delitos menores dentro de las cadenas del tráfico, es también una necesidad actual. Desde luego, la eliminación de la cárcel para las personas por simple posesión de pequeñas cantidades de drogas parece hoy necesaria en las legislaciones de algunos países. Para estas mismas personas y también para quienes deban cumplir penas en el sistema carcelario, deben buscarse vías de rango judicial, para su integración laboral a la sociedad" (Cfr. Organización de Estados Americanos. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*. Ob. cit., p. 17).

Actualmente, pues, como consecuencia de la adopción, estos inéditos enfoques sobre las políticas regionales americanas para el tratamiento penal del tráfico ilícito y el consumo de drogas indebido de drogas, ha quedado abierta la posibilidad de ampliar e innovar el espacio de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad que se regulan en los sistemas legales de los países miembros de la OEA. Sin embargo, el proceso de implementación de todo ello debe partir de ejes comunes y que también han quedado precisados del modo siguiente: "Los Estados Miembros de la OEA han señalado que las respuestas al problema de las drogas deben ser integrales, poniendo en el centro de la política de drogas las perspectivas de salud pública y derechos humanos. Cumplir con este propósito requiere superar los enfoques que se basan únicamente en la represión, para dar espacio a alternativas que pongan en el centro al individuo" (*Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas*. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Bogotá. Octubre de 2014, p. 6).

Ahora bien, ya en ejecución de la opción despenalizadora de la política criminal contra el tráfico ilícito y el consumo indebido de drogas, se constituyó, desde el interior de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD-OEA), un **Grupo de Trabajo para examinar la viabilidad de la implementación de alternativas al encarcelamiento por delitos de drogas**. Los resultados de las indagaciones y reflexiones de esta experiencia empírica se condensaron en un detallado informe. Este documento fue posteriormente

validado por expertos latinoamericanos en una reunión realizada en la ciudad colombiana de Cartagena de Indias, durante el mes de octubre de 2014. Uno de sus principales hallazgos fue la identificación de treinta y ocho modalidades de medidas alternativas y que fueron agrupadas, según su oportunidad operativa, en tres grupos: **preprocesales, procesales y posprocesales** (Cfr. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas*. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Ob. cit., p. 8 y ss.).

Cabe señalar que el prototipo más frecuente entre las medidas alternativas reguladas en el Derecho Penal de los países alineados al interior de la OEA correspondía a las denominadas de régimen de prueba, como la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio que contempla le legislación penal peruana (Cfr. artículos 57 y 62 del Código Penal). A ellas se les ubicaba integrando el segundo y tercero de aquellos grupos. Esto es, se les clasificaba entre las medidas procesales y posprocesales de origen legal y de aplicación ordinaria. Es decir, como medidas reguladas normativamente y que, además, podían ser aplicadas en cualquier proceso penal, pero siempre después del juzgamiento o del pronunciamiento de la sentencia condenatoria. En ambos casos, pues, sus funciones formales o materiales incidían en bloquear el acceso a la cárcel de quien había sido ya declarado autor o partícipe culpable del delito.

Otro aspecto importante del citado informe fue lo concerniente a la utilidad de otras medidas alternativas de naturaleza procesal-legal, pero aún no reguladas en el Perú y que son conocidas como las **Cortes de Drogas** o los **Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTP).**

Cabe distinguir que se trata de estructuras o unidades jurisdiccionales especializadas de composición mixta judicial-sanitaria (**la dupla**), la cual asume competencia para admitir y decidir casos de delincuentes primarios vinculados a delitos de tráfico ilícito de drogas u a otros delitos cometidos por delincuentes consumidores de drogas. Se originaron en los Estados Unidos, hacia finales del siglo pasado, y en el presente han adquirido singular importancia por el éxito que exhiben en controlar la reincidencia y bajar los costos de la superpoblación carcelaria.

En las dos últimas décadas los TTP se han extendido por un importante número de países americanos o europeos, dando lugar a modelos y organizaciones diferentes pero orientados siempre por los mismos objetivos y prácticas. Su naturaleza funcional y operativa permite calificarlos como medidas

alternativas de *divertion*. Esto es, a través de estos órganos jurisdiccionales se desvía a los drogodelincuentes desde su normal tránsito hacia un proceso penal y una pena privativa de libertad, haciéndolos ingresar en un espacio diferente, compuesto por un conjunto de dinámicas de motivación, opciones restaurativas, recuperación de la autoestima y rutinas regladas consensuales y supervisadas, que componen el régimen de la denominada **justicia penal terapéutica.**

Los TTP están orientados, pues, a establecer y lograr, incluso de forma contractual, metas o programas de deshabituación y de apoyo a la reintegración social de los delincuentes adictos (Cfr. Drug Courts Program Office. *Tribunales de Drogas. Elementos clave.* Departamento de Justicia de los EE. UU. Washington D. C. Enero de 1997, p. 4 y ss.; West Huddleston y Douglas B. Marlowe. *El panorama actual. Un informe nacional sobre los Tribunales de Drogas y otros programas de Tribunales de Resolución de Problemas en los Estados Unidos.* National Drug Court Institute. Washington D. C. Julio de 2011, p. 6 y ss.).

La notable eficacia alcanzada por los TTP en la experiencia norteamericana ha determinado que también, desde el año 2010, la Organización de Estados Americanos (OEA) considere pertinente su promoción e implementación en otros países de la región, como vía paralela de realización de sus nuevas estrategias y acciones hemisféricas sobre la prevención del consumo indebido y tráfico ilícito de drogas a baja escala. Efectivamente, los TTP se encuentran insertos en las propuestas derivadas del artículo 22 de la **Estrategia Hemisférica sobre Drogas** (2010) y del objetivo 7 del **Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2011-2015** (2011) de la OEA. En el primero de estos documentos regionales se ha destacado la necesidad de "explorar vías para ofrecer servicios de tratamiento, rehabilitación y reinserción social a infractores de la ley penal dependientes de drogas, como medida alternativa a su prosecución penal o privación de libertad". Por su parte, en el segundo de tales instrumentos se ha demandado también, entre otras acciones, el "[c]onsiderar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias con miras a permitir alternativas a la prosecución penal o privación de libertad a los infractores de la ley penal dependientes de drogas".

Y, en observancia de esas recomendaciones del ente rector hemisférico, hoy en día muchos países de nuestra región cuentan ya con esta innovadora modalidad de órganos jurisdiccionales. Destacan entre ellos, por sus particulares características organizativas y operativas, los existentes en Canadá, Chile, República Dominicana y México.

Sin embargo, resulta evidente que la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento de los delincuentes dependientes a drogas, basadas en un tratamiento deshabituador, demandan mayores requerimientos que su sola regulación legal. Su implementación material exige, pues, sobre todo, que los Estados se comprometan a proveer una asignación razonable y suficiente de recursos logísticos, técnicos y financieros, sea que se opte por modelos vinculados a un régimen de prueba o por el de constituir un sistema jurisdiccional-terapéutico especializado o TTD. De todo ello ha sido también consciente la CICAD-OEA, por lo que en sus documentos informativos y vinculantes sobre la materia ha demandado un compromiso proactivo y serio de los Estados para la plena y eficaz realización de las nuevas políticas y medidas: "El esfuerzo de los Estados de la región debería estar encaminado a diseñar una política sobre alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas, que cuente con todos los elementos necesarios para asegurar una buena implementación y evaluación de las medidas diseñadas. En este sentido, es fundamental que dicha política cuente con responsables institucionales claros, mecanismos de implementación, seguimiento, evaluación y control, presupuesto suficiente y disponible, y un diseño claro que permita asegurar intervenciones adecuadas, oportunas, coherentes y diferenciales" (Cfr. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas*. Ob. cit., pp. 16-17).

En línea comparativa, cabe mencionar que en lo que concierne al ámbito europeo, también se han comenzado a reestructurar las políticas regionales y nacionales contra las drogas, procurando pasar de un modelo prohibicionista adaptado a la Convención de Viena de 1988 y empezar a transitar vías alternativas despenalizadoras que se basan en un enfoque de salud pública y control de daños. Sin embargo, como sostiene MUÑOZ SÁNCHEZ, en el presente la asimilación de esta innovadora variante táctica en las políticas de control de drogas todavía viene suscitando debates y resistencias: "La introducción de esta política asistencial de reducción de daños se ha realizado sin modificaciones en el marco legal hecho a semejanza de la Convención de Naciones Unidas de 1988. La coexistencia de una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica" (Juan Muñoz Sánchez. "Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada". En: Ángel Gaspar Chirinos y Raúl Martínez Huamán. Directores. *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Tendencias actuales*. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 192.). Sin embargo, varios países europeos han regulado medidas alternativas al encarcelamiento para implicados en delitos de tráfico ilícito de drogas. Por ejemplo,

en el caso español, el artículo 80.5 del Código Penal de 1995, contempla un detallado régimen especial de suspensión de la ejecución de la pena para el caso de condenados dependientes del consumo de drogas y a los cuales se les aplica como regla de conducta su adscripción a programas de tratamiento deshabituador; pero, además, para estos casos la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena alcanza umbrales superiores de hasta cinco años de pena privativa de libertad (Cfr. Sergio Amadeo Gadea. Coordinador. *Código Penal. Doctrina, jurisprudencial y comentarios*. Factum Libri Ediciones. Madrid. 2015, p. 181 y ss.; José L. González Cussac *et al. Esquemas de Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010, p. 174 y ss.; Miguel Polaino Navarrete. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley. Lima. 2005, p. 654 y ss.).

Es de esperar, pues, que el afianzamiento de la nueva política hemisférica a favor de medidas alternativas al encarcelamiento de los delincuentes vinculados a delitos menores de tráfico ilícito de drogas o de aquellos que los cometieron cedidos a su adicción a tales sustancias psicoactivas, basada en un enfoque de salud pública y derechos humanos, se materialice normativa y operativamente en un mediano plazo. Sin embargo, al respecto es sensato recordar lo señalado por el ex secretario general de la OEA, don Miguel Insulza: "No es razonable esperar que los cambios necesarios ocurran todos al mismo tiempo en todos los países, ni en tiempos breves (...) cada país deberá enfrentar su propia realidad de acuerdo a como se manifiesta en ella el problema" (Organización de Estados Americanos. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*. Ob. cit., p. 7).

II. EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN EN EL TRATAMIENTO PENAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Como explica TIEDEMANN, las Constituciones modernas tienden a incluir en su articulado cláusulas o reglas de penalización (Cfr. Klaus Tiedemann. *Constitución y Derecho Penal*. Palestra Editores. Lima. 2009, p. 85 y ss.). Esto es, regular mandatos directos o implícitos dirigidos al legislador, para que se criminalicen determinadas conductas e, incluso, para que aquel adopte decisiones complementarias de sobrecriminalización.

El artículo 8 de la Constitución peruana de 1993 es un ejemplo de esa tendencia y de esa clase de disposiciones constitucionales de incidencia en la producción y orientación del Derecho Penal positivo. En efecto, en dicha norma constitucional se establece lo siguiente:

> "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales".

Cabe señalar que una disposición similar preexistía ya en el artículo 17 con la siguiente redacción:

> "El Estado reglamenta y supervisa la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos. **Combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas".**

Sin embargo, en la Constitución española de 1978 no se incluye una disposición análoga a la prevista por la peruana (Cfr. Constitución Española. Edición del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003). Tampoco en otras constituciones contemporáneas como la venezolana de 1999, se detecta una norma semejante (Cfr. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Edición de la Imprenta Nacional y Gaceta Oficial. Caracas. 2014).

Se trata, pues, de una regulación muy propia y singular del sistema jurídico del Perú. Sobre sus orígenes y orientación teleológica hay poca información el diario de debates del Pleno de Congreso Constituyente Democrático que redactó la Constitución de 1993 (Cfr. Congreso Constituyente Democrático. *Debate constitucional pleno.* Tomo I. Lima. 1998, p. 393 y ss. Cabe señalar que este artículo fue aprobado en la 29ª sesión matinal como artículo 7 con 57 votos a favor y 2 en contra).

Asimismo, la existencia de esta norma no ha motivado un interés especial entre los especialistas. Es así que en los principales comentarios sistemáticos realizados sobre la Constitución de 1993 rara vez se alude a ella con detalle o evaluando su dimensión político-criminal. Por ejemplo, CHAMAMÉ ORBE se limita a señalar que: "El Estado peruano combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas que es uno de los peligros más graves que amenazan a la sociedad en los últimos tiempos y tiende a gravarse si no se toman medidas preventivas. Este fenómeno que se presenta en todos los países del mundo es muy dañino no solo para la salud individual, sino también para el conjunto de la sociedad por su secuela de pobreza, delincuencia, fármaco-dependencia, entre otras lacras" (Raúl Chanamé Orbe. *Comentarios de la Constitución Política.* Jurista Editores. Lima. 2005, p. 119). Y para CHIRINOS SOTO es una declaración innecesaria aunque puede dar lugar a un debate sobre la utilidad del modelo prohibicionista: "¿Era necesario decir que el Estado combate dicho tráfico ilícito o que regula el uso de tóxicos sociales? Se trata de una disposición reiterativa y reglamentarista, de las cuales la mayoría parlamentaria ofreció, en vano, podar del texto de la ley de leyes. Procede una interrogante de fondo: Si la prohibición es la mejor manera de combatir el tráfico ilícito de drogas, o si sería preferible, como postula nada menos que Milton Friedman,

la libertad para el comercio de las mismas" (Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto. *La Constitución: lectura y comentario.* Editorial Rhodas. Lima. 2006, pp. 63-64). Con relación al párrafo final del artículo 17 de la Constitución derogada de 1979, tampoco se aprecian aportes hermenéuticos sobre sus alcances y función, al extremo de que RUÍZ-ELDREDGE, uno de los constitucionalistas de la época, se limitó a señalar "que pone énfasis en los productos vinculados a la salud y que declara que combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas" (Alberto Ruíz-Eldredge. *La Constitución comentada 1979.* Editorial Atlántida. Lima. 1980, p. 51).

Ahora bien, en el lado de los juristas en lo penal la situación no ha sido diferente. En las monografías que han realizado estudios dogmáticos sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas que tipifica y sanciona el Código Penal peruano de 1991, también se omite mencionar y valorar el contenido del artículo 8 de la Constitución, lo cual es muy lamentable dada su trascendencia para mejor interpretar la orientación represiva que siguen tales normas (Cfr. Uriel Balladares Aparicio. *El delito de tráfico ilícito de drogas.* Idemsa. Lima. 2010, p. 32 y ss.; Gregorio Espinoza Hidalgo. *Tráfico ilícito de drogas.* Librería y Ediciones Jurídicas. Lima. 2004, p. 13 y ss.).

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sí ha tomado en cuenta la importancia de la cláusula de penalización que se regula en el artículo 8 de la Constitución. Es así que en reiteradas sentencias ha puesto de relieve su significado para la formulación de la política nacional para la prevención y control penal del tráfico ilícito de drogas. En estas decisiones de la jurisdicción constitucional, se ha interpretado correctamente que el Estado peruano debe criminalizar y reprimir penalmente toda conducta que promueva, favorezca o facilite actos de producción o comercialización ilegal de drogas. Además, que este tipo de acciones delictivas afecta los valores constitucionales, así como pone en riesgo la propia existencia del Estado y la sociedad peruana, por lo que cabe aplicarles penas graves que materialicen, como ponderación prioritaria, fines y efectos preventivos generales intimidatorios. En coherencia con ello, además, se ha admitido la necesidad y constitucionalidad de regular e implementar procedimientos especiales de investigación como el uso de la remesa controlada o de agentes encubiertos. Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución peruana ha validado que excepcionalmente se decida la prolongación de los plazos legales ordinarios y complementarios, en tanto resulten pertinentes y compatibles con la investigación o juzgamiento de delitos que suelen ejecutarse a través de organizaciones criminales de estructura y operatividad internacionales.

Seguidamente, transcribimos algunos ejemplos de dichas sentencias y líneas de la jurisprudencia constitucional (Véase textos más detallados en Giammpol Taboada Pilco. *Constitución Política del Perú de 1993*. Grijley. Lima. 2014, p. 328 y ss.):

> "El art. 8 de la Const. señala que es obligación del Estado combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas (...)".

Dado el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales, políticas y económicas, así como amenaza la existencia de las instituciones básicas y del propio Estado. La tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano implica que se adopten diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales de investigación, etc., destinadas a combatir y sancionar eficazmente el delito de tráfico ilícito de drogas en cualquiera de sus formas" (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3285-2009-PHC/TC del 18 de agosto de 2010. Fundamentos jurídicos 4 y 5).

> "Debido a la naturaleza pluriofensiva del delito de tráfico ilícito de drogas así como del lavado de activos que proviene de esta actividad, y considerando las graves consecuencias que genera en el Estado, se han implementado políticas criminales en las que el legislador en uso de sus facultades constitucionales en esta materia ha optado por elaborar leyes que permitan una lucha eficaz contra este azote. Este TC en cumplimiento de sus obligaciones y a fin de garantizar la adecuada consecución de estos fines, interpreta que en esta materia la Const. ha establecido optando por una finalidad preventivo general, intimidatorio, a fin de proteger y salvaguardar a la sociedad y al propio Estado ya que podría afectar su propia existencia; lo que no quiere decir en modo alguno que el principio resocializador del régimen penitenciario quede vaciado totalmente de contenido" (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 33-2007-PI /TC del 25 de setiembre de 2007. Fundamento jurídico 45).

> "El marco constitucional e internacional aludido implica que la obligación constitucional del Estado peruano de sancionar el tráfico ilícito de drogas no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el CP y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello.

> El carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del estado. Se trata, de una tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano para que adopte las diversas medidas legislativas y administrativas destinadas a sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas.
>
> Una de las medidas legislativas diseñadas por el Estado peruano para sancionar el Tráfico ilícito de drogas ha sido el D. Leg. N° 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que entre otras cosas regula los procedimientos especiales de investigación policial, tales como el de agente encubierto y la remesa controlada (...). Esta técnica especial de investigación también ha sido recogida por el NCPP de 2004 (...)" (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4750-2007-PHC/TC del 8 de agosto de 2008. Fundamentos jurídicos 12 a 14).
>
> "El plazo de investigación preparatoria previsto en el art. 342.2 del NCPP de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo. El plazo previsto en el art. referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos (...).
>
> De ahí que, se exhorte al Congreso de la República a que modifique el plazo del art. mencionado (investigación preparatoria en casos complejos) de acuerdo con la capacidad del Ministerio Público, sin que ello suponga la afectación del derecho al plazo razonable" (Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2748-2010-PHC/TC del 17 de agosto de 2008. Fundamento jurídico 11).

A partir de todas estas lecturas jurisprudenciales que ha realizado el Tribunal Constitucional, en torno al artículo 8 de la Constitución, cabe plantear algunas características importantes que definen los contornos y opciones de la política criminal del Estado peruano frente al tráfico ilícito de drogas y son las siguientes:

a) Es una obligación del Estado criminalizar y sancionar penalmente los actos de tráfico ilícito de drogas en sus diferentes etapas y manifestaciones.

b) Tienen compatibilidad constitucional la aplicación por parte del Estado de procesos complementarios de sobrecriminalización que afecten

la extensión y severidad de la punibilidad, persecución y sanción penal de dicha clase de delitos.

c) El delito de tráfico ilícito de drogas es una manifestación de la criminalidad organizada transnacional y afecta valores constitucionales significativos para el Estado y la sociedad, por lo que no son admisibles en el Perú políticas o medidas orientadas a la legalización de cualquier forma de tráfico ilícito de drogas.

d) No es compatible con el artículo 8 de la Constitución peruana la legalización del tráfico ilícito de cualquier tipo de droga prohibida, incluidas las de tipo *cannabis sativa.*

Ahora bien, el diseño constitucional de una política criminal represiva y de orientación preventivo general frente al tráfico ilícito de drogas se ha recepcionado e implementado de modo compatible por el Código Penal al tipificar y fijar las penas para esta clase de delitos, así como por las reformas que se han ido produciendo sobre el articulado correspondiente. En el cuadro N° 1 reseñamos los tipos penales que actualmente integran el sistema de delitos de tráfico ilícito de drogas:

CUADRO N° 1

EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL: TIPOS PENALES

1. Actos de producción y comercialización ilegal de drogas (art. 296).
2. Circunstancias agravantes (art. 297).
3. Circunstancias atenuantes (art. 298).
4. Tipos especiales:
   - Cultivo de plantas fiscalizadas y su siembra compulsiva (art. 296-A).
   - Tráfico de insumos químicos (art. 296-B).
   - Prescripción, administración y expendio indebido de medicamentos fiscalizados (art. 300).
   - Consumo involuntario de drogas (art. 301).
   - Instigación al consumo de drogas (art. 302).
5. No hay diferencias en la tipificación y sanción vinculadas a la clase de droga o tipo de planta fiscalizada.

En cuanto a la penalidad aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, el cuadro N° 2 brinda detalles sobre su extensión cualitativa y cuantitativa, observándose el predominio de penas conjuntas y la prohibición legal del acceso a beneficios penitenciarios de excarcelación anticipada como la semilibertad o la liberación condicional.

CUADRO N° 2

PENALIDAD DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL

1. El tráfico ilícito de drocas incluye penas privativas de libertad (entre 8 y 15 años), de multa (de 180 a 365 días-multa) e inhabilitación (entre 6 meses a 10 años).
2. La concurrencia de circunstancias agravantes específicas se reprimen con penas privativas de libertad (de 15 a 35 años), multa (de 180 a 365 días-multa) e inhabilitación (entre 6 meses a 10 años).
3. La concurrencia de circunstancias atenuantes específicas determina penalidad conjunta de pena privativa de libertad (entre 3 a 7 años) y multa (de 180 a 365 días-multa).
4. El cultivo ilegal de plantas fiscalizadas es reprimido con penas privativas de libertad (entre 2 a 35 años), multa (de 180 a 365 días multa) e inhabilitación (entre 6 meses a 10 años).
5. El tráfico de insumos químicos se sanciona con penas privativas de libertad (entre 4 a 12 años), multa (de 120 a 180 días-multa) e inhabilitación (entre 6 meses a 10 años).
6. Los tipos especiales de inducción o coacción al consumo son sancionados con penas privativa de libertad (entre 2 a 12 años), multa (de 90 a 365 días-multa) e inhabilitación (entre 6 meses y 10 años).
7. Las personas condenadas por delitos de tráfico ilícito de drogas y con agravantes no pueden acceder a beneficios penitenciarios de excarcelación anticipada.

Finalmente, resumiendo las estrategias aplicadas por el Estado peruano para criminalizar y sancionar el delito de tráfico ilícito de drogas, en el cuadro N° 3 se muestra también la compatibilidad plena de todas ellas con la realización del marco de punibilidad que se ha configurado en el artículo 8 de la Constitución.

CUADRO Nº 3

CARACTERÍSTICAS DEL TRATAMIENTO PENAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL PERÚ

1. Asimilación del tráfico ilícito de drogas como un problema político y social grave.
2. Configuración de un amplio catálogo de conductas criminalizadas para abarcar todo el circuito de producción, comercialización y consumo de drogas.
3. Tendencia al trato no diferenciado legal y punitivo de las drogas por su mayor o menor nocividad.
4. Predisposición legislativa y jurisdiccional a la conminación y aplicación de penas privativas de libertad de larga duración.
5. Exclusión o aplicación restringida de medidas alternativas a la pena privativa de libertad o de excarcelación anticipada.
6. Tendencia a la aplicación preferente de medidas coercitivas personales de prisión preventiva.
7. Hacinamiento carcelario de condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, los cuadros posteriores dan cuenta de un componente adicional, de naturaleza psicosocial, que también valida las propuestas punitivas del texto constitucional, al mostrar, desde diferentes encuestas y sondeos de opinión, que la población peruana reconoce al tráfico ilícito de drogas como **un problema grave** de la realidad nacional del país . Y frente al cual la ciudadanía demanda acciones penales drásticas que, incluso, para un sector podrían comprender la pena de muerte. Sin embargo, más del 50 % de los peruanos no califica como eficiente las acciones ejecutadas por el Estado en la **"lucha contra el narcotráfico"**.

Al margen de ello, otro dato significativo que también ponen en evidencia las encuestas realizadas, especialmente en el radio urbano, es que para los entrevistados **no hay modalidades delictivas que se puedan calificar como de escasa trascendencia en el ámbito del tráfico ilícito de drogas** y que, por tanto, merezcan ser favorecidas con decisiones despenalizadoras. Esta verificación psicosocial es relevante, sobre todo, para identificar el grado de aceptación social que podría tener la implementación en el Perú de las medidas

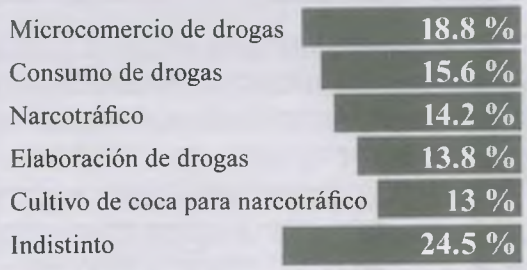
alternativas a la excarcelación que viene auspiciando la OEA. Pero, además, constituye un soporte empírico que puede servir de aval al rechazo a la nueva política hemisférica contra las drogas, que en solitario ha puesto de manifiesto la representación del Estado peruano ante dicho foro regional.

¿QUÉ TAN GRAVE ES EL PROBLEMA DEL NARCOTRÁFICO EN EL PERÚ? (EN PORCENTAJES %)

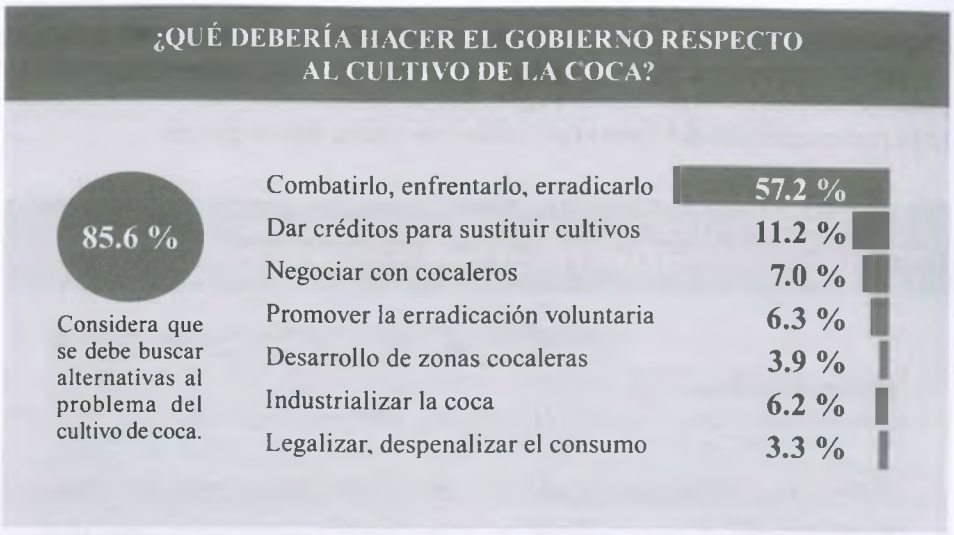
	Nada grave	Medianamente grave	Grave
Lima Metropolitana	1.1 %	5.7 %	93.2 %
Resto de costa	1.2 %	11.3 %	87.5 %
Sierra	1.8 %	10.5 %	87.7 %
Selva	1.2 %	7.2 %	91.5 %

Fuente: Cedro. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana (2013).

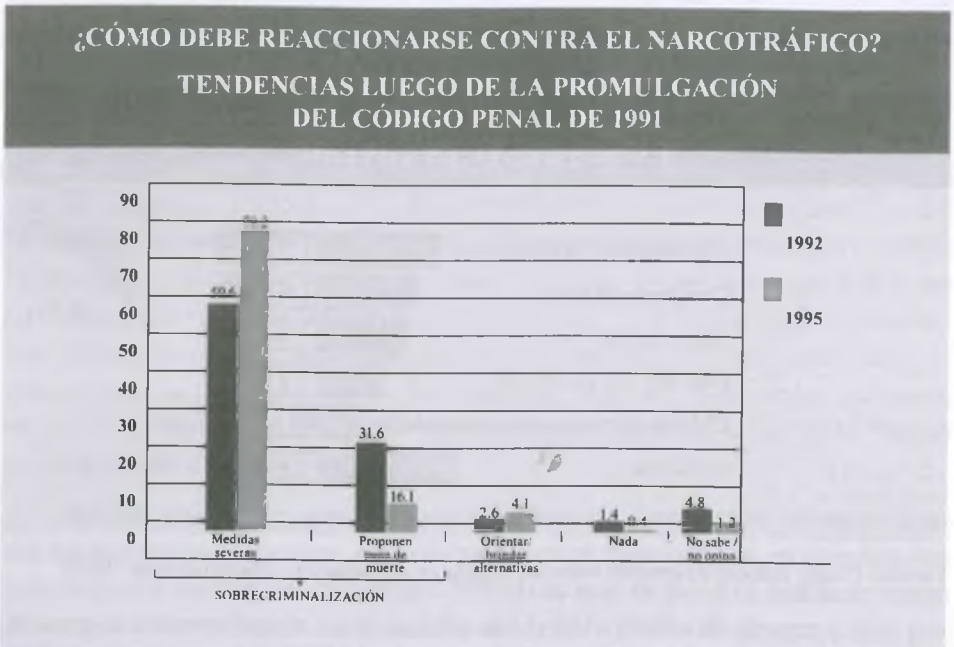
¿QUÉ ASPECTO DEL PROBLEMA DE LAS DROGAS ES MÁS GRAVE EN EL PERÚ?



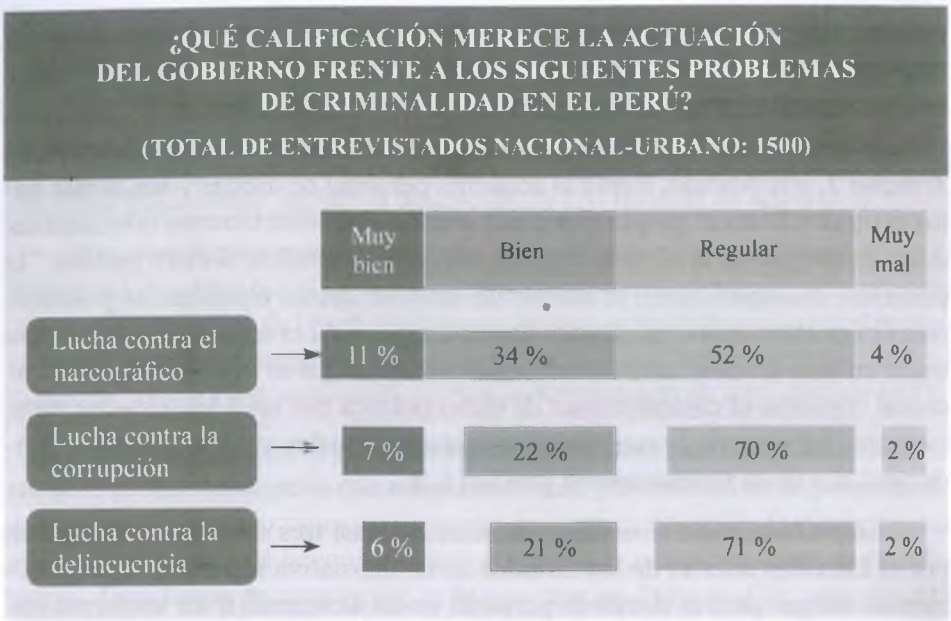
Fuente: Cedro. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana (2013).



Fuente: Cedro. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana (2013).



Fuente: Cedro. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana (1996).



Fuente: Encuesta de opinión pública GfK Perú (julio de 2014).

III. EL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL CONSUMO PERSONAL DE DROGAS: ¿ES POSIBLE SU CRIMINALIZACIÓN EN EL PERÚ?

Una consecuencia necesaria de la adopción del llamado **modelo geopolítico estructural,** que consolidó la Convención de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes o Sustancias Psicotrópicas de 1988 –también conocida como la Convención de Viena–, como base de las políticas de intervención en el problema de la droga, fue el replanteamiento del tratamiento penal que se venía aplicando a los actos de posesión de drogas para el propio consumo personal.

Ese nuevo paradigma ideológico y político-criminal, surgido bajo influencia del controvertido enfoque de **"guerra de la drogas"** que promovió la administración Reagan, planteaba, en lo esencial, la criminalización absoluta y general de toda conducta ligada con el ciclo de la droga.

Para esta radical posición intervencionista, el problema de la droga debía evaluarse antes que en sus efectos sanitarios en sus negativas repercusiones para la seguridad interna de los Estados. Por tanto, toda conducta que promoviera, fortaleciera o encubriera el crimen organizado asociado a las drogas

debía de ser reprimida penalmente. De allí, pues, que para el modelo geopolítico estructural tráfico y consumo solo eran las dos caras de una misma moneda. Por tanto, tan punible debía ser el primero como el segundo.

Dicho enfoque logró internacionalizarse rápidamente a través del artículo 3, inciso 2, que postuló, frente al consumo personal de drogas y los demás actos dirigidos hacia el propio consumo, una postura abiertamente criminalizadora. Es así que en la aludida disposición convencional se declaró punible "la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal". Sin embargo, para el tema que nos interesa tratar en esta sección, será determinante recordar que el instrumento internacional colocaba el cumplimiento de dicha política por los a los Estados parte siempre "[a] reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico (...)".

Ahora bien, pese al tiempo transcurrido, casi tres décadas, la recepción por el Derecho interno de los Estados de la alternativa represora de la posesión de drogas para el consumo personal no ha alcanzado a ser uniforme entre los países suscriptores de la Convención de Viena. En efecto, la falta de unanimidad en las decisiones legislativas sobre esta materia ha generado que en el presente coexistan en el Derecho comparado hasta tres modalidades de abordar el significado penal de la posesión de drogas para el consumo personal o de los actos dirigidos hacia el propio consumo.

Así, por ejemplo, un **primer grupo** de países aplica una respuesta penal para la tenencia o posesión para el consumo. Ese es el caso del derecho brasileño de la materia (Cfr. artículo 16 de la Ley N° 6368 del 21 de octubre de 1976). Un **segundo grupo**, en cambio, solo opta por tratar penalmente a los actos de posesión o tenencia de drogas cuando tengan por finalidad el tráfico ilícito o su comercialización ilegal para abastecer el consumo de terceros. Asume esta posición el Derecho español vigente (Cfr. artículo 368 del Código Penal). Finalmente, **un tercer grupo** desarrolla una reacción penal más amplia que comprende, incluso, la posesión de drogas para fines distintos al propio consumo o al tráfico ilícito. Esta tendencia ha sido seguida por la legislación de Venezuela (Cfr. Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del 30 de setiembre de 1993, artículo 36).

Igualmente, entre las legislaciones que han optado por considerar punible la posesión o tenencia para el propio consumo y que, por tanto, coinciden con la propuesta punitiva de la Convención de Viena, tampoco se sigue un solo modelo de regulación. De allí que en algunos sistemas jurídicos, como el argentino (Cfr. artículo 14 de la Ley N° 23737), el panameño (Cfr. artículo 255 del Código

Penal de Panamá) y el guatemalteco (Cfr. artículo 39 del Decreto 48-92 o Ley Contra la Narcoactividad), la posesión para el consumo solo es reprimida con penas privativas de libertad. En cambio, en otros casos, como el boliviano (Cfr. artículo 49 de la Ley 1008 del 19 de julio de 1988) o el ecuatoriano (Cfr. artículo 105 de la Ley 108 introducida por R.O. 173-2S del 15 de octubre de 1997), tal conducta únicamente merece la aplicación de una medida de seguridad.

Pero también hemos encontrado posturas mixtas o despenalizadoras como la adoptada también por el Derecho ecuatoriano. En este sistema legal se permite que la pena privativa de libertad impuesta por posesión de drogas para el propio consumo pueda ser sustituida por una medida de seguridad (Cfr. artículo 65 de la Ley N° 108 de 1990, reformada por la Ley N° 25 del 29 de setiembre de 1997).

Pese a lo expuesto, la posición actualmente dominante en el Derecho extranjero parece ser aquella que condiciona la no punibilidad de la posesión de drogas para el propio consumo, cuando la cantidad poseída de la sustancia adictiva no excede de la equivalente a una dosis personal o ella no es significativa. Esta forma de regulación es la que rige en México (Cfr. artículo 195 del Código Penal mexicano), Uruguay (Cfr. artículo 31 del D.L. 14.294, modificado por la Ley 17.343 del 25 de febrero de 2001) o Chile (Cfr. artículos 4 y 8 de la Ley 20.000 del 2 de febrero 2005). También se han discutido estos aspectos en reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, siendo representativa de este debate la STS del 27 de octubre de 2002 (Cfr. Sergio Amadeo Gadea. Coordinador. Código Penal. *Doctrina jurisprudencial y comentarios*. Ob. cit., pp. 681-682).

Merece un comentario especial lo ocurrido en el Derecho colombiano. En este sistema jurídico se consideraba como contravención punible la posesión de drogas para el consumo personal (Cfr. artículo 51 de la Ley N° 30 del 31 de enero de 1986), pero en 1994 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicha disposición (Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-221 del 5 de mayo de 1994. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz).

En el caso del Perú, las actitudes legislativas frente a la penalización de la posesión de drogas para el propio consumo han sido muy volubles a lo largo de la evolución histórica. En efecto, nuestro Derecho Penal ha transitado a través del tiempo por diferentes modelos de corte punitivo, de opción descriminalizadora y de una exclusión de punibilidad condicionada. Esto es, salvo la inconstitucionalidad decretada jurisdiccionalmente en la experiencia colombiana la legislación penal del Perú ha compartido, coyunturalmente, las distintas experiencias normativas que se han ensayado en el Derecho extranjero, tal como se aprecia en el cuadro siguiente:

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO PENAL DE LA POSESIÓN DE DROGAS PARA EL PROPIO CONSUMO (1921-2014)

1. Posesión injustificada de drogas punible (Ley N° 4428, código sanitario).
2. Posesión para el consumo no punible de adictos (D. L. N° 22095).
3. Posesión para el consumo no punible solo en caso de farmaco-dependientes (D. Leg. N° 122).
4. Posesión no punible de posesión de dosis personal para el propio e inmediato consumo (Código Penal, texto original).
5. La posesión para el consumo es atípica (Comisión de Expertos, 2003).
6. Posesión no punible para propio e inmediato consumo con cantidades determinadas y exclusión de posesión plural de drogas (legislación vigente).

En los últimos 30 años encontramos, pues, en el Derecho Penal peruano, una legislación tolerante de la posesión para el propio consumo, aunque condicionando, en sucesivas reformas, la no punibilidad de dicho comportamiento a la concurrencia de determinados requisitos objetivos o subjetivos. Es así que en algunas ocasiones las normas sobre la materia solo consideraron la no punibilidad de la posesión para el consumo personal, cuando el poseedor de la sustancia ilícita era un drogadicto o un farmacodependiente y siempre que la cantidad de droga poseída no fuera mayor al equivalente a una dosis personal. El texto original del Decreto Ley N° 22095 de 1978 (Cfr. artículo 58, inciso e) y el reformado en 1981 por el Decreto Legislativo N° 122 (Cfr. artículo 56) incorporaron este tipo de normas.

Ahora bien, con la promulgación del Código Penal de 1991, el legislador nacional incluyó en el artículo 299 una inédita disposición que declaraba exenta de pena la posesión de drogas para el propio consumo siempre que la misma no excediera de una dosis personal que debería evaluarse, caso por caso, con base en criterios poco prácticos como el de "peso-dosis". El texto legal utilizado fue el siguiente:

> "**Artículo 299.-** El que posee droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo está exento de pena.
>
> Para determinar la dosis personal, el juez tendrá en cuenta la correlación peso-dosis, la pureza y la aprehensión de la droga".

En la actual redacción de dicha disposición el contenido es como sigue:

> **"Artículo 299.-** No es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo metilendioxianfetamina-MDA, metilendioximetanfetamina-MDMA, metanfetamina o sustancias análogas.
>
> Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas".

Si bien se ha mejorado aquella fórmula original, al incluirse cantidades-umbrales para identificar el volumen límite de droga asimilable a una dosis personal para el propio consumo, también se incorporó en dicho dispositivo un párrafo segundo que excluye la operatividad del primero cuando se posean dos o más tipos de drogas. Ello ha suscitado dudas y debates entre los juristas y los operadores del sistema penal. Sobre todo al plantearse para algunos la posibilidad de interpretar que quien exceda las cantidades fijadas o posea más de dos clases de drogas puede estar incurso en delito. Para graficar esta controversia podríamos resumirla en las siguientes tres preguntas:

a) ¿Es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo si se exceden las cantidades fijadas en el artículo 299?

b) ¿Es punible la posesión conjunta de dos o más drogas para el propio e inmediato consumo, pese que las cantidades de cada tipo de las drogas poseídas no excedan las fijadas en el artículo 299?

c) Si los casos planteados en las preguntas a y b merecen una respuesta afirmativa, ¿bajo qué tipo penal y con qué pena se tendría que procesar y reprimir al poseedor?

Lamentablemente, esta problemática que está directamente conectada con el principio de legalidad no ha alcanzado, aún, a ser discutida en fondo por el Tribunal Constitucional peruano. No obstante, para un sector de la doctrina penal nacional, el artículo 299, al ser técnicamente una causa de justificación para una conducta como la posesión de drogas que no está tipificada ni sancionada como delito, deviene en innecesario y superfluo; aunque, también, sumamente propicio para la violación de la libertad personal de los ciudadanos como para el abuso de autoridad de los funcionarios encargados de la persecución del delito (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Código Penal.*

Estudio preliminar, legislación, jurisprudencia e índices. Palestra Editores. Lima. 2011, p. 48 y ss.). Este último riesgo parece estar justificado al verificarse en los cuadros siguientes dos aspectos conexos a él: Por un lado, la presencia de porcentajes importantes de policonsumidores de drogas en el Perú (ver cuadro N° 4); y, por otro lado, el alto índice de intervenciones policiales contra consumidores de drogas (Ver cuadros N°s 4 y 5).

CUADRO N° 4

PRESENCIA SOCIAL DEL MONOCONSUMO Y POLICONSUMO DE DROGAS EN EL PERÚ

(EN PORCENTAJE SOBRE UNA MUESTRA DE 20,275 PERSONAS)

TIPO DE CONSUMO EN LOS USUARIOS ACTUALES Y RECIENTES DE DROGAS ILEGALES

TIPO DE CONSUMO	N° DE SUSTANCIAS CONSUMIDAS	DROGAS CONSUMIDAS	%
Monoconsumo	1 sustancia	Marihuana	46.6
		PBC	12.7
		Cocaína	10.1
		Inhalantes	5.3
		Éxtasis	0.3
		Otras drogas	0.1
Subtotal			75.2
Policonsumo	2 sustancias	Marihuana - Cocaína	5.6
		Marihuana - PBC	6.3
		Marihuana - Éxtasis	0.5
		Marihuana - Otras drogas	0.4
		PCB - Cocaína	2.6
	3 sustancias		7.4
	4 sustancias		2.0
	Subtotal		24.8
	Total		100

Fuente: Devida - Encuesta nacional sobre consumo de drogas (2010).

CUADRO N° 5 INTERVENCIONES POR POSESIÓN Y CONSUMO DE DROGAS (2006-2010)					
AÑO	2006	2007	2008	2009	2010
Posesión	1,133	1,837	2,494	2,974	2,141
Consumo	5,609	7,261	7,466	7,276	3,715

Fuente: Policía Nacional del Perú.

CUADRO N° 6 PERSONAS INTERVENIDAS POR CONSUMO DE DROGAS A NIVEL NACIONAL (2006-2013)								
AÑO	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	5,218	6,738	6,916	6,728	4,961	5,982	8,426	7,151

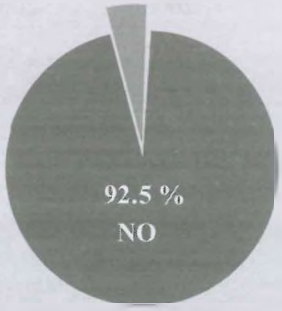
Fuente: Dirandro.

Y complementando esta riesgosa tendencia de nuestra realidad, hacia una criminalización fáctica de los actos de consumo personal de drogas, en un estudio de opinión se ha podido identificar que para el mayor porcentaje de encuestados, **el consumo de drogas es delito y no debe legalizarse** (ver cuadro N° 7). Se trata, pues, de la verificación empírica del predominio de una percepción social equivocada, ya que de momento la legislación peruana vigente es una de las pocas en Sudamérica que no ha criminalizado formalmente tal conducta. Esto es, en el Perú el consumo personal de drogas puede practicarse como un ejercicio legítimo de la libertad reconocida por la Constitución a todo ciudadano.

CUADRO N° 7

¿DEBE LEGALIZARSE EL USO DE DROGAS EN EL PERÚ?





Fuente: Cedro. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana (2013).

Ahora bien, retornado al tema central de la eficacia del artículo 8 de la Constitución peruana, para impulsar o validar una futura criminalización de los actos de posesión de drogas para el propio consumo personal, así como de los actos dirigidos a ello por un potencial consumidor (fabricar la propia droga a consumir o comprarla a terceros), consideramos que en ambos casos se excedería de lo dispuesto en la norma constitucional.

En efecto, si bien "combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas" es la obligación que el artículo 8 impone al Estado peruano, criminalizar y perseguir penalmente el consumo indebido de drogas no le está preceptuado ni autorizado por dicha disposición de la carta magna. Por tanto, adoptar una postura punitivista de tales conductas afectaría la esfera de autodeterminación de individuo que le está garantizada constitucionalmente, como derecho fundamental para el desarrollo de su personalidad y de los fines que estime propios.

En todo caso, cualquier tendencia o intento legislativo de tal orientación legislativa demandará, previamente, una ineludible enmienda constitucional del artículo 8, a la vez que un sólido y motivado juicio de ponderación sobre las materias en conflicto, pero que de momento no resulta pertinente hacer. Al respecto, es pertinente transcribir lo sostenido en el voto singular del Magistrado RAMOS NÚÑEZ en la STC Exp. N° 07717-2013-PHC/TC del 9 de junio de 2015: "En el caso del consumo personal de drogas, el libre desarrollo de la personalidad se presenta como la facultad que tiene la persona de decidir

sobre la manera en que plasma su vida. En ese sentido, cualquier intervención, sea de carácter estatal o particular, que constriña de manera arbitraria ese derecho no puede ser tolerada en nuestro sistema constitucional. Sin esa posibilidad de decidir acerca de su propio destino, la persona se ve reducida, ya que se asume como un ente con capacidad de adoptar decisiones" (fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez).

IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE MEDIDAS ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO POR DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Se denominan **medidas alternativas, penas alternativas, medidas penales alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales** a un variado conjunto de procedimientos y mecanismos legales, que han sido configurados para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Esto es, de penas de prisión no superiores a seis años. Tradicionalmente se han distinguido tres clases de medidas alternativas al encarcelamiento y que son las siguientes:

a) **Medidas de régimen de prueba:** Se identifica como tales a aquellas que intercambian la imposición o el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta o mediana duración, por un régimen de prueba al que queda adscrito el sentenciado o condenado por un espacio temporal fijado por el juez y dentro del cual estará sometido al cumplimiento de reglas de conducta específicas, que la autoridad judicial también define con objetivos de prevención especial. Al vencimiento exitoso del plazo fijado sin que medie revocación por incumplimiento de las reglas impuestas o la comisión de un nuevo delito, se extingue la pena impuesta o la posibilidad de su imposición y cumplimiento efectivo.

b) **Medidas de reemplazo o conmutación:** Esta clase de medidas conmutan, sustituyen o reemplazan las penas privativas de libertad que cabe imponer o que ya han sido impuestas con carácter efectivo por otras penas no privativas de libertad que serán las que se apliquen al condenado o que este en definitiva deberá cumplir.

c) **Medidas de perdón judicial:** En este tipo de medidas corresponde a la discrecionalidad del órgano jurisdicción, pero conforme a los presupuestos y límites legalmente definidos, decidir y aplicar una exoneración punitiva. Esto es, exonerar al condenado de la imposición de la pena privativa de libertad que se le debería aplicar.

Sin embargo, por extensión, la nueva política hemisférica para el delito de tráfico ilícito de drogas de la OEA incluye también como otras modalidades de medidas alternativas al encarcelamiento, los beneficios penitenciarios y otras formas de excarcelación anticipada.

A efectos de nuestro análisis, nos interesa referirnos, únicamente, al caso específico de las denominadas medidas alternativas de régimen de prueba. En ese contexto, cabe precisar que en el Código Penal peruano de 1991 se han regulado dos modalidades de esta clase de medidas alternativas y que son las siguientes:

a) La suspensión de la ejecución de la pena (Cfr. artículos 57 a 61).

b) La reserva del fallo condenatorio (Cfr. artículos 62 a 67).

La posibilidad alternativa al encarcelamiento de estas dos medidas está limitada a penas conminadas privativas de libertad no mayores de tres años y a penas impuestas no mayores de cuatro años y no proceden para reincidentes o habituales (Cfr. José Hurtado Pozo y Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Manual de Derecho Penal.Parte general.* Tomo II. 4ª edición. Idemsa. Lima. 2011 p. 362 y ss.). Ahora bien, según las estadisticas del Poder Judicial, el volumen de condenas a penas privativas de libertad con ejecución suspendida y régimen de prueba es bastante alto, de año a año, como se aprecia en el cuadro siguiente.

TOTAL DE PERSONAS CON SENTENCIA CONDENATORIA A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (2011-2014)				
TIPO DE PENA	**2011**	**2015**	**2013**	**2014**
Total	**44,493**	**47,140**	**58,513**	**55,271**
Privativa de libertad con ejecución suspendida	34,047	35,719	44,889	42,340
Privativa de libertad efectiva	9.805	10,177	12,060	10,998
Otros	641	1,244	1,564	1,933

Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.

Con relación a estas medidas de régimen de prueba en la legislación peruana, cabe destacar también que mediante la Ley N° 30076 se incorporó en el inciso 6 de los artículos 58 y 64 del Código Penal una nueva regla de conducta referida a la obligación del condenado o sentenciado de **"someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol"** cuando el juez así lo disponga. Cabe

destacar que el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2014-2015, también incluye idénticas reglas de conducta en el inciso 6 de sus artículos 74 y 80.

Al respecto, si bien las estadísticas antes señaladas muestran una marcada tendencia entre los jueces peruanos para aplicar penas privativas de libertad con ejecución suspendida y régimen de prueba, ellas no proveen información que identifique de modo cualitativo y específico qué tipo de reglas de conducta se suelen imponer a los condenados. Ni tampoco cuáles son las que con mayor frecuencia se imponen en condenas por delitos de tráfico ilícito de drogas y, en especial, cuándo los autores o partícipes del delito evidenciaron adicción al consumo de drogas o alcohol. Lamentablemente, esta falta de datos específicos impide, pues, dimensionar o estimar las posibilidades de rendimiento que ha de tener la nueva regla de conducta a la que nos estamos refiriendo.

Pero lo que sí resulta evidente es la compatibilidad de esta clase de reglas de conducta con las propuestas alternativas al encarcelamiento que viene promoviendo en la actualidad la OEA a través de su nueva política hemisférica frente al tráfico de drogas. Además, ellas son también frecuentes en el Derecho Penal comparado. Un ejemplo de ello lo encontramos en la legislación española. Como lo precisa ARMENDÁRIZ LEÓN, en la experiencia hispana este tipo de reglas de conducta fueron inicialmente incluidas con una reforma de 1988 y, desde aquel entonces, se han consolidado legalmente a la vez que han evolucionado de modo progresivo con resultados alentadores (Cfr. Carmen Armendáriz León. "Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de la penas privativas de libertad en el Código Penal español". En: *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 146 y ss.).

En efecto, la redacción del inciso 1 del artículo 83 del Código Penal español, luego de la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo del año próximo pasado, dispone que el "Juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:

7ª Participar en programas deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos".

Además, el inciso 4 de la citada norma regula un control periódico del cumplimiento de tales deberes en los siguientes términos: "El control del

cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª y semestral, en el caso de la 7ª y, en todo caso, a su conclusión".

A diferencia de la legislación española, la peruana no consigna ni asigna responsabilidades específicas ni plazos para la verificación secuencial del cumplimiento del tratamiento deshabituador que se imponga como regla de conducta al sentenciado. Y otra diferencia importante entre el Derecho ibérico respecto del peruano es que sus disposiciones autorizan también la suspensión de la ejecución de la pena incluso para adictos a drogas o alcohol que sean habituales o reincidentes. Al respecto la doctrina española se ha mostrado favorable a esta posición al estimar que la realidad muestra que es este tipo de delincuente el que debe ser derivado a los programas de deshabituación, ya que su frecuencia o reiterancia delictiva está concatenada a la necesidad de "poder sufragar la adicción de la que eran víctimas" (Carmen Armendáriz León. "Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código Penal español". Ob. cit., p. 147).

Asimismo, la legislación hispana permite, incluso, que la suspensión de la ejecución de la pena alcance a drogodependientes condenados a penas privativas de libertad de hasta cinco años. Lo cual también es compatible con las nuevas tendencias de flexibilización de la punibilidad de los farmacodependientes delincuentes por razones fundamentales de salud y derechos humanos que patrocina la OEA. Efectivamente, los requisitos ordinarios para acceder a la medida alternativa de régimen de prueba en el Derecho Penal hispano son haber delinquido por primera vez y que la pena privativa de libertad impuesta no exceda de dos años (Cfr. artículo 80, incisos 1 y 2). No obstante, en el inciso 5 del artículo 80 se señala expresamente que: "Aun **cuando no concurran las condiciones 1.a y 2.a previstas en el apartado 2 de este artículo**, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad **no superiores a cinco años** de los penados que hubieren cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2 del artículo 20 –**bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos**–, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra

deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación".

Ahora bien, es importante precisar que, conforme a las legislaciones española y peruana, la aplicación de la regla de conducta que estamos analizando está supeditada a que se acredite su necesidad por la condición de adicto del condenado. Para ello el juez deberá proveerse de la información técnica pertinente, a fin de decidir no solo su conveniencia, sino su posible extensión temporal en adscripción al periodo de prueba. No obstante, de darse el caso de que el tratamiento aplicado quede inconcluso o que el condenado no logre superar su adicción, al vencerse el periodo de prueba fijado en la sentencia, la obligación de someterse al programa deshabituador también cesará, salvo que concurra una sanción de prórroga del plazo del periodo de prueba que habilite también prolongar el tratamiento.

Sin embargo, al margen de la posibilidad legal que hoy ofrece la aludida regla de conducta, para poner en práctica alternativas al encarcelamiento como las acordadas por la OEA, disponiendo un tratamiento deshabituador del delincuente adicto en vez de recluirlo sin ninguna oportunidad para tratar su enfermedad, no cabe duda de que su implementación efectiva requiere de otras condiciones materiales y de normas reglamentarias especiales. Por ejemplo, que se habiliten plazas en centros especializados estatales o privados para cumplir los tratamientos y que en la realidad actual del país son aún escasos y costosos. Igualmente, es necesario constituir una unidad técnica que colabore con la autoridad judicial para el diagnóstico y seguimiento de los condenados beneficiarios de los programas de tratamiento.

En línea paralela, se hace indispensable rescatar del estancamiento las iniciativas concertadas entre el Poder Judicial y Devida, para constituir en el país un sistema oficial destinado a implementar un modelo de TTP. El cual debe adaptarse a nuestro marco legal y a las características sociales, sanitarias y criminológicas de la delincuencia nacional asociada a conductas menores de tráfico ilícito de drogas o de delitos violentos cometidos por dependientes

a drogas o alcohol. Es de reactivar, pues, tales esfuerzos y lograr concretar en el mediano plazo estas opciones complementarias de las medidas alternativas de régimen de prueba que en esta materia ya están diseñadas en el Código Penal. Como aporte nuestro a la realización de estas metas presentamos una propuesta de diseño para un Tribunal de Tratamiento de Drogas en el Perú. Este documento fue presentado ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República el 13 de setiembre de 2013 sin que haya sido aún discutido. No obstante, el Poder Judicial peruano ha iniciado en el Distrito Judicial de Ventanilla una experiencia piloto pero que solo comprende a adolescentes infractores de la ley penal.

Y, complementando lo ya señalado, es de mencionar también que, tal como se detalla en el cuadro siguiente, coexisten en la legislación penal peruana otros tipos de medidas alternativas al encarcelamiento, así como un amplio catálogo de beneficios penitenciarios de excarcelación y medidas de seguridad, que resultan, igualmente, asimilables a las opciones desprisionalizadoras sugeridas por la OEA. Siendo la característica común a todas ellas su oportunidad legal, la cual sitúa su aplicación siempre en el momento de la sentencia o durante la ejecución de la condena.

MEDIDAS ALTERNATIVAS Y DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

- Coexisten 6 tipos de medidas aplicables en la sentencia (suspensión de la ejecución de la pena, reserva de fallo condenatorio, conversión de penas, sustitución de penas, exención de pena y vigilancia electrónica personal) y 2 de excarcelación anticipada (semilibertad y liberación condicional).
- Solo pueden aplicarse a los casos cuya penalidad conminada o impuesta no exceda de 6 años de duración.
- Únicamente pueden acceder los implicados en delitos de producción y comercialización de materias primas o drogas a baja escala (no más de 50 gramos de pbc, 25 gramos de clorhidrato de cocaína y no más de 100 plantas sembradas), o de incitación o coacción al consumo indebido de drogas.
- Tratándose de personas que cometen delitos conexos a una drogodependencia es posible sustituir la pena privativa de libertad por la aplicación de una medida de seguridad de internación (artículo 77 del Código Penal).
- Aún no se ha constituido en el Perú un tribunal de drogas, pero hay consenso social y político en torno a su utilidad y próxima implementación.

Por tanto, pues, llama la atención que la política oficial del Estado peruano frente a los foros y nuevas políticas de la OEA sea la de objetarlas y rechazarlas, bajo la premisa **de que no hay forma menor del delito de tráfico ilícito de drogas y que el Estado tiene que combatirlas y reprimirlas a todas con igual severidad e inflexibilidad.** A nuestro entender, esta actitud política del Estado excede los marcos dispuestos preceptivamente por el artículo 8 de la Constitución de 1993. Además, colisiona con lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución que señala expresamente que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Y contradice la obligación del Estado de hacer todo lo necesario y posible para remover todo aquello que actualmente obstaculiza "[e]l derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados", incorporada implícitamente en el inciso 21 del artículo 139. E, igualmente, disminuye la utilidad de los convenios y acuerdos generados en los organismos internacionales de los que el Estado peruano es parte vinculada; se debilitan, pues, los efectos de la premisa general contenida en el artículo 55, que precisa que "[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

En definitiva, pues, estimamos que las políticas que han acordado la implementación de alternativas al encarcelamiento de condenados por delitos menores de tráfico ilícito de drogas o por otros delitos cometidos por delincuentes adictos deben ser implementadas por el Estado peruano y adaptarse a las características de la legislación penal vigente. **Que este tipo de decisiones y acciones estatales en nada contradicen su deber constitucional de perseguir y reprimir el tráfico ilícito de drogas.** Por lo demás, ya en el Código Penal de 1991 y con reformas recientes, como la generada en agosto de 2013 por la Ley N° 30076, en torno a las medidas de régimen de prueba, se han puesto en vigencia opciones de despenalización similares, sin que ello haya resentido la legitimidad del ordenamiento jurídico conexo y sin que se haya objetado la constitucionalidad de dichas reformas.

Por otro lado, la pertinencia de la aplicación en el Perú de las nuevas políticas hemisféricas de la OEA, para el tratamiento de delitos menores de tráfico ilícito de drogas o de los adictos autores de otra clase de hechos punibles (hurtos, robos, lesiones o violencia familiar), se encuentra en principio plenamente justificada en constataciones empíricas. Sobre todo por las que evidencian la presencia en la realidad peruana, de los mismos problemas carcelarios de hacinamiento, superpoblación y carencia de servicios que determinaron la urgencia de los enfoques de salud y derechos humanos que dieron origen a las opciones despenalizadoras regionales.

Pero, además, tal como se aprecia en los cuadros siguientes (ver cuadros 8, 9, y 10), un porcentaje importante de la población carcelaria del país está recluido por delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas. Siendo, por tanto, un factor del hacinamiento el que sus condenas suelen ser por encima de los 10 años de pena privativa de libertad y porque no es procedente para tales casos la aplicación de beneficios de excarcelación anteriores al cumplimiento total de la pena impuesta.

CUADRO Nº 8

TASA DE SUPERPOBLACIÓN EN EL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO

CAPACIDAD DE ALBERGUE (JULIO DE 2015) 33,337	
POBLACIÓN PENAL	**SUPERPOBLACIÓN**
75,379	**42,042**
	126 %

Fuente: Unidad de estadística - INPE.

CUADRO Nº 9

PREVALENCIA DE INTERNOS EN CENTROS PENALES POR DELITO

(A JULIO DE 2015)

DELITO	TOTAL	PROCESADOS	SENTENCIADOS
Total general	75,379	38,052	37,327
Robo con agravantes	23,974	12,954	11,020
Tráfico ilícito de drogas	17,143	8,598	8,545
Violación sexual y actos contra el pudor	13,492	5,234	8,258
Homicidios simples y calificados	4,470	2,119	2,351
Hurto con agravantes	3,323	1,843	1,480
Tenencia ilegal de armas	2,468	1,498	970

Incumplimento de la obligación alimentaria	1,398	543	855
Extorsión	1,051	692	359
Secuestro	835	361	474
Lesiones graves	744	354	390
Parricidio	533	251	282
Otros delitos	5,948	3,605	2,343

Fuente: Unidad de estadística - INPE.

CUADRO N° 10

PERSONAS CONDENADAS INTERNAS EN LOS CENTROS PENALES DEL PAÍS POR TIPO DE DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

(A OCTUBRE DE 2015)

TIPO DE DELITO	TOTAL DE CONDENADOS	%
Por tipo básico (artículo 296 del Código Penal)	4,847	12.95 %
Por tipo agravado (artículo 297 del Código Penal)	3,031	8.1 %
Por microcomercialización o microproducción (artículo 298 del Código Penal)	594	1.5 %
TOTAL	8,472	22.65 %

Fuente: Unidad de estadística - INPE.

Además, la presencia relevante de condenados que cumplen largas penas en las cárceles por delitos de tráfico ilícito de drogas es constante y se proyecta hacia el futuro inmediato como crónica, debido a las altas cifras de condenas que por tales delitos emiten los órganos jurisdiccionales de la República cada año, como se aprecia en el cuadro N° 11. Asimismo, se hace evidente en las estadísticas penitenciarias y judiciales que **un sector representativo de personas condenadas judicialmente y recluidas en un centro penal, lo fueron por haber cometido delitos menores de microcomercialización o microproducción de drogas** (ver cifras correspondientes en cuadros N° 10 y N° 11).

CUADRO N° 11 PERSONAS CONDENADAS POR LA JUDICATURA PENAL POR CLASE DE DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ENERO DE 2013 A ENERO DE 2016)					
TIPO DE DELITO	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Por tipo básico (artículo 296 del Código Penal)	2,046	1,560	1,521	81	5,208
Por tipo agravado (artículo 297 del Código Penal)	391	285	307	12	995
Por microcomercialización o microproducción (artículo 298 del Código Penal)	2,342	1,954	1,89	114	6,289
Total	4,779	3,799	3,707	207	12,492

Fuente: Poder Judicial.

Pero, tal como se observa en el cuadro N° 12, también se registran cuotas estimables **de personas que son intervenidas policialmente por actos de consumo de drogas**, pese a que tal conducta, como se explicó anteriormente (Véase *supra*), no es punible en la actual legislación peruana.

CUADRO N° 12 DETENIDOS POR LA DIRANDRO-PNP A NIVEL NACIONAL POR ACTOS DE TRÁFICO, MICROCORMECIALIZACIÓN Y CONSUMO DE DROGAS (AÑO 2014)				
DEPARTAMENTO	PERSONAS			
	TRÁFICO	MICROCOMERCIALIZACIÓN	CONSUMO	TOTAL
Total	2,623	281	8,507	14,642
Amazonas	19	21	47	87
Áncash	67	79	140	286

Apurímac	20	0	2	22
Ayacucho	161	3	0	164
Cajamarca	19	10	22	51
Cusco	105	4	2	111
Huancavelica	1	0	0	1
Huánuco	194	31	45	270
Ica	99	105	181	385
Junín	84	35	20	139
La Libertad	169	198	355	722
Lambayeque	92	109	33	234
Lima	653	1,970	5,248	7,871
Callao	313	511	1,831	2,655
Loreto	80	33	41	154
Madre de Dios	18	6	15	39
Moquegua	14	8	13	35
Pasco	10	2	1	13
Piura	146	227	264	637
Puno	52	0	1	53
San Martín	89	39	32	160
Tacna	58	47	121	226
Tumbes	34	33	44	111
Ucayali	104	35	49	188

Fuente: Dirandro PNP. Elaborado por DIRNAGEIN-PNP/DIRECT-DIREST.

Y si bien no hay cifras oficiales sobre el porcentaje de internos adictos en los penales del Perú, las posibilidades de acceso a programas de tratamiento deshabituador al interior de los centros penales del país es todavía muy limitada, predominando modalidades de tratamiento ambulatorio. Sin embargo, cabe reconocer que en los últimos años se ha evidenciado un mayor interés del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), para potenciar los servicios especializados en este dominio, como lo demuestran los cuadros siguientes.

PERSONAS SOMETIDAS A TRATAMIENTO DE ADICCIÓN A DROGAS EN LOS CENTROS PENALES DEL PAÍS			
ENERO A SETIEMBRE DE 2015			
N°	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO	N° POTENCIAL DE PLAZAS DE TRATAMIENTO	PERSONAS SOMETIDAS A TRATAMIENTO
1	E.P. de Ancón II	80	35
2	E.P. de Cañete	55	39
3	E.P. de Chorrillos	15	17
4	E.P. de Ica	40	-
5	E.P. de Lurigancho	60	-
6	E.P. de Chiclayo	60	38
7	E.P. de Trujillo	70	57
8	E.P. de Andahuaylas	20	12
9	E.P. de Ayacucho	20	20
10	E.P. dee Huanta	20	20
11	E.P. de Huancayo	55	37
12	E.P. de Cusco	50	41
13	E.P. de Quillabamba	20	20
14	E.P. de Arequipa (varones)	50	35
15	E.P. de Arequipa (mujeres)	15	15
16	E.P. de Tacna (mujeres)	20	15
17	E.P. de Tacna (varones)	25	26
18	E.P. de Sananguillo	50	18
19	EAPP y EPLD Surquillo (medio libre)	80	91
	TOTAL	805	536

Fuente: INPE.

MODALIDADES DE TRATAMIENTO DE ADICCIÓN A DROGAS APLICADAS EN LOS CENTROS PENALES DEL PAÍS		
N°	E.P.	MODALIDAD
1	Cañete	Residencial
2	Tacna (varones)	Ambulatorio
3	Tacna (mujeres)	Ambulatorio
4	Ica	Ambulatorio
5	Chiclayo	Ambulatorio
6	Ayacucho	Ambulatorio
7	Cusco	Residencial
8	Ancón II	Residencial
9	Chorrillos	Ambulatorio
10	Lurigancho	Ambulatorio
11	Sananguillo	Residencial
12	Trujillo	Residencial
13	Andahuylas	Ambulatorio
14	Huanta	Ambulatorio
15	Huancayo	Residencial
16	Quillabamba	Ambulatorio
17	Arequipa (varones)	Residencial
18	Arequipa (mujeres)	Ambulatorio
19	Medio libre	Ambulatorio

Fuente: INPE.

V. PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL: ¿OTRA ALTERNATIVA?

La pena de vigilancia electrónica personal fue incorporada al Código Penal mediante la Ley N° 29499 del 18 de enero de 2010. Ella quedó regulada en el artículo 29-A y se configuró con las características de una pena alternativa

a las penas privativas de libertad de mediana duración. **En tal sentido, adoptó una operatividad de reemplazo por conversión.** Sin embargo, cabe observar que la redacción del artículo 29-A es muy deficiente y no define con precisión cuáles son las características y los alcances cuantitativos de dicha clase de pena. Esto es, no menciona los límites máximos de la capacidad sustitutoria de la pena de vigilancia electrónica personal. Sí se preocupa, en cambio, por detallar otros aspectos concernientes a su modo de ejecución. No obstante, de los contenidos regulados en dicho artículo, se puede reconocer que los requisitos especiales para acceder a ella son esencialmente dos. Primero, que el condenado sea un delincuente primario. Y, segundo, que se acredite con un informe técnico circunstanciado aspectos de la vida familiar, laboral y social que resulten compatibles con la condición no privativa de libertad de la pena de vigilancia electrónica personal. Además, en esta misma disposición se regulan otros aspectos relacionados con el lugar de cumplimiento de la pena (el domicilio del condenado o el lugar que este designe), así como con los criterios de selección y prioridad que deberán observarse para definir el perfil del condenado a quien se aplicará dicha sanción (personas mayores de 65 años, con padecimiento de grave enfermedad, mujeres gestantes, discapacitados, etc.). Y, de modo complementario, la norma ya mencionada dispone que el juez debe fijarle a las condenadas reglas de conducta para asegurar un control eficaz del cumplimiento de la pena. Ahora bien, conforme a la redacción actual del artículo 52 del Código Penal, el juez, de oficio o a petición de parte, puede convertir las penas privativas de libertad en penas de vigilancia electrónica personal. Para estos efectos rige una ecuación de conversión que establece la siguiente equivalencia: **un día de pena privativa de libertad se convierte en un día de vigilancia electrónica personal.**

Ahora bien, todo lo concerniente a las reglas de aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 1322. Al respecto, su artículo 5 precisa que dicha pena puede alcanzar a condenados a penas privativas de libertad no mayores de 8 años. Asimismo, precisa que solo están excluidos de acceder a la pena de vigilancia electrónica personal quienes hayan cometido delitos de tráfico ilícito de drogas y de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículos 296 y 297 del Código Penal). Los autores de delitos menores de tráfico ilícito de drogas sí pueden acceder a dicha pena alternativa (artículo 298 del Código Penal).

Por consiguiente, pues, la pena de vigilancia electrónica personal puede también reforzar las opciones nacionales, de aplicación de un Derecho Penal terapéutico para los condenados que padezcan dependencia a drogas y alcohol.

En consecuencia, cabe sugerir, de *lege ferenda,* que este perfil de delincuente sea también incluido en el conjunto de casos que se reseñan en el inciso 4 del artículo 29-A (Cfr. Pierina Chicoma Castro. "Presos sin barrotes". En: diario *El Comercio.* Edición del 27 de enero de 2016, p. A 10). Por lo demás, estamos convencidos de que ello puede marcar también un mejor alineamiento de la legislación peruana con las propuestas de la OEA, **cuya implementación, lo reiteramos, es plenamente constitucional y no afecta lo regulado por el artículo 8 de la carta fundamental de 1993.**

El delito de financiación del terrorismo en el Perú[1]

I. EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El siglo XXI coloca a los sistemas internacionales e internos de prevención y control de la criminalidad organizada frente a un escenario complejo y una realidad muy diversificada. En ese contexto, los circuitos de desplazamiento de capitales ilegales o de aplicación ilícita constituyen una de sus manifestaciones más caracterizadas y activas. Sobre todo para aquellos delitos que acusan una transformación de sus objetivos ideológicos, así como una reingeniería de su *modus operandi*. En el presente, pues, en paralelo a una eficiente delincuencia que brinda servicios de lavado de activos, coexiste otra dedicada a ejecutar prácticas ilícitas similares pero dirigidas al **financiamiento de actividades criminales**.

Una manifestación especial de esta innovadora delincuencia aparece conectada a la viabilidad estratégica de las operaciones violentas transnacionales que caracterizan al terrorismo en el nuevo milenio. Como bien indica SERRANO TÁRRAGA: "A partir de los atentados del 11 de setiembre a las Torres Gemelas de Nueva York, cambió la concepción del terrorismo como un fenómeno localizado en un determinado país, Estado o territorio, y el mundo entero se sintió amenazado. En ese momento se comenzó a hablar de terrorismo global. La amenaza del terrorismo era mundial, afectaba a toda la población" (María Dolores Serrano Tárraga. *El rol de la criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea*. Dykinson. Madrid. 2014, p. 388). Lo cual en

(1) Publicado originalmente en: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada. Parte especial*. Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 329-362.

los últimos cinco años se ha visto potenciado con las continuas acciones bélicas generadas y desplegadas por nuevas organizaciones radicales fundamentalistas como el ejército islámico. Como lo destaca NAIM, "si bien el terrorismo ha existido siempre, en el siglo XXI tanto el número de los ataques como el de las fatalidades han aumentado aceleradamente. En los últimos 15 años, las muertes por ataques terroristas se han multiplicado por nueve y el número de esos ataques pasó de menos de 2.000 en el año 2000 a casi 14.000 en el 2015. Pero este aumento no ocurrió ni en Norteamérica ni en Europa. El terrorismo está altamente concentrado en cinco países: Iraq, Pakistán, Afganistán, Nigeria y Siria. Desde el comienzo del siglo, el porcentaje de todos los ataques del mundo se ha dado allí. La mayoría de las fatalidades y de los atentados no fueron contra blancos en el mundo occidental sino entre musulmanes chiitas y sunitas (...). Entre el 2000 y el 2014, el 40 % de todos los ataques terroristas fueron perpetrados por grupos que no pudieron ser identificados. El 60 % de los grupos identificados corresponde a un número muy pequeño de organizaciones: Boko Haram, los Talibanes, Al Qaeda en Iraq y Al Shabaab concentra el 35 % de todos los ataques que ocurrieron en el mundo en los últimos 15 años. Solamente entre el 2013 y el 2014 ISIS perpetró más de 70 ataques" (Moisés Naím. "Los números del terrorismo". En: diario *El Comercio*. Edición del 26 de marzo de 2016, p. 20).

También corresponde a esta nueva presencia del terrorismo internacional la activación eficiente de sofisticados procedimientos y medios tecnológicos que aplican las tipologías actuales del denominado **ciberterrorismo.** Que, como explica SALAS CALERO, al igual que el terrorismo tradicional, "tiene como fin la intimidación, la coacción y el causar daños por razones ideológicas o religiosas. Sin embargo, difiere en el uso de la tecnología como principal método para llevar a cabo el ataque previsto" (Luis Salas Calero. "Terrorismo, crimen organizado y guerras en un mundo cibernético. Los retos para los Estados Unidos y la respuesta gubernamental". En: José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau. Directores. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 415).

El fenómeno terrorista contemporáneo necesita, pues, de un flujo estructurado, a la vez que continuo, de recursos financieros o logísticos que respalden tanto sus objetivos organizacionales, como la realización de sus diversas acciones delictivas. Estos requerimientos han dado lugar al surgimiento y consolidación de una modalidad autónoma o complementaria de organizaciones criminales, constituidas para activar redes y procedimientos de captación o suministro de capitales, que luego serán cedidos o aplicados en beneficio de

agrupaciones terroristas. A esta actividad delictiva se le identifica actualmente en el Derecho internacional y nacional de los Estados como **financiación del terrorismo**. Al respecto, examinando la legislación española sobre esta materia, VEGA SÁNCHEZ precisa que dicho ilícito comprende un conjunto de actos como "el suministro, depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. Se considera que existe financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos o bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado" (María Victoria Vega Sánchez. *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril.* Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011, pp. 58-59).

Por su parte, el primer Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2011-PCM, también señalaba expresamente que: "El financiamiento del terrorismo (FT) involucra la solicitud, la recolección, o el suministro de fondos u otros bienes con la intención de que sean utilizados para apoyar el terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas. El FT puede ser cometido independientemente de que los fondos provengan de fuentes lícitas o ilícitas. Igualmente, no se requiere que los fondos sean efectivamente utilizados para cometer un acto terrorista ni que estén vinculados a un acto terrorista específico. El objetivo principal de los individuos o entidades involucradas en el FT no es necesariamente el ocultar el origen del dinero sino más bien el encubrir tanto el financiamiento como la naturaleza de la actividad que se financia" (*Introducción y conceptos básicos*. B. 4-5).

Ahora bien, es pertinente precisar que el dinero y los activos que son utilizados en los procedimientos de financiación del terrorismo o de otras actividades ilegales, como las vinculadas con la proliferación de armas de destrucción masiva, a diferencia de lo que ocurre en las prácticas de lavado de activos, tienen un origen menos sospechoso o cuestionable. Esto es, en muchos casos su procedencia no solo es legal, sino que se encuentra plenamente sustentada.

Estas últimas características determinan, pues, que los circuitos y prácticas de desplazamiento o movilización nacional e internacional de los activos comprometidos con el financiamiento de actividades criminales tengan en un contexto globalizado y cibernético mayor viabilidad. Pero, además, que las posibilidades de interdictar su tránsito o transformación se reduzcan considerablemente, sobre todo cuando los espacios de desplazamiento de los recursos

de financiamiento no están muy alejados de sus beneficiarios ilegales, como lo ha destacado el GAFI al referirse a las operaciones de financiación del terrorismo. Según este organismo técnico: "El financiamiento de los grupos terroristas, a diferencia de las organizaciones criminales, sin embargo, puede incluir también los ingresos derivados de fuentes legítimas o de la combinación de fuentes lícitas e ilícitas. Este financiamiento procedente de fuentes lícitas constituye una diferencia clave entre los grupos terroristas y las organizaciones criminales tradicionales. El alcance del papel que juega el dinero lícito en el apoyo al terrorismo varía de acuerdo con el grupo terrorista y depende de si la fuente de los fondos está ubicada o no en el mismo lugar geográfico de los actos terroristas que comete el grupo" (Cfr. GAFI. *Guía para las instituciones financieras en la detección del financiamiento del terrorismo*. París. 2002, p. 8).

Por consiguiente, las opciones para **obtener, ceder, transferir o aplicar** estos recursos financieros lícitos que están destinados o serán empleados en fines delictivos siguen siendo mucho más seguras y menos rastreables por las auditorias o agencias de seguridad que en los casos de lavado de activos donde la ruta del dinero o de las operaciones materializadas con él se muestran más visibles al investigador tecnificado. En este escenario, como lo advierte CURBERT, "la diferenciación entre actividad económica legal y criminal, dinero limpio y dinero sucio, resulta cada vez más difícil. Porque, además, al blanqueo de dinero ha venido a añadírsele el **negreo**, es decir, la conversión de fondos blancos, legales, en manos de organizaciones terroristas, en volúmenes importantes de dinero en metálico destinados a cubrir las necesidades derivadas del funcionamiento de sus estructuras clandestinas y de sus acciones violentas" (Jaume Curbert. *La criminalización de la economía y la política*. Separata editada por Gobernanza y Seguridad Sostenible. Octubre de 2003. Recuperado de: <http: //www.ligov.org/seguridad>, p. 1).

En consecuencia, el poder movilizar y hacer llegar activos de comprobado origen lícito a organizaciones delictivas, para con ellos financiar sus acciones ilícitas, **constituye una nueva expresión o servicio del crimen organizado y que resulta complementaria al lavado de activos.** Al respecto se ha afirmado que "los terroristas y sus organizaciones de apoyo hacen generalmente uso de los mismos métodos a los que echan mano los grupos criminales para lavar fondos. Algunos de los métodos particulares detectados con respecto a los distintos grupos terroristas incluyen: contrabando de efectivo (por medio de mensajeros o por grandes cargamentos de efectivo), depósitos estructurados a cuentas bancarias o extracciones de cuentas bancarias, compra de varios

tipos de instrumentos monetarios (cheques de viajero, cheques bancarios, órdenes de pago), uso de tarjetas de crédito o débito y transferencias electrónicas. Ha habido indicios también de que algunas formas de banca clandestina (particularmente el sistema **hawala**) han jugado un papel en el traslado de fondos relacionados con el terrorismo" (Cfr. GAFI. *Guía para las instituciones financieras en la detección del financiamiento del terrorismo*. París. 2002, p. 9). Por lo cual su relevancia penal en la actual coyuntura es marcada por los sucesos recientes acaecidos en Francia y Bélgica.

Como señala LUGO, ha quedado configurada una nueva dimensión criminal de circulación de capital, similar pero diferente de la que corresponde al lavado de activos, y a la cual la comunidad internacional tiene que hacer frente e interdictar. En tal sentido, "después de los atentados del 11 de Setiembre en Nueva York, la resolución 1373 de las Naciones Unidas, que fue la respuesta de la comunidad internacional a estos dramáticos hechos, establece claramente que los Estados, en referencia a los países miembros de la ONU, **están obligados a crear leyes en contra del financiamiento al terrorismo**" (Cfr. Danilo Lugo. "Lavado de dinero y financiamiento al terrorismo". Este artículo fue publicado en la página electrónica del Instituto de Auditores Internos de Argentina, en la dirección web: <*http://www.iaia.org.ar/elauditorinterno/11artículo2.html*>, de donde fue recuperado para efectos de esta cita; sin embargo, en la actualidad dicho texto no se encuentra disponible por renovación del sitio web a cargo de su administrador).

Se trata, por lo demás, de un **proceso inverso** al que se utiliza en el lavado de activos y cuyas tipologías propias todavía son objeto de estudio por los expertos internacionales. Pero que, sin embargo, en los dos últimos lustros ha adquirido particular notoriedad e importancia criminológica a la vez que político-criminal, como consecuencia de los lamentablemente eficaces atentados terroristas que se han registrado en dicho periodo en los Estados Unidos y Europa (Cfr. Daniela Meneses Sala y Gonzalo Ramírez de la Torre. "Ataques terroristas. Alerta en Europa". En: revista *Somos* del diario *El Comercio*. Año XXIX. N° 1529. Edición del 26 de marzo de 2016, pp. 20-21; "El terrorismo golpea el corazón de Europa". En: diario *El Comercio*. Edición del 24 de marzo de 2016, p. 18).

De modo especial ha motivado la atención de los analistas, la verificación de que, según los hallazgos de diferentes investigaciones, para financiar tales actos criminales **se ensució o negreó dinero lícito**; el cual, sin embargo, se fue acumulando y suministrando bajo la eficaz cubierta de actividades legítimas e insospechables como colectas públicas o donativos realizados por sectores tradicionalmente inocuos, como las organizaciones benéficas o las agrupaciones

religiosas o de inmigrantes y estudiantes extranjeros. (Cfr. IRS Criminal Investigation. *Financiando terrorismo.* Separata de instrucción. Department of the Treasury. Lima. Agosto de 2006, p. 3 y ss; Juan León Gamarra. *El contador público en la investigación de lavado de activos en el Perú.* Universidad Peruana Unión. Lima. 2003, p. 19 y ss.). Asimismo, el que las transferencias de esta clase de fondos se aplicaron en cantidades menores que las alejaron de todo control preventivo. Así, por ejemplo, "un examen de las conexiones financieras entre los secuestradores del 11 de setiembre mostró que la mayoría de las transacciones individuales eran pequeñas sumas, es decir, por debajo de los límites usuales para el reporte de transacciones en efectivo, y en la mayor parte de los casos las operaciones fueron solo transferencias electrónicas. Los individuos eran aparentemente estudiantes extranjeros que parecían recibir dinero de sus padres o donaciones por sus estudios, de forma tal que las transacciones no habrían sido identificadas como merecedoras de una investigación adicional por parte de las instituciones financieras involucradas" (Cfr. GAFI. *Guía para las instituciones financieras en la detección del financiamiento del terrorismo.* París. 2002, p. 10).

Sin embargo, ya desde mucho antes de los acontecimientos de las Torres Gemelas de Nueva York, los **actos de financiamiento del terrorismo** eran penalizados como formas de complicidad o como actos preparatorios criminalizados autónomamente. Fundamentalmente, porque la inteligencia acumulada por los distintos países que afrontaban acciones terroristas mostraba de manera constante y reiterada la existencia activa de **células o grupos de apoyo**, cuya función principal era la de proveer de recursos logísticos y financieros a los actores estratégicos y operativos de las organizaciones terroristas.

Se trataba, pues, de un **núcleo periférico y paralelo** a los sectores políticos y militares de los grupos en armas. Por lo general eran simpatizantes ideológicos, que no siempre alcanzaban a integrarse formalmente como militantes o combatientes de las facciones terroristas. Esto es, la presencia, actividad y conexión de estas células de apoyo con la estructura organizacional terrorista siempre resultaba ser indirecta. Por lo demás, su *modus operandi* se manifestaba mediante actos aparentemente inocuos o socialmente adecuados, como organizar y ejecutar colectas, solicitar donativos o realizar convocatorias sociales (festivales culturales, gastronómicos o deportivos, etc.). A través de todos ellos se buscaba y recaudaba fondos o medios logísticos, que luego eran suministrados por diferentes vías y formas a los contactos políticos o militares del grupo terrorista.

La eficacia mostrada por estos servicios de auxilio financiero, así como su notoria impunidad, comenzaron a ser objetados por las agencias de control

desde mediados de los años ochenta, llegándose a la conclusión estratégica que resultaba necesaria su interdicción y criminalización. Como consecuencia de ello, la **legislación penal de emergencia** incorporó su tipificación penal, señalando para tales conductas penas severas que, en no pocas ocasiones, resultaban siendo iguales o mayores que las previstas para las propias acciones terroristas.

El llamado **Derecho Penal de emergencia,** tan arraigado en los sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos entre los años setenta a noventa del siglo anterior, procuraba, pues, con ese proceder político-criminal, cubrir un amplio espacio de adelantamiento de la intervención penal y poder alcanzar los actos de financiamiento. De esa manera, además, también se lograba legitimar el ejercicio de un mayor poder discrecional en las agencias de seguridad y control prejurisdiccionales, para definir con mayor sentido de oportunidad la situación e interdicción de estos núcleos de colaboración terrorista (Cfr. Kai Ambos. *Terrorismo y ley.* Comisión Andina de Juristas. Lima. 1989, p. 77 y ss.; José Ramón Serrano-Piedecasas. *Emergencia y crisis del Estado social.* PPU. Barcelona. 1988, p. 108 y ss.). En consecuencia, pues, cabe reconocer que la actual tendencia internacional a criminalizar de modo autónomo los actos de financiamiento al terrorismo constituye, en realidad, un desarrollo evolutivo y radical de aquellos precedentes que hemos mencionado.

Ahora bien, en esta segunda etapa la represión penal del financiamiento del terrorismo comienza a activarse en un contexto internacional muy diferente de aquel imperante hacia finales del siglo pasado. En efecto, en esta nueva fase el problema del terrorismo ha sufrido notables transformaciones, que involucran variables desconocidas en la época anterior de los años setenta y ochenta del siglo XX. Por ejemplo, el terrorismo contemporáneo se aleja de una etiología política de base marxista, para vincularse estrechamente con proyectos fundamentalistas originados o focalizados en núcleos religiosos de credo musulmán, los cuales exaltan las acciones violentas y armadas como parte activa de una **Yihad** moderna. La que, en esencia, implica asumir una opción radical de cuestionamiento del modo de vida occidental y de rechazo a la presencia hegemónica de los Estados Unidos y de sus aliados europeos (Cfr. "Los iluminados de la violencia, en Terrorismo. La plaga mundial de final del milenio". En: *Suplemento Temas* N° 26. Diario *Cambio.* Edición del 19 de junio de 1999. Lima, p. III). Es, pues, al interior de este inédito escenario, que el innovado terrorismo de etiología religiosa va desencadenando diferentes sucesos violentos como los ya mencionados atentados aéreos contra las Torres Gemelas del Word Trade Center de Nueva York; las efectistas acciones terroristas ocurridas en Londres, Madrid, París y Bruselas; y la activa presencia, incluso bélica, del denominado ejército islámico (ISIS).

Para los analistas, el panorama actual del terrorismo moderno se puede describir a partir de tres características: a) la potencialidad global y virtual de sus efectos; b) la implementación desordenada de respuestas estatales que inciden poco en el control de una eficiente dinámica operativa; y, c) la limitada eficacia de la prevención de los daños directos y colaterales que ocasiona. El estado de cosas, por lo demás, es preocupante, como lo puntualiza BOLÍVAR, al destacar que "el terrorismo global, principalmente islámico, no ha disminuido sino que, por el contrario, su tendencia es a aumentar debido a los graves errores políticos y estratégicos que están cometiendo los EE. UU. y sus aliados" (Alberto Bolívar. "Terrorismo: apreciación nacional de inteligencia. Sección política". Columna seguridad nacional. Diario *La Primera*. Edición del 2 de octubre de 2006. Lima, p. 4). Lamentablemente, frente esa realidad, los organismos internacionales y los Estados solo han optado por priorizar acciones bélicas o la utilización exagerada de estrategias simbólicas de sobrecriminalización, que, como lo advierte el Grupo español de Estudios de Política Criminal, "no obedecen a ningún fin razonable, más allá de sobreactuar ante la ciudadanía, y dar la impresión de mano dura con el delito" (Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, p. 12).

No obstante, en este grave entorno de violencia indiscriminada y de expansión del denominado terrorismo global, también se ha consolidado la voluntad internacional de ampliar los espacios comunes de represión de las acciones terroristas, para incidir de manera más directa e integral sobre sus fuentes de financiamiento. Cabe anotar que la evolución de este proceso ha sido paulatina y tuvo lugar del modo siguiente: Primero, el 17 de diciembre de 1996, mediante Resolución N° 51/210, la Asamblea General de las Naciones Unidas demandó que los Estados **"adoptaran medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas**, ya sea que se hiciera de forma directa o indirecta, por conducto de organizaciones que tuvieran además o proclamaran tener objetivos caritativos, sociales o culturales, o que realizaran también actividades ilícitas, como el tráfico de armas, la venta de estupefacientes, y las asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas a fin de financiar actividades terroristas, y en particular a que se consideraran, en su caso, la adopción de medidas reguladoras para prevenir y contrarrestar los movimientos de fondos que se sospechara se hicieran con fines terroristas, sin impedir en modo alguno la libertad de los movimientos legítimos de capitales, y que intensificaran el intercambio de información acerca de los movimientos internacionales de ese tipo de fondos".

Posteriormente, a mediados de 1998, por iniciativa del Gobierno francés y con el apoyo del Grupo de los 8, se comenzó a gestar un acuerdo internacional, lo que fue respaldado por los ministros de Relaciones Exteriores de los países integrantes, al considerar que **"la prevención del financiamiento del terrorismo es una cuestión prioritaria que exige acciones inmediatas"**.

Un año después, Francia realizó negociaciones preliminares con tal objetivo y remitió un borrador de convenio a las Naciones Unidas. Fue así que mediante Resolución N° 53/108, del 8 de diciembre de 1998, la Asamblea General de la ONU le encargó al Comité Especial de seguimiento, creado con la Resolución de 1996, la redacción de un Proyecto de Convenio Internacional que regulará todos los aspectos relacionados con la prevención y represión de tales conductas (Cfr. Louis Forget. *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo*. Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI). Ob. cit., p. 6).

El trabajo realizado con base en los debates y propuestas del equipo de expertos se fue consolidando hasta alcanzar un texto definitivo, el cual fue luego remitido a la Secretaría General. Dicho documento fue finalmente aprobado por la Asamblea General, mediante Resolución A/RES/54/109 del 9 de diciembre de 1999, convirtiéndose en el **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** de las Naciones Unidas. El mismo que entró en vigor el 10 de abril de 2003.

En los considerandos finales de su preámbulo, el citado instrumento multilateral destaca que sus propósitos y políticas serían los siguientes:

- Que la financiación del terrorismo es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional.
- Que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas.
- Que los instrumentos jurídicos multilaterales vigentes no se refieren explícitamente a la financiación del terrorismo.
- Que es urgente la necesidad de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir la financiación del terrorismo, así como para reprimirlo mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores.

En lo esencial, pues, este Convenio internacional impulsaba a los Estados Partes a incluir en sus sistemas jurídicos internos medidas preventivas,

penales y de asistencia mutua, para fortalecer, con ellas, el control e interdicción de todo circuito o fuente que pudiera ser utilizado para el financiamiento del terrorismo.

Sin embargo, la expectativa y recepción inicial de este Convenio no fue muy diferente de la que habían merecido otros instrumentos multilaterales de la época como la Convención de Viena o la Convención de Palermo. Esto es, su puesta en vigor se prolongó hasta tres años después de su aprobación. Y, en dicho periodo intermedio, fueron muy pocos los países que se interesaron por modificar de manera inmediata su legislación interna, para adaptarla a las expectativas y propuestas del citado instrumento internacional. Según los especialistas del FMI: "El Convenio enuncia tres obligaciones básicas de los Estados Partes. Primero, deben tipificar el delito de financiamiento del terrorismo en su legislación penal. Segundo, deben cooperar ampliamente con otros Estados Partes y prestarles asistencia jurídica en relación a los asuntos contemplados en el Convenio. Tercero, deben establecer ciertos requisitos sobre la función de las instituciones financieras para la detección y presentación de pruebas del financiamiento de actos terroristas" (Cfr. Louis Forget. *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo.* Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional-FMI. Ob. cit., p. 6). No obstante, al conocerse los entretelones del financiamiento y de los recursos involucrados en la realización de los atentados del 11 de setiembre de 2001, la necesidad de contar con medidas extremas e idóneas contra el financiamiento del terrorismo recuperó vigencia y urgencia (Cfr. Dosier. "La era del terror. 11-S la guerra del fin del mundo". Suplemento especial publicado en diario *La República.* Edición del 10 de setiembre de 2006. Lima, p. 2 y ss.). Es así que en medio de dicho marco coyuntural y político se aprueban, casi de modo simultáneo, tres documentos diferentes que serán los que fijen las coordenadas definitivas para toda acción preventiva y represiva de la financiación del terrorismo.

Tales documentos fueron los siguientes:

- La Resolución N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- La Convención Interamericana contra el Terrorismo.
- Las 40 recomendaciones del GAFI.

A continuación presentamos las características y contenidos más representativos de cada uno de estos tres instrumentos.

El primer documento tiene una efectividad vinculante de alcance global. Se trata de la **Resolución N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas** del 28 de setiembre de 2001. Este instrumento internacional expresó la reacción inmediata de las Naciones Unidas ante los atentados de Nueva York. En él se establecieron dos obligaciones esenciales que debían cumplir los Estados. En primer lugar, la estandarización internacional de la adopción de medidas para combatir el financiamiento de actos terroristas. Y, en segundo lugar, la implementación inmediata del congelamiento e inmovilización de los activos pertenecientes o conectados con organizaciones terroristas.

En el *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo*, que elaboró el Departamento Jurídico del FMI, se hace un sistemático resumen de las obligaciones y recomendaciones reguladas por la Resolución N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Por su detalle ilustrativo estimamos pertinente transcribir sus contenidos fundamentales. Al respecto, la fuente citada demandaba que los Estados involucrados deberían adoptar, en el corto plazo, las siguientes medidas y políticas de prevención y represión de la financiación del terrorismo:

- Tipificar como delito la provisión o recaudación de fondos destinados a actos de terrorismo cometidos por sus nacionales en su territorio.
- Congelar los activos de los grupos terroristas y de las entidades de propiedad o bajo control de grupos terroristas, y de las personas que actúen en su nombre.
- Prohibir a sus nacionales y residentes que pongan fondos a disposición de las personas que cometan actos de terrorismo.
- Abstenerse de prestar apoyo a quienes cometan actos de terrorismo.
- Adoptar medidas preventivas de actos terroristas mediante procedimientos de alerta temprana y que alcancen a otros Estados a través del intercambio de información.
- Denegar refugio a quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo o proporcionan refugio a grupos terroristas.
- Impedir que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo aticen sus territorios para dichos fines y acciones.
- Asegurar el juzgamiento penal de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo.

- Impedir la circulación de terroristas mediante controles eficaces en los puntos de frontera.
- Adherirse a los convenios pertinentes, inclusive el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (listado elaborado con base en los cuadros anexos en Louis Forget. *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo.* Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI). Ob. cit., pp. 19-21).

El segundo instrumento internacional que vamos a examinar tenía en cambio una proyección hemisférica. Nos referimos a la **Convención Interamericana contra el Terrorismo,** la cual fue promovida por el Perú y aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 3 de junio de 2002. En el artículo 4 de esta Convención, y de manera menos detallada que otros documentos sobre la materia, se definían las **medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo**. Entre ellas se contemplaban las siguientes:

- Establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo y para lograr una cooperación internacional efectiva al respecto.
- Consolidar un régimen interno normativo y de supervisión para los bancos, otras instituciones financieras y otras entidades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas. Este régimen destacará los requisitos relativos a la identificación del cliente, conservación de registros y comunicación de transacciones sospechosas o inusuales.
- Implementar medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo, instrumentos negociables al portador y otros movimientos relevantes de valores. Estas medidas estarán sujetas a salvaguardias para garantizar el debido uso de la información y no deberán impedir el movimiento legítimo de capitales.
- Establecer y mantener una unidad de inteligencia financiera que sirva como centro nacional para la recopilación el análisis y la difusión de información relevante sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo.

Como se puede advertir de las propuestas consignadas, el patrón de regulación del Convenio interamericano que debían de adoptar los Estados partes de la OEA desarrollaba características similares a las definidas por

las estrategias hemisféricas contra el lavado de activos. De allí que haya resultado coherente que se encomiende con posterioridad al Grupo de Expertos para la prevención y represión del lavado de activos de la CICAD-OEA, incluir en el Reglamento Modelo disposiciones alusivas a la financiación del terrorismo. Es más, dicho encargo se ha venido formalizando con sucesivas reformas que se fueron introduciendo en el Reglamento Modelo entre los años 2002 y 2005.

Por último, el tercer documento internacional de la trilogía que hemos mencionado, como orientadores de las políticas y medidas para la prevención y control del financiamiento del terrorismo, tenía como particularidad el carecer de efectividad vinculante directa. Sin embargo, por la idoneidad técnica de sus propuestas se ha ido convirtiendo en el más importante y representativo, alcanzando una rápida y generalizada asimilación de sus recomendaciones en los sistemas jurídicos nacionales. Dicho documento está constituido por las **40 recomendaciones del GAFI.** Originalmente ellas fueron focalizadas en la prevención del lavado de activos en el ejercicio de la intermediación financiera. Sin embargo, sus reglas comenzaron a vincularse con lo concerniente a la prevención de la financiación del terrorismo mediante la elaboración de IX recomendaciones especiales, las que fueron dadas a conocer el 30 de octubre de 2001. En su redacción actual, que data de inicios de 2012, las recomendaciones del GAFI dedican en el Capítulo C tres de sus cuatro recomendaciones a medidas de prevención del **"Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva"**. La morfología de estas disposiciones es la siguiente:

- Recomendación 5: Delito de financiamiento del terrorismo.
- Recomendación 6: Sanciones financieras dirigidas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo.
- Recomendación 8: Organizaciones sin fines de lucro.

Cabe agregar que en los tres instrumentos internacionales citados se exhorta a que los sistemas jurídicos internos de los Estados den cumplimiento a un conjunto de obligaciones legislativas, estratégicas y operativas, entre las que destacan las siguientes:

- Ratificar y aplicar los convenios y resoluciones internacionales de las Naciones Unidas contra el financiamiento del terrorismo.
- Tipificar como delito el financiamiento del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas.

- Los delitos de financiamiento del terrorismo deben ser considerados como delitos precedentes a efectos de la configuración de operaciones de lavado de activos.
- Implementar y aplicar medidas idóneas para un congelamiento inmediato de los fondos o activos del terrorismo, de los que financian el terrorismo y de las organizaciones terroristas.
- Adoptar medidas, incluso legislativas, para facilitar la incautación y decomiso de los activos o bienes que se han usado o que serán usados en actos de financiamiento del terrorismo.
- Exigir el reporte inmediato a la autoridad competente de las transacciones u operaciones sospechosas de estar conectadas con formas de financiamiento del terrorismo.
- Impulsar, fortalecer y viabilizar oportunamente todos los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal que sean necesarios para la investigación, juzgamiento y sanción de los actos de financiación del terrorismo.
- Adoptar las medidas idóneas para evitar que los territorios de los Estados no se constituyan en refugios seguros para los implicados en actos de financiación del terrorismo.
- Registrar a todas las personas, naturales o jurídicas, que desarrollen **servicios alternativos de envíos de fondos,** y someterlas a los controles y obligaciones existentes para el sector de intermediación financiera. Asimismo, se deben establecer sanciones severas para quienes desde esa condición materialicen actos de financiamiento del terrorismo.
- Disponer que las entidades financieras apliquen un régimen estricto de identificación y registro de las personas que realicen procedimientos de transferencia electrónica de fondos, abarcando también los mensajes conexos. Estas medidas deben aplicarse durante toda etapa de la cadena de pago.
- Actualizar la legislación pertinente y fiscalizar a las **organizaciones sin fines de lucro** que puedan ser utilizadas o resultar vulnerables para actos de financiación del terrorismo.
- Establecer controles estrictos sobre las personas que transporten físicamente sumas de dinero en efectivo o instrumentos negociables

al portador en zonas transfronterizas **(Correos en efectivo).** Se les debe aplicar un régimen de declaración y sancionarlas en caso de formular declaraciones falsas, a la vez que decomisarle el dinero o instrumentos negociables que trasladan.

Entre los primeros sistemas legales que adaptaron su derecho interno a las reglas diseñadas por normativa internacional, para la prevención y represión de la financiación del terrorismo, cabe citar a los siguientes países y leyes: República Oriental del Uruguay, Ley Nº 17.835, Sistema de Prevención y Control del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (2004); República de Guatemala, Proyecto de Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo (2003); Commonwealth Secretariat, Model Legislative Provisions on Meseaures To Combat Terrorism (2002); Caribbean Anti-Money Laundering Programme, Draft Legislation To Combat Terrorist Acts And Terrorist Financing (2002); Decreto Ley Nº 369 de Italia sobre Medidas Urgentes para Reprimir y Contrarrestar el financiamiento del Terrorismo Internacional (2001).

En la actualidad, sin embargo, la asimilación y concreción interna de todas las recomendaciones internacionales mencionadas ya han alcanzado una implementación bastante generalizada e integral. Tanto en lo referente a los modelos de tipificación penal, como en lo que atañe a la introducción e implementación de programas de control preventivo, así como en lo relativo a la consolidación normativa y práctica de espacios globales y hemisféricos para viabilizar la oportuna cooperación judicial internacional en materia penal.

Merece un comentario aparte, por su forma peculiar de abordar la problemática del terrorismo y de la financiación del terrorismo, la denominada ***Patriot Act*** **o Ley Patriótica**, que ha venido aplicando los Estados Unidos como reacción jurídica y política a los ataques que sufrió el 11 de setiembre de 2001. En torno a dicha norma, es de mencionar que su Título III es el que guarda relación con el lavado de activos y la financiación del terrorismo (Cfr. artículos 301 a 377). Las disposiciones allí contenidas conceden un amplio y especial espacio para el control sobre el lavado de dinero. El objetivo común de estas normas era incidir en todos los ámbitos económicos, comerciales, internos o externos, donde fuera posible la activación de conexiones financieras con capacidad operativa para proveer de fondos y recursos a los grupos y acciones terroristas. Es así que, por ejemplo, en los numerales 1 y 2 del inciso a) **(Hallazgos);** y en el numeral 1 del inciso b) **(Propósito),** del artículo 302 de la Ley Patriótica se destacaba lo siguiente:

> "El lavado de dinero, y los defectos en la transparencia financiera que los lavadores de dinero aprovechan, resultan críticos para el financiamiento del terrorismo global y la provisión de fondos destinados a organizar ataques terroristas;
>
> Los lavadores de dinero subvierten los mecanismos financieros y relaciones bancarias legítimas, utilizándolos como una cubierta para el movimiento de fondos de origen delictivo y para el financiamiento del crimen y el terrorismo, y al hacerlo, pueden amenazar la seguridad de los ciudadanos de los EE. UU y minar la integridad de las entidades financieras de ese país y de los sistemas financieros y comerciales globales de los cuales dependen la prosperidad y el crecimiento;
>
> El propósito de este Título es reforzar las medidas de los EE. UU destinadas a prevenir, detectar y perseguir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo a nivel internacional" (Cfr. U.S. Congreso. USA. *Patriot Act.* 2001)

Ahora bien, la aplicación de la Ley Patriótica generó varios impactos negativos sobre las garantías y derechos de los extranjeros de origen árabe o de prácticas musulmanas. Estos, repentinamente, por su origen o fe religiosa, pasaron a adquirir un **estatus de cuasisospechosos** de estar conectados con fuentes de financiamiento de grupos terroristas. Además, se vieron afectados por la ampliación de las facultades de las agencias de inteligencia e inmigración, así como de las embajadas norteamericanas en el exterior, quienes podían rastrear, analizar y promover la intervención sobre personas, cuentas y organizaciones que fueran calificadas como potencialmente ligadas a grupos terroristas activos.

Mayores detalles sobre esta normativa excepcional fueron dados a conocer también por los expertos del GAFI, en los siguientes términos: "La ley USA PATRIOT, sancionada inmediatamente después de los ataques terroristas perpetrados el 11 de setiembre de 2001 en Estados Unidos, es también de vasto alcance, y amplía las facultades de las autoridades policiales. La ley confiere a las autoridades federales atribuciones más amplias para vigilar e interceptar comunicaciones, y otorga al Secretario del Tesoro facultades regulatorias tendientes a combatir la corrupción de instituciones financieras estadounidenses con fines de lavado de dinero del exterior. La ley procura cerrar las fronteras estadounidenses a los terroristas extranjeros y detener y sacar del país a los terroristas extranjeros que se encuentren dentro de sus fronteras: Tipifica nuevos delitos y establece nuevas penas aplicables a terroristas nacionales e internacionales" (Louis Forget. *Manual para la redacción de leyes del*

financiamiento del terrorismo. Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI). Ob. cit., p. 38).

Por su parte, PELAYO MÖLLER criticó que la aludida Ley norteamericana marcaba, por su excesivo trato agresivo para con las minorías islámicas, un "**modelo de diferenciación jurídica de las diferencias**, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, lo que deriva, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. En especial, encontramos a los inmigrantes como un sector especialmente vulnerable" (Carlos María Pelayo Möller. "Tendencias en el combate a la delincuencia organizada en México: una crítica desde el garantismo". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología.* Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2004, p. 412).

Sin embargo, debemos recordar qué esquemas similares de control excepcional se han venido aplicando también por los Estados Unidos en contra de extranjeros y emigrantes, desde la época de la Administración Reagan, como parte de su política de **guerra contra las drogas.** En efecto, la visualización de formas graves de criminalidad, como actos de guerra, y de la delincuencia, como peligro a la seguridad o defensa nacional, es una justificante para legitimar formas excepcionales de control penal que los gobiernos norteamericanos vienen implementando desde finales de los años setenta y que los llevó, incluso, a la invasión militar de Panamá.

En consecuencia, pues, los excesos y efectos de la Ley Patriótica deben ser interpretados, más que como una manifestación excepcional, como una cuestionable ampliación de un mismo modelo de política criminal **"exterior"**, el cual no excluye, siquiera, de sus prácticas discriminatorias y autoritarias, a los mismos "ciudadanos" respetuosos de la ley, pero que tienen origen extranjero o son emigrantes. Al respecto, resulta controvertido el análisis realizado por JAKOBS, en torno a esta modalidad norteamericana de enfrentar, siempre como actos de guerra, el terrorismo y la financiación del terrorismo: "Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de setiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento –y solo hasta el momento– no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para

ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros –¿delincuentes? ¿Prisioneros de guerra?– muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra" (Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo.* Civitas. Madrid. 2003, p. 46).

Cabe agregar que el Congreso norteamericano complementó, luego, la Ley Patriota con otras normas también orientadas a legitimar un trato diferenciado y muy contrario a un debido proceso legal, para el juzgamiento de los implicados en actos de colaboración y financiación al terrorismo. Ese fue el caso de la denominada **Ley sobre Comisiones Militares de 2006,** del 28 de setiembre de aquel año. Entre otras medidas, dicha Ley regulaba las siguientes:

- La ampliación de la definición de **"enemigo combatiente"** a toda persona que dé apoyo material y financiero a grupos terroristas.
- La competencia de tribunales militares para juzgar a terroristas implicados en atentados contra los Estados Unidos, bajo cargos de crímenes de guerra.
- Los detenidos tendrían derecho a un abogado, pero no podrían impugnar su detención en tribunales civiles.
- La autorización para que la acusación argumente **"privilegio de seguridad nacional"** y así impedir la divulgación de información y pruebas secretas durante el juicio.
- Los acusados tendrían acceso limitado a las pruebas, pero recibirían un resumen de aquellas que no estén vinculadas con informaciones secretas (Cfr. "Senado aprueba tribunales militares", nota periodística publicada en la sección internacional del diario oficial *El Peruano.* Edición del 29 de setiembre de 2006).

Este tipo de reacción represiva indiscriminada, aplicada en los Estados Unidos, dio pie a que se construya en torno a ella lo que JAKOBS denominó un **Derecho Penal del enemigo.** Esto es, un modelo penal de excepción que distingue con grave sentido práctico entre **individuos (enemigos)** y **personas (ciudadanos).** En términos concretos, para esta concepción teórica el Estado, como estructura de control, desarrolla dos niveles de respuesta político criminal frente a la delincuencia. Por un lado, estaría aquel nivel que define estrategias de prevención y represión con reconocimiento de garantías para los delincuentes que se estima recuperables o con posibilidades de poder internalizar debidamente los mandatos, roles y expectativas sociales que comunican

las normas penales. Estos delincuentes, pese a ser infractores de la norma y de lo que ella expresa socialmente, conservan su estatus de **"ciudadanos".** Por lo que frente a ellos la pena solo cumpliría una función convencional, de distensión social al ratificar la utilidad del marco normativo y al catalogar la conducta desviada como episódica o atribuible a procesos de disfunción o rechazo reversible del modelo, valores y roles que aquél define.

En cambio, por otro lado, se ubicaría un segundo nivel o tipo de delincuencia que operaría como **núcleo duro**, irrecuperable, que por convicción ha renunciado a toda reconciliación con el sistema y sus normas, lo cual se expresa u objetiviza en una actitud reincidente, rebelde y agresiva. Esta clase de delincuente se convierte, pues, en un **"enemigo"** que se **autoexcluye** de la comunidad perdiendo valor para el sistema, lo que legitima que deba ser neutralizado de manera total. Se trata de un **"individuo"** peligroso para cuyo control resulta necesario restringirle o suprimirle de manera extrema los derechos y garantías que ordinariamente reconoce el sistema a todos los ciudadanos o personas. Contra el enemigo se lucha abiertamente y de todas las formas posibles. Por tanto, se estima, incluso, lícito y funcional optar por su **combate y destrucción** (Cfr. Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo.* Civitas. Madrid. 2003, p. 42 y ss.). Como bien lo resume PÉREZ CEPEDA: "Para Jakobs, los sujetos que violan el Derecho de forma reiterada, o cuando menos no ocasional, niegan el Estado y sus principios fundamentales al tratar de lograr sus objetivos no por medios democráticos sino por medio de violencia; viven al margen de las reglas sociales dado que su finalidad única es la delincuencia; y, en este último caso, pretenden destruir la democracia o afectarla de modo definitivo para lograr sus objetivos. Y, frente a ellos, Jakobs legitima una intervención penal distinta, casi contradictoria con la intervención penal frente al ciudadano, dado que el Estado no debe tratar como persona a quien no puede esperar ser tratado como tal, puesto que, en caso de que lo hiciese, vulneraría el derecho de seguridad de las personas" (Ana Isabel Pérez Cepeda. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno.* Iustel. Madrid. 2007, p. 170).

Sin embargo, para un sector minoritario de la doctrina, la aplicación de este Derecho Penal del enemigo tiende a justificarse y perder su carácter excepcional, pasando a ser una forma común de responder a la criminalidad grave como el terrorismo. Por ejemplo, POLAINO-ORTS sostiene que se trataría de un modelo real y que goza de **ubicuidad** en el contexto contemporáneo; al cual, incluso, hay que reconocerle legitimidad si se produce y reproduce en la praxis de un Estado democrático. Este autor, procurando contestar a los

críticos de las tesis jakobianas, ha alegado que todo cuestionamiento sólo obedece a criterios irracionales y acientíficos: "(...) probablemente si JAKOBS no hubiera denominado ese fenómeno existente con el nombre de Derecho Penal del enemigo, el escándalo hubiera sido menor. Pero, además, tanto la doctrina como los ordenamientos de países democráticos de todo el mundo hubieran seguido haciendo Derecho Penal del enemigo sin que nadie se preguntara de manera integral por su legitimidad, sino dando por supuesta que era la medida adecuada, legítima, proporcional y justa ante casos de especial peligrosidad, donde la pena resulta infructuosa cuando no inconveniente, y donde los mismos mecanismos del Estado de Derecho requieren acudir a otras reacciones normativas de carácter asegurador" (Cfr. Miguel Polaino-Orts. *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.* Grijley. Lima. 2006, p. 289).

Al respecto, cabe reconocer que las influencias del denominado Derecho Penal del enemigo también se han dejado sentir episódicamente en otros modelos y estrategias de política criminal que han venido aplicando los Estados democráticos, en los últimos veinte años, para contener el desborde social del sentimiento de inseguridad ciudadana que provoca la presencia activa de la criminalidad organizada y violenta. Un ejemplo de esta tendencia se advierte en el denominado **giro punitivo** tan evidente en las continuas reformas penales que vienen sucediendo en Latinoamérica.

En resumen, los trágicos sucesos terroristas ocurridos en Estados Unidos y Europa desde inicios del nuevo milenio, así como la activa y reciente presencia de acciones terroristas atribuidas al denominado ejército islámico, han validado y ratificado la necesidad de fortalecer controles preventivos y penales sobre las fuentes de origen, así como sobre los destinos y los espacios de aplicación de los recursos financieros a favor de organizaciones terroristas. Es más, en los últimos años también se ha afirmado la voluntad de que tales controles también proyecten sus efectos y de modo directo sobre las personas jurídicas sin fines de lucro. En ese sentido, una primera línea de acción fue promovida por el GAFI en su otrora **VIII Recomendación Especial contra el financiamiento al terrorismo**, en la que se dispuso lo siguiente:

> "Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidas a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:
>
> a) Por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;

b) Para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos; y

c) Para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas".

La situación actual muestra, pues, que luego de un tránsito sinuoso la existencia de un sistema normativo integral contra la financiación del terrorismo se ha consolidado en el Derecho interno de los Estados. Los cuales, paulatinamente, han insertado en sus sistemas jurídicos normas y prácticas específicas de prevención y represión penal de tales operaciones delictivas.

II. LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. Antecedentes

Como en otros sistemas jurídicos que desarrollaron modelos especiales de regulación penal para prevenir y sancionar el terrorismo, el legislador peruano criminalizó este delito en sus leyes de la materia desde inicios de los años ochenta del siglo pasado. Efectivamente, en marzo de 1981 se promulgó el Decreto Legislativo N° 046 sobre delito de terrorismo. Su adscripción a la política criminal de emergencia fue desde aquel entonces expresa y total (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Comentarios al Código Penal de 1991.* Editorial Alternativas. Lima. 1993, p. 155 y ss.).

Ahora bien, las distintas leyes contra el terrorismo que se sucedieron en nuestro país desde 1981, incluyendo al texto original del Código Penal de 1991, incorporaron tipos penales especiales para reprimir de manera autónoma los actos de financiamiento del terrorismo como formas de colaboración. El registro particular de estas disposiciones y normas lo consignamos a continuación:

Decreto Legislativo N° 046 de 1981 (artículo 4)

"**El que para fines de terrorismo proporcionare dinero, bienes,** armas, municiones, explosivos u otras sustancias destructivas, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de quince años"

Ley N° 24651 de 1987 (incluyó artículo 288-E, inciso e, en el Código Penal de 1924)

"Será reprimido con penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinte (...)

Son actos de colaboración los siguientes:

e) **Cualquier forma voluntaria de cooperación económica o de ayuda o de mediación hecha con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas".**

Ley N° 24953 (modificó el artículo 288-E, inciso e, del Código Penal de 1924).

"Será reprimido con penitenciaría no menor de quince años ni mayor de veinte (...).

Son actos de colaboración los siguientes:

e) Fabricar, adquirir, sustraer, almacenar o suministrar armas, munición, sustancia u objeto explosivo, inflamable, asfixiante o tóxico; **o cualquier otra forma económica o de ayuda o de mediación hecha con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas".**

Código Penal de 1991 (artículo 321, inciso 6)

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años (...).

Son actos de colaboración:

6.- Cualquier forma de acción económica, ayuda o de mediación hecha con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas".

Decreto Ley N° 25475 de 1992 (artículo 4, inciso f)

"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años (...).

Son actos de colaboración:

f.- Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas".

Los autores nacionales que estudiaron estas normas en la legislación represora del terrorismo no desarrollaron, siquiera, comentarios de aproximación sobre el actual significado político-criminal y autonomía del delito de financiación. Menos aún vislumbraron a través de sus comentarios sus modernas notas distintivas ni sus complejas implicancias y conexiones contemporáneas. Por lo general, ellos se interesaron únicamente en destacar su condición de acto preparatorio criminalizado autónomamente o de una forma especial de complicidad para la ejecución de acción terrorista.

Al respecto, por ejemplo, el desaparecido penalista PEÑA CABRERA adoptó ambas posiciones. Primero, al comentar el inciso e del artículo 288 del Código Penal de 1924, sostuvo lo siguiente: "Se trata de una **complicidad primaria** prevista en el artículo 103 del Código Penal. El legislador no quiere dejar pasar resquicios o lagunas donde prospere la impunidad, esto explica que se involucre la ayuda económica en cualquiera de sus formas, e incorporando comportamientos mediadores; pero, **teniendo presente como objetivo insoslayable la financiación de actividades terroristas**" (Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen IV. Parte especial. Editorial Sagitario. Lima. 1990, p. 105). Posteriormente, al analizar el inciso f del artículo 4 del Decreto Ley Nº 25475 de 1992, de igual redacción típica, el citado jurista destacó que: "este tipo de colaboración al delito de terrorismo solo tiene aplicación cuando el colaborador es un *extraneus* a la banda y el delito no se ha llegado a intentar, **es decir cuando la colaboración es un mero acto preparatorio del delito"** (Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Delito de terrorismo.* Ediciones Jurídicas. Lima. 1992, pp. 88 y 89).

Por lo demás, la jurisprudencia nacional de aquel entonces tampoco aportó criterios validables con la actual lectura hermenéutica que en el concierto internacional se ha consolidado sobre el delito de financiación del terrorismo. A lo sumo, la judicatura se limitó a reiterar el carácter voluntario que deben asumir todas las conductas de colaboración (Instituto de Defensa Legal. *Jurisprudencia sobre delito de terrorismo.* IDL. Lima. 1996, p. 19 y ss.).

Ahora bien, en el Derecho Penal nacional también encontramos otros casos donde el legislador ha criminalizado actos de financiación de actividades criminales. En relación con ello, debemos precisar que encontramos hasta tres tipos de técnica legislativa.

Efectivamente, un primer estilo de regulación relaciona y equipara los actos de financiamiento con conductas de promoción y ejecución de actos preparatorios criminalizados. Esto ocurre, por ejemplo, con el artículo 296-A del Código Penal: "El que promueve, favorece, **financia**, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de las especies *somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa* (...)".

Una segunda modalidad normativa conecta el acto de financiamiento del terrorismo como tendencia interna trascendente que acompaña subjetivamente la conducta delictiva del agente, generando a partir de esa finalidad una circunstancia agravante específica. Ello se observa en el párrafo final del artículo 297 del Código Penal: "Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas **para financiar actividades terroristas** (...)".

Por último, la tercera forma de legislar define el acto de financiación como un delito autónomo. El caso representativo de esta técnica corresponde al artículo 7 de la Ley N° 28008 sobre delitos aduaneros: "El que **financie por cuenta propia o ajena la comisión de delitos** tipificados en la presente ley (...)".

Como podemos observar de las disposiciones citadas, los actos de financiación de actividades criminales en la legislación peruana tienen todavía una tipificación bastante convencional. En ella solo se alude a los actos de **suministro o entrega** que constituyen la etapa intermedia dentro del proceso de financiación delictiva. Sin embargo, como lo hemos detallado, los convenios globales y regionales de la materia demandan reprimir el proceso de financiación en su totalidad operativa.

En consecuencia, nuestra actual descripción típica del delito de financiación del terrorismo no resulta del todo compatible con las propuestas internacionales. Por ejemplo, las recomendaciones especiales originales del GAFI ya planteaban a inicios del presente siglo la necesidad de contar con una opción típica más integral que la que existía por aquellos años en nuestro país. En efecto, la II Recomendación Especial que había formulado en dicho periodo el citado organismo internacional demandaba que: "Todos los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deben asegurar que estos delitos sean designados como delitos precedentes del lavado de activos" (Cfr. GAFISUD. *Notas interpretativas y mejores prácticas de las 9 recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo.* s/d., p. 3).

Ahora bien, las visibles limitaciones de aquellas normas nacionales contrastaban con propuestas legislativas más refinadas y avanzadas que exhibían otros sistemas jurídicos de la región. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley uruguaya N° 17.835 de 2004, sobre el sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo, tipificaba el delito de financiación del terrorismo con una estructura y redacción más técnica y cercana a las fórmulas legales modernas. El texto normativo era el siguiente: "El que organizare o, por el medio que fuere, directa o indirectamente, proveyere o recolectare fondos con la intención [de] que se utilicen, o a sabiendas [de] que serán utilizados, en todo o en parte, para financiar las actividades delictivas descritas en el artículo 14 (delitos de naturaleza terrorista) de la presente ley, aún cuando ellas no se desplegaren en el territorio nacional, será castigado con una pena de tres a dieciocho años de penitenciaría".

Es más, si el mismo cotejo legal se aplicaba en contraste con los estándares regionales para la tipificación del delito de financiación del terrorismo,

también resultaba fácil advertir que nuestra legislación se hallaba totalmente desfasada, por lo que devenía en urgente reformularla y procurar adaptarla a tales indicaciones supranacionales.

Se requería, pues, una reforma legislativa que no solo modernizara nuestro marco normativo, sino que, además, facilitara la práctica de procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, así como augurara resultados positivos en los procesos de evaluación multilateral que sobre estas materias debían aplicar periódicamente el GAFI y la CICAD.

Al respecto, el artículo 3 del Reglamento Modelo Americano de la CICAD-OEA ofrecía, pese a su exagerado casuismo, una alternativa de tipificación más cercana a la concepción moderna de la financiación del terrorismo. Ella, por tanto, podía servir de fuente inmediata para las reformas que tendría que llevar a cabo nuestro legislador. Según dicha disposición:

> "1. Comete delito penal la persona que, de cualquier forma, directa o indirectamente, recolecta, ofrece, pone a disposición, provee o entrega bienes o servicios con la intención de, o a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que los bienes o servicios serán utilizados en todo o en parte para favorecer, facilitar, promover o cometer actos de terrorismo o favorecer, facilitar o promover organizaciones terroristas.
>
> Constituyen circunstancias agravantes:
>
> a) Que se ofrezca recompensa o se recompense la comisión de cualquier acto terrorista con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales.
>
> b) Que se ofrezca compensación o se compense a terceros por la muerte o lesiones de la persona que comete o participa en un acto terrorista o que esta en prisión por dicho acto.
>
> c) Que quien incurre en cualquiera de las conductas descritas en el inciso 1 de este Artículo tenga la calidad de funcionario público.
>
> 2. Comete delito la persona que participe, se asocie, conspire, intente, ayude, facilite, organice, dirija a otros a cometer, asesore o incite en forma pública o privada la comisión de cualquiera de los delitos tipificados en este Artículo, o quien ayude a una persona que haya participado en dichos delitos a evadir las consecuencias jurídicas de sus actos.

3. Las conductas descritas en este Artículo constituirán un delito penal aun cuando los actos terroristas no hayan sido realizados o la asistencia a los terroristas no haya sido brindada.
4. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos previstos en este Artículo, así como que los bienes y los instrumentos están relacionados con actividades terroristas podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.
5. Los bienes recolectados, ofrecidos, puestos a disposición, proveídos o entregados en la comisión de uno de los delitos referidos en este Artículo se considerarán producto del delito y los bienes que fueran utilizados para su comisión, se considerarán los instrumentos del mismo".

De otro lado, las nuevas recomendaciones del GAFI de 2012 daban también coordenadas bastante claras sobre los alcances y contenidos esenciales que debería cubrir una reforma legislativa del tratamiento penal de la financiación del terrorismo en el Perú. En efecto, la recomendación 5 (delito de financiamiento del terrorismo) señalaba lo siguiente:

> "Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no solo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un auto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales actos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos".

Pero también resultaban de suma utilidad para cualquier proceso de reforma legal las atinadas sugerencias que sobre diferentes aspectos concernientes al delito de financiación del terrorismo habían expuesto, entre otros, los especialistas del FMI, en el *Manual para la redacción de leyes de represión del financiamiento del terrorismo*. Sobre este documento, FRANÇOIS GIANVITTI precisaba que "contiene material jurídico básico y abundantes antecedentes para los funcionarios encargados de elaborar leyes destinadas a combatir el financiamiento del terrorismo" (Louis Forget. *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo*. Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI). Ob. cit., p. vii).

2. El Proyecto de Ley N° 2621-2008-CR

La limitada y obsoleta tipificación de la financiación del terrorismo en el inciso f del artículo 4 del Decreto Ley N° 25475 fue modificada por el Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007. Con esta modificación se incluyó una circunstancia agravante cuando el agente "ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista". En estos casos la pena sería privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años.

Posteriormente, hacia finales de agosto de 2009 por iniciativa del congresista José Augusto Vargas Fernández y con el apoyo de la Célula Parlamentaria Aprista, se presentó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 2621-2008-CR, denominado "Ley que modifica denominación y tipifica el delito de financiamiento del terrorismo en la Ley N° 27765, Ley Penal Contra el Lavado de Activos".

El texto legal propuesto en dicho Proyecto constaba de dos artículos y una disposición complementaria derogatoria. La estructura de su morfología normativa era la siguiente:

En el artículo 1 se señala el objeto de la Ley. En concreto está disposición planteaba modificar la denominación de la Ley N° 27765, que en adelante sería: "Ley Penal contra el Lavado de Activos y el Financiamiento Terrorista".

Luego, en el artículo 2 se regulaban la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo y sus circunstancias agravantes específicas. Al respecto la propuesta legislativa proponía incluir en la Ley N° 27765 un nuevo artículo que sería el 1-B, con la siguiente redacción:

> "**Artículo 1-B.- Financiamiento del Terrorismo**
>
> El que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer el delito de terrorismo descrito en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, aun cuando este no se desplegare en el territorio nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años ni mayor de 30.
>
> El que provee fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer el delito de terrorismo señalado en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, aun cuando este no se desplegare en el territorio nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años, cuando:

a) Se ofrezca recompensa o se recompense la comisión de cualquier acto terrorista con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales.

b) Quien incurre en cualquiera de las conductas descritas en este artículo tenga la calidad de funcionario público.

Las conductas descritas en este artículo constituirán un delito aun cuando los actos terroristas no hayan sido realizados o la asistencia a los terroristas no hayan sido brindada".

Debo precisar que en la Exposición de Motivos del citado Proyecto se reprodujeron de manera textual varios pasajes de mi libro *Lavado de dinero y financiación del terrorismo* publicado por la editora jurídica Grijley en febrero de 2007, sin citar la fuente, por lo que desde este espacio debemos reivindicar, como ejercicio de respeto a los derechos intelectuales que reconoce la Constitución y la ley, la autoría de tales contenidos (véase y confróntense las páginas 3 a 11 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 2621-2008-CR con las páginas 196 a 221 de mi citado libro). Si bien tal hecho muestra el poco celo con que se legisla en nuestro país, ello también pone de relieve la utilidad de la doctrina para impulsar decisiones de *lege ferenda,* con lo cual se cumple una de las más relevantes funciones de la dogmática jurídico-penal y de quiénes se dedican a ella.

Pero, además, también debemos esclarecer que la iniciativa de texto legal y descripción típica tampoco fueron creación del autor del aludido Proyecto. En realidad, este solo se limitó a transcribir, con notorios errores de redacción, el contenido esencial del artículo 3 del Reglamento Modelo Americano Sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves de la CICAD-OEA.

En cuanto a la calidad de los aportes del documento que analizamos, es de señalar que solo criminalizaba los actos de obtención y cesión de recursos financieros, omitiendo las conductas de transferencia o aplicación. Se debió, por tanto, procurar una mejor adaptación de la normativa internacional a las peculiaridades de nuestra legislación penal, así como a las principales características criminológicas y criminalísticas del delito de terrorismo en el Perú, donde, todavía, subsisten acciones terroristas de origen político y focalizadas en zonas específicas como el Vraem. Además, porque, según afirman los analistas, tales actos son ejecutados en alianza, en apoyo o con el patrocinio de

organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas. Lo que induce a entender que en nuestra realidad la financiación del terrorismo parece expresarse más como operaciones de transferencia y aplicación de recursos.

La técnica legislativa de este precedente normativo era muy deficiente. Sistemáticamente se podían distinguir dos tipos penales. El primero dedicado a actos **de recolección de fondos**; y el segundo, a la **provisión de fondos o servicios**.

Se trataba conductas dolosas que desplegaba el agente para financiar o facilitar exclusivamente la realización de los delitos de terrorismo tipificados en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 25475. La norma precisaba, además, que tales conductas delictivas podían realizarse dentro o fuera del territorio nacional. Sin embargo, en el párrafo final del artículo propuesto de modo confuso se afirmaba que el delito de financiación del terrorismo se configuraba **"aun cuando los actos terroristas no hayan sido realizados o la asistencia a los terroristas no hayan sido brindada".** Ello permitía reconocer que se regulaban fórmulas de peligro abstracto y de tendencia interna trascendente. Por tanto, el delito se consumaría con la sola recolección o provisión de los recursos, entendiendo está última conducta como una forma de cesión o entrega.

Ahora bien, como es frecuente el recurso a decisiones sobrecriminalizadoras, el Proyecto consideraba penas muy altas para actos que materialmente consistían en conductas preparatorias o formas de complicidad secundaria. De esa manera se dejaban al margen cualquier consideración de apego a las exigencias y límites del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso.

En cuanto a las circunstancias agravantes consideradas por el Proyecto, ellas respondían a los estándares internacionales, aunque la penalidad prevista (no menor de 25 años de pena privativa de libertad) resultaba en excesiva si se le comparaba con las contempladas para los casos de lavado de activos o de otros delitos graves como el tráfico ilícito de drogas.

Por consiguiente, la propuesta que hemos comentado no era una alternativa adecuada. En consecuencia, el legislador peruano debía continuar ensayando otras opciones que sirvieran mejor al propósito político-criminal perseguido y a las expectativas de criminalización compatible con los fines de armonización legislativa que, para hacer frente a la represión de los actos de financiación del terrorismo, promovían los organismos y convenios internacionales a los que estaba afiliado el Perú.

3. El marco legal vigente

Conforme a los documentos y recomendaciones internacionales a los que se encuentra vinculado el Perú, una nueva legislación penal contra la financiación del terrorismo debería tipificar, necesariamente, dos delitos muy similares entre sí pero diferentes en sus alcances típicos y en sus funciones normativas. El primero correspondería a los propios **actos de financiación del terrorismo**. Y el segundo, en cambio, debería criminalizar lo que la doctrina especializada denomina el **suministro de respaldo financiero a terroristas y organizaciones terroristas**.

En ese contexto, pues, desde la técnica legislativa aplicable, lo recomendable era evitar el casuismo y la ambigüedad que habían resultado frecuentes en los instrumentos internacionales de la materia o en el tratamiento normativo dado a la tipificación de aquellos dos delitos en otros sistemas jurídicos de la región. El legislador nacional, por tanto, debería optar por fórmulas típicas simples y concretas como la adoptada, por ejemplo, en el artículo 264-B del Código Penal panameño, introducida por la Ley 50 del 2 de julio de 2003 y cuyo tipo legal era el siguiente:

> "Quien intencionalmente financie, subvencione, oculte o transfiera dinero o bienes para ser utilizados en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo 264-A de este Código, aunque no intervenga en su ejecución o no se lleguen a consumar, será sancionado con 15 a 20 años de prisión".

Años después, y luego de sucesivos intentos prelegislativos, recién en noviembre de 2012, mediante la Ley N° 29936, se incluyó en el Decreto Ley N° 25475 un nuevo tipo penal para la financiación del terrorismo y que pasó a ser el **artículo 4-A.** Un aspecto destacable de esta reforma fue que ella otorgó autonomía normativa y sistemática al nuevo delito de financiación del terrorismo.

Ahora bien, en la actual redacción normativa es posible distinguir con meridiana claridad que sistemáticamente en su interior se regulan dos conductas delictivas y dos circunstancias agravantes específicas.

El texto legal es el siguiente:

> "El que por cualquier medio directa o indirectamente al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros conexos con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte o la realización de los fines de un grupo

terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del artículo 36 del Código Penal".

Veamos brevemente en qué consiste cada uno de estos delitos y circunstancias agravantes específicas.

Los **actos de financiamiento del terrorismo y de suministro de respaldo financiero a terroristas y organizaciones terroristas** están tipificados en el primer párrafo del artículo 4-A y comprenden tres conductas típicas alternativas consistentes en **proveer, aportar o recolectar** fondos, recursos financieros o económicos u otros servicios de igual naturaleza.

Sujeto activo de los actos criminalizados puede serlo cualquier persona, la que puede, incluso, ser parte o aliado del grupo terrorista beneficiado con los actos de financiación o suministro de recursos. No obstante, el agente siempre debe estar al margen de la ejecución material de los actos terroristas que pudieran realizarse con los recursos que él ha aportado.

El autor del delito puede buscar y obtener los recursos para el financiamiento de su propio patrimonio o del patrimonio de terceros. La disposición legal, por lo demás, no establece un umbral ni mínimo ni máximo sobre el valor real o potencial del financiamiento que va a materializar el sujeto activo.

En lo que respecta a los actos de **suministro de respaldo financiero a terroristas y organizaciones terroristas,** ellos comprenden toda conducta que pone directa o indirectamente a disposición de aquellos fondos, recursos, o servicios financieros de cualquier clase. La Resolución N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad fue el primer documento internacional en demandar la criminalización específica de estas conductas. Efectivamente, en el literal d) del artículo 1 se dispuso que los Estados:

"Prohíban a sus nacionales o a todas las personas y entidades en sus territorios que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo control, directos o

> indirectos, de esas personas y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes".

Cabe destacar que la norma nacional tampoco precisa una modalidad exclusivamente pecuniaria de acopio o cesión de los recursos involucrados. Igualmente, la regulación normativa no marca como requerimiento típico la utilización de una determinada forma de proveer, aportar, recolectar o suministrar los medios financieros. Por tanto, pues, el delito siempre alcanzará tipicidad, sea que se reciba o se entregue una cantidad de dinero directamente, que se realicen transferencias bancarias o que se organicen actividades para recaudar en ellas contribuciones financieras o económicas de parte de terceros.

Se trata de delitos dolosos y de tendencia interna trascendente, pues tales comportamientos deben dirigirse a un objetivo común, cual es que los fondos y recursos obtenidos y suministrados se utilicen total o parcialmente en la ejecución de una acción terrorista. Su alineamiento, por tanto, a los actuales estándares internacionales es pleno.

Ahora bien, la técnica legislativa utilizada en la construcción típica es mixta, pues coloca un espacio abierto de integración que el intérprete debe llenar para la configuración del injusto penal. Ello ocurre por la necesidad legal de identificar "los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte". Sin embargo, esta exigencia normativa no es difícil de superar, sobre todo atendiendo a su compatibilidad con el modelo típico previsto por el **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** y que será, en principio, la fuente legal de integración del dispositivo peruano a través del detalle en sus anexos de los actos de terrorismo que no estén contemplados por el Decreto Ley N° 25475. Por lo demás, el artículo 2 del citado instrumento internacional identifica al delito de financiación del terrorismo en términos similares al artículo 4-A:

> "Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:
>
> a) Un acto que constituye un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado (tratados sobre actos terroristas); o,
>
> b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado,

cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo".

La legislación peruana vigente incluye además **dos circunstancias agravantes específicas**. La primera de ellas está referida al **sentido compensatorio, de estímulo o de contraprestación** del suministro de fondos y recursos financieros. Esto es, la casuística internacional ha mostrado cómo se ofrecen o aportan apoyos financieros y recompensas a los actores de actos terroristas o a sus familiares cuando aquellos sucumben en su acción criminal o resultan incapacitados o son sometidos al cumplimiento de penas privativas de libertad. De allí, pues, que se justifique el incremento de la punibilidad de los actos criminalizados **"si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista"**.

La segunda circunstancia agravante específica regulada toma en cuenta el indicador de la **condición personal del agente.** En efecto, la calidad de funcionario o servidor público del autor o partícipe del delito aparece como relevante y amerita una mayor desvaloración cuando quien la ostenta, infraccionando sus deberes funcionales o abusando de su posición de poder, incurre en actos de financiación del terrorismo. Por tal razón deviene, pues, en pertinente que se disponga también para estos casos la aplicación conjunta de una pena de inhabilitación que podría extenderse hasta por diez años.

Tal vez el legislador nacional debió incluir otros indicadores agravantes como, por ejemplo, la vinculación del agente con una organización criminal dedicada a la financiación del terrorismo o el monto significativo de los fondos recaudados o suministrados por el autor del delito. Pero, también, el origen delictivo de los recursos financieros aplicados. Esto último en atención a lo que fue señalado en el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo. En este documento se hizo referencia a la necesidad de incidir penalmente sobre la acreditada presencia de ganancias ilegales provenientes del tráfico ilícito de drogas, en el auspicio financiero de los remanentes senderistas que aún operan en el país: "Dado que la principal fuente de financiamiento del terrorismo es la ganancia derivada de su participación directa e indirecta en el tráfico ilícito de drogas, está claro que las vulnerabilidades en la lucha contra las drogas tienen una implicancia directa en la lucha contra el financiamiento del terrorismo. Por tal motivo, se deduce que el fortalecimiento de la lucha contra las drogas, particularmente la lucha contra el LA (lavado de activos), contribuirá significativamente a la reducción del financiamiento del terrorismo. Sin perjuicio de ello, resulta necesario fortalecer

la tipificación del delito de financiamiento del terrorismo. Tal como surge del informe de evaluación mutua de GAFISUD de 2008 (...)" (Apartado VI. El financiamiento del terrorismo en el Perú, literal c). Sin embargo, cabe señalar que de alguna manera tal vacío legal, en la represión de la financiación del terrorismo, se encuentra cubierto por la agravante específica de segundo grado que regula el artículo 297 del Código Penal, donde se conmina con pena privativa de libertad de cadena perpetua **"al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas".**

En el **Proyecto de Nuevo Código Penal de 2014-2015** el delito de "financiamiento del terrorismo" se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 485 en términos similares al de la legislación vigente. Su texto legal es el siguiente:

El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional, voluntariamente provea, aporte o recolecte fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en el presente Capítulo, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte o la realización de los fines de un grupo terrorista o terroristas individuales, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años e inhabilitación de acuerdo con el numeral 15 del artículo 47.

La pena es privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impone la inhabilitación prevista en los numerales 1, 2, 6, 9 y 15 del artículo 47.

Para concluir, pues, resulta pertinente destacar que hasta el momento la actual política estatal de prevención y criminalización de la financiación del terrorismo en el Perú sigue siendo incipiente y residual, frente a lo que ha acontecido en los últimos años en el espacio paralelo de las acciones contra el lavado de activos. De allí que no sea del todo sorprendente que solo recientemente se han regulado, formalmente, los procedimientos administrativos de congelamiento de los recursos financieros que sean detectados como vinculados a organizaciones terroristas designadas por las resoluciones emitidas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Se trata de la Resolución SBS N° 395-2016 del 27 de enero de 2016. Al respecto, uno de los considerandos de esta disposición legal precisaba lo siguiente: "resulta necesario aprobar la norma que regule los mecanismos y procedimientos para que la UIF-Perú, en

el uso de las facultades otorgadas congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al financiamiento del terrorismo, identificadas en el marco de la resolución 1267 (199) y las resoluciones que la sucedan y la resolución 1373 (2001).

Por lo demás, somos de la opinión de que en el futuro las normas y el planeamiento estratégico de los objetivos y políticas contra la financiación del terrorismo deben adquirir autonomía plena y no mantenerse como un apéndice complementario de los instrumentos que se diseñan contra el lavado de activos. La naturaleza distinta del *modus operandi* y de las manifestaciones específicas de estos dos delitos, propios de la criminalidad organizada moderna, pero también las características propias que la financiación del terrorismo en el Perú así lo imponen.

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA

1. AA. VV. *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*. Proyecto Justicia y Gobernabilidad-USAID. Santo Domingo. 2005.

2. ALBRECHT, Hans-Jörg. *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

3. ALTVATER, Elmar y MAHNKOPF, Birgit. *La globalización de la inseguridad: trabajo en negro, dinero sucio y política informal*. Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008.

4. AMADEO GADEA, Sergio y ROMERO SIERRA, Consuelo. *Código Penal. Doctrina jurisprudencial y comentarios*. 1ª edición. Factum Libri. Madrid. 2015.

5. AMBOS, Kai y MEINI, Iván. Editores. *La autoría mediata: el caso Fujimori*. Ara Editores. Lima. 2010.

6. AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal internacional y europeo*. Grijley. Lima. 2011.

7. AMBOS, Kai. *Terrorismo y ley*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 1989.

8. ANARTE BORRALLO, Enrique. "Conjeturas sobre la criminalidad organizada". En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

9. ANIYAR DE CASTRO, Lola. "Sistema penal y sistema social: La criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso". En: *Cuadernos de Política Criminal* N° 14. 1981.

10. ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Uteha Argentina. Buenos Aires. 1960.

11. ARENAS MEZA, Miguel. "La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las leyes de amnistía en América Latina. Un paso decisivo en la lucha contra la impunidad". En: *200 años de Iberoamérica.* Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Santiago de Compostela. 2010.

12. ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen. "Regulación actual y proyecto de reforma de la suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código Penal español". En: GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. Directores. *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Actuales tendencias.* Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

13. ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios.* Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

14. BALBI, Mariela. "Entrevista a José Luis Pérez Guadalupe". En: diario *El Comercio.* Edición del 14 de junio de 2015.

15. BALLADARES APARICIO, Uriel. *El delito de tráfico ilícito de drogas.* Idemsa. Lima. 2010.

16. BIRKBECK, Christopher. *Criminología comparada: estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad.* Editorial Dykinson. Madrid. 2012.

17. BLANCO CORDERO, Isidoro y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". En: *Revista Penal* N° 6. 2000.

18. BLUM, Jack A. *et al. Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero.* Oficina de Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito. Nueva York. 1999.

19. BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip. *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015.

20. BRUNO, Francesco. "Aspetti sociologici e criminologici delle tossico-dipendenze". En: *Città, Crimine e Desvianza* Anno II. N° 3. Bologna. 1980.

21. BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal.* Volumen I. Editorial Trotta. Madrid. 1997.

22. CALDERÓN SUMARRIVA, Ana C. *La vigilancia electrónica. Una alternativa de humanización del Derecho Penal.* Egacal. Lima. 2012.

23. CÁMARA DE COMERCIO. "Aguda inseguridad ciudadana impactará en el crecimiento. Informe especial publicado en Empresas & Negocios". En: *Revista de la Cámara de Comercio* N° 577. Año 12. Edición del 27 de mayo de 2013.

24. CAMBIO. "Los iluminados de la violencia, en Terrorismo. La plaga mundial de final del milenio". En: *Suplemento Temas* N° 26 del diario *Cambio.* Edición del 19 de junio de 1999. Lima.

25. CARO CORIA, Carlos, REAÑO PESCHIERA, José Leandro y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir.* Jurista Editores. Lima. 2002.

26. CARO CORIA, Carlos. "Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano". En: *Rondando al Código Procesal Penal.* Corte Superior de Cajamarca. Cajamarca. 2014.

27. CASTELLANOS, Enrique. "El lavado de dinero en el Perú". En: Sección *Economía Internacional* del diario *El Comercio.* Edición del 19 de enero de 2014.

28. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de legitimación de capitales.* Editorial Jurídica Continental. San José. 2012.

29. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios de la Constitución Política.* Jurista Editores. Lima. 2005.

30. CHICOMA CASTRO, Pierina. "Presos sin barrotes". En: diario *El Comercio.* Edición del 27 de enero de 2016.

31. CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. *La Constitución: lectura y comentario.* Editorial Rhodas. Lima. 2006.

32. CICAD. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas.* Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Bogotá. Octubre de 2014.

33. CICIP-UNICRI. *Tipologías de grupos de 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 de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto de 2003.

34. CIMOLI, Mario, PRIMI, Annalisa y PUGNO, Maurizio. "Un modelo de bajo crecimiento: la informalidad". En: *Revista de la CEPAL* N° 88. Abril de 2006.

35. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1987.

36. COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS. *Alternativas al encarcelamiento de los delitos relacionados con drogas.* Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). Bogotá. Octubre de 2014.

37. COMITÉ EUROPEO SOBRE PROBLEMAS DE LA CRIMINALIDAD. *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad. Estrasburgo, 1980.* Ediar. Buenos Aires. 1987.

38. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Debate constitucional pleno.* Tomo I. Lima. 1998.

39. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Narcotráfico y política.* Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales. Centro de Investigación de Drogas y Derechos Humanos. Lima. Marzo de 2016.

40. CONSEIL DE L'EUROPE. *Rapport sur la Decriminilization.* Strasbourg. 1980.

41. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. INDAGA. *¿Qué tanto sabes del sistema penitenciario en el Perú?* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Boletín 1-2016.

42. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999. Edición de la Imprenta Nacional y Gaceta Oficial. Caracas. 2014.

43. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Edición del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

44. CONTRALAFT. *Política y plan nacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.* Editado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones. 1ª edición. Lima. Julio de 2018.

45. CORNEJO, Ángel Gustavo. *Parte general del Derecho Penal.* Tomo I. Librería e Imprenta de Domingo Miranda. Lima. 1936.

46. CORNELLI, Roberto. *Miedo, criminalidad y orden.* Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2012.

47. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Jurisprudencia penal.* Cultural Cuzco. Lima. 1988.

48. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias 2009.* Lima. 2010.

49. COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS, Inc. *Reflexiones sobre el control internacional de drogas. Nuevas directivas para la política norteamericana.* Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 1997.

50. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *La Cantuta: crónica de la investigación fiscal.* Palestra Editores. Lima. 1998.

51. CURBERT, Jaume. *La criminalización de la economía y la política.* Separata editada por Gobernanza y Seguridad Sostenible. Octubre de 2003. Recuperado de: <http: //www.ligov.org/seguridad>

52. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *Crimen organizado. Evolución y claves de la delincuencia organizada.* Ariel. Barcelona. 2010.

53. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales.* La Habana-Ciudad de México-Granada. 2006.

54. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L. "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992". En: *Política criminal y reforma penal.* Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1993.

55. DELMAS-MARTY, Mireille. "Deshumanización del Derecho Penal". En: *Securitismo y Derecho Penal. Por un Derecho Penal humanista.* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2014.

56. DENCKER, Friedrich. "Criminalidad organizada y procedimiento penal". En: *Nueva doctrina penal.* 1998/B.

57. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, PRIETO DEL PINO, Ana María y SOTO NAVARRO, Susana. Editores. *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

58. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos y penas en España.* Catarata. Madrid. 2015.

59. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada.* Editorial B de F. Buenos Aires. 2007.

60. DRUG COURTS PROGRAM OFFICE. *Tribunales de Drogas. Elementos clave.* Departamento de Justicia de los EE. UU. Washington D. C. Enero de 1997.

61. DUFF, Antony. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2015.

62. EL COMERCIO. "Acciones para la seguridad ciudadana". En: diario *El Comercio.* Edición del 3 de abril de 2016.

63. EL COMERCIO. "Industrias delictivas". En: diario *El Comercio.* Edición del 24 de marzo de 2016.

64. EL COMERCIO. "El terrorismo golpea el corazón de Europa". En: diario *El Comercio.* Edición del 24 de marzo de 2016.

65. ESPINO PÉREZ, Julio D. *Código Penal. Concordancias.* 7ª edición. Cultural Cuzco. Lima. 1988.

66. ESPINOZA HIDALGO, Gregorio. *Tráfico ilícito de drogas*. Librería y Ediciones Jurídicas. Lima. 2004.

67. EXPRESO. "La UIF podrá congelar fondos y otros activos del terrorismo". En: diario *Expreso*. Edición del 29 de enero de 2016.

68. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 23. 2008.

69. FERNÁNDEZ, Lourdes y RIVAS, Paolo. "La percepción de inseguridad aumenta de 73 % a 90 % en los últimos años". En: diario *El Comercio*. Edición del 23 de junio de 2015.

70. FORGET, Louis. *Manual para la redacción de leyes del financiamiento del terrorismo*. Departamento Jurídico del Fondo Monetario Internacional (FMI).

71. FORGIONE, Francesco. *Mafia Export. Cómo la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*. Editorial Anagrama. Barcelona. 2010.

72. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1989.

73. FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de Derecho internacional*. Washington D. C. 2009.

74. GACETA JURÍDICA. "La reciente modificación del delito de lavado de activos". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 90. Lima. Diciembre de 2016.

75. GAFI. *Guía para las instituciones financieras en la detección del financiamiento del terrorismo*. París. 2002.

76. GAFILAT. *Informe de evaluación mutua de la República del Perú*. Gafilat. Buenos Aires. Febrero de 2019.

77. GALAIN PALERMO, Pablo. "Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica". En: AMBOS, Kai *et al.* Coordinadores. *Lavado de activos y* compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado*. Jurista Editores. Lima. 2015.

78. GARCÍA A., Elizabeth y ALVA PINO, Marco. "Investigación por lavado de dinero de corrupción llegó a US$ 646 millones". En: diario *Gestión*. Edición del 27 de enero de 2016.

79. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley. Lima. 2008.

80. GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. 1ª edición. 2ª reimpresión. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2010.

81. GARZÓN VERGARA, Juan Carlos. "La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican". En: *Citizen Security and Organized Crime*. Woodrow Wilson Center Update on the Americas. Washington D. C. Marzo de 2012.

82. GAYRAUD, Jean-François. *El G9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*. Ediciones Urano. Barcelona. 2007.

83. GIACOMELLO, Corina. *Propuestas de alternativas a la persecución penal y al encarcelamiento por delitos de drogas en América Latina*. IDPC. Universidad Autónoma de Chiapas. Junio de 2014.

84. GIL CANALETA, Carlos. "El subdesarrollo". En: AA. VV. *Temas de economía mundial*. BILBAO UBILLÚS, Javier y LONGÁS GARCÍA, Juan Carlos. Coordinadores. Delta Publicaciones. Bilbao-Pamplona. 2009.

85. GIL GIL, Alicia. "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena". En: *InDret* N° 4. Octubre de 2015.

86. GIL VILLA, Fernando. *Introducción a las teorías criminológicas. Por qué rompemos con la norma*. Tecnos. Madrid. 2013.

87. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. "Tecnocrimen". En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa. Directores. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

88. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Universidad de Valencia. Valencia. 1988.

89. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *et al. Esquemas de Derecho Penal. Parte general*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

90. GRECO, Orlando. *Diccionario preciso de economía.* Valleta Ediciones. Buenos Aires. 2013.

91. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

92. GUEVARA VÁSQUEZ, Iván Pedro. "A propósito del Decreto Legislativo N° 1244". En: *Actualidad Penal* N° 31. Enero de 2017.

93. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal.* Bosch. Barcelona. 1984.

94. HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. "Inseguridad ciudadana. Estado de inteligencia". En: diario *El Comercio.* Edición del 18 de diciembre de 2015.

95. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2011.

96. HUDDLESTON, West y MARLOWE, Douglas B. *El panorama actual. Un informe nacional sobre los Tribunales de Drogas y otros programas de Tribunales de Resolución de Problemas en los Estados Unidos.* National Drug Court Institute. Washington D. C. Julio de 2011.

97. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo II. 4ª edición. Idemsa. Lima. 2011.

98. HURTADO POZO, José. *El delito de blanqueo de capitales. El sistema de control penal. Derecho Penal general y especial, política criminal y sanciones penales.* Instituto Pacífico. Lima. 2016.

99. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal.* Instituto Pacífico. Lima. 2016.

100. HURTADO POZO, José. *La ley importada. Recepción del Derecho Penal en el Perú.* Cedys. Lima. 1979.

101. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte especial 1. Homicidio.* Ediciones Juris. Lima. 1993.

102. INDAGA-OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. "Lavado de activos en el Perú. Análisis de resoluciones judiciales 2013-2016". En: *Documento de Trabajo* N° 2-2017. Lima. 2017.

103. INDAGA-OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. *Crímenes patrimoniales, tráfico ilícito de drogas y agresiones sexuales. Un análisis desde el sistema penitenciario.* Consejo Nacional de Política Criminal. Lima. 2017.

104. INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. *Jurisprudencia sobre Delito de Terrorismo.* IDL. Lima. 1996.

105. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Informe técnico. Estadísticas de seguridad ciudadana. Setiembre 2017-febrero 2018.* Informe Técnico N° 2. Marzo de 2018. Lima. 2018.

106. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Informe Técnico. Estadísticas de Seguridad Ciudadana. Julio-diciembre 2018.* INEI. N° 1. Enero de 2019.

107. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Victimización en el Perú. 2010-2014.* INEI. Lima. Julio de 2015.

108. IRS CRIMINAL INVESTIGATION. *Financiando terrorismo. Separata de instrucción.* Department of the Treasury. Lima. Agosto de 2006.

109. ITURRALDE, Manuel A. "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías". Estudio preliminar al libro de David Garland. *Crimen y castigo en la modernidad tardía.* Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes. Bogotá. 2007.

110. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo.* Civitas. Madrid. 2003.

111. JESHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Volumen II. Traducción de la 5ª edición alemana a cargo de Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Lima. 2014.

112. JIMÉNEZ NIÑO, Sergio. "La determinación de la pena en la Ley N° 30076: ¿de dónde parto?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 51. Setiembre de 2013.

113. JORGE BARREIRO, Agustín. "Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el CP español de 1995". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 9. 2000.

114. JORGE BARREIRO, Agustín. "Las medidas de seguridad en la reforma penal española". En: *Política criminal y reforma penal.* Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid. 1993.

115. JORGE, Guillermo. *Identificación e intercambio de información de personas expuestas políticamente en los países de Centroamérica.* Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Agosto de 2018.

116. JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas.* J. M. Bosch Editor. Barcelona. 1999.

117. JUAPE PINTO, Miguel Alonso. "Sunat estima que el 61 % de la población económicamente activa es formal". En: diario *Gestión.* Edición del 27 de enero de 2016.

118. KESSLER, Gabriel. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito.* Siglo XXI Editores. Buenos Aires. 2011.

119. LA REPÚBLICA. Dosier "La era del terror. 11-S la guerra del fin del mundo". Suplemento especial publicado en diario *La República.* Edición del 10 de setiembre de 2006. Lima.

120. LAMAS LEITE, André. "Nueva penología, *punitive turn* y Derecho Penal: *quo vadimus?* Por los caminos de la incertidumbre (pos) moderna". En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho* N° 2. Abril de 2013.

121. LAMAS PUCCIO, Luis. "Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 23. 2012.

122. LAMAS PUCCIO, Luis. *Lavado de activos y operaciones financieras sospechosas.* Instituto Pacífico. Lima. 2016.

123. LAMAS PUCCIO, Luis. "Manifestaciones del crimen organizado". En: *Derecho Penal y criminología* N° 39. 1989.

124. LARRAURI, Elena. *Introducción a la criminología y al sistema penal.* Editorial Trotta. Madrid. 2015.

125. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica.* 2ª edición. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 2009.

126. LARRAURI, Elena. "Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español". En: *Derecho Penal y criminología* N° 43. 1991.

127. LASCURAÍN, Juan Antonio. "Los límites de la amnistía". En: *Revista Penal* N° 28. Julio de 2011.

128. LEÓN GAMARRA, Juan. *El contador público en la investigación de lavado de activos en el Perú*. Universidad Peruana Unión. Lima. 2003.

129. LEVASSERUR, Georges. "Le probleme de la Depenalisation". En: *Archive de Politique Criminelle* N° 6.

130. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general.* Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima. 2004.

131. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado". En: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos.* Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Madrid. 2001.

132. LÓPEZ REY Y ARROJO, Manuel. *Compendio de criminología y política criminal.* Madrid. 1985.

133. LÓPEZ SÁNCHEZ, José. "La delincuencia organizada como amenaza estratégica". En: GONZÁLEZ RUS, Juan José. Director. *La criminalidad organizada.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

134. LUGO, Danilo. "Lavado de dinero y financiamiento al terrorismo". En: *<http://www.iaia.org.ar/elauditorinterno/11artículo2.html>*. Este artículo fue publicado en la página electrónica del Instituto de Auditores Internos de Argentina, en la dirección antes indicada, de donde fue recuperado para efectos de esta obra; sin embargo, en la actualidad dicho texto no se encuentra disponible por renovación del sitio web a cargo de su administrador.

135. LUÍS CALLEGARI, André. *Lavado de activos.* Ara Editores. Lima. 2009.

136. LUNA SANTILLANA, Abelardo y NÚÑEZ VELÁSQUEZ, Guillermo Edgardo. "El caso Barrios Altos". En: *El Diplomado* N° 1. 2003.

137. LUQUE MARTÍN, Martín. "Evaluación del riesgo de violencia. Situación sobre la valoración de prognosis criminal". En: *International E. Journal of Criminal Sciences. Research Report 1.* Número 9. 2015.

138. MACINTOSH, Mary. *La organización del crimen.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1977.

139. MAINGOT, Anthony P. "Entre lo legal y lo ilegal: los paraísos fiscales y los flujos inagotables de capital". En: SOLÍS, Luis Guillermo y ROJAS ARAVENA, Francisco. Editores. *Crimen organizado en América Latina y el Caribe.* Flacso. Santiago de Chile. 2008.

140. MANTOVANI, Ferrando. *Il Problema della Criminalità.* Padova. 1984.

141. MEDINA ARIZA, Juan. "Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado". En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos.* Universidad de Huelva. Huelva. 1999.

142. MEDINA CALVO, Sonia. "Procuradora antidrogas". En: diario *La República.* Edición del 18 de marzo de 2014.

143. MEDINA TAPIA, Rurik J. "La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal* N° 22. Abril de 2011.

144. MEDNICK, Sarnoff A. y SHOMAN, S. Giora. *Nuevas sendas en criminología.* Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1981.

145. MEINI, Iván. "Protección penal de los derechos humanos". En: *Temas de Derecho Penal. Libro homenaje a Luis Guillermo Cornejo Cuadros.* Editorial Adrus. Arequipa. 2008.

146. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1980.

147. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. "Tratamiento del objeto material y del delito previo en el lavado de activos". En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Directora. *Ley contra el crimen organizado (Ley 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal.* Instituto Pacífico. Lima. 2016.

148. MENESES SALA, Daniela y RAMÍREZ DE LA TORRE, Gonzalo. "Ataques terroristas. Alerta en Europa". En: revista *Somos* del diario *El Comercio.* Año XXIX. N° 1529. Edición del 26 de marzo de 2016.

149. MIKLOS, Tomás, JIMÉNEZ, Edgar y ARROYO, Margarita. *Prospectiva, gobernabilidad y riesgo político.* Editorial Limusa. Ciudad de México. 2016.

150. MILITELLO, Vincenzo. "Hacia un Derecho Penal europeo". En: SOUTO, Miguel Abel y SÁNCHEZ STEWART, Nelson. *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

151. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Proyecto de Código Penal. Revisado y validado por el grupo de trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal.* Lima. Diciembre de 2016.

152. MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Responsabilidad de la empresa y* compliance. *Programas de prevención, detección y reacción penal.* Edisoder S.L. Madrid. 2014.

153. MIRANDA ABURTO, Elder Jaime. *Prisión preventiva, comparecencia y arresto domiciliario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.* Gaceta Jurídica. Lima. 2014.

154. MORÓN PASTOR, Eduardo. *Los desafíos del Perú.* Universidad del Pacífico. Lima. 2013.

155. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1993.

156. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y control social.* Jerez. 1985.

157. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. "Eficacia de la política criminal de drogas y la política alternativa de despenalización controlada". En: GASPAR CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. Directores. *Estudios de política criminal y Derecho Penal. Tendencias actuales.* Gaceta Jurídica. Lima. 2015.

158. NACIONES UNIDAS. *Medidas de fomento de la cooperación internacional en la lucha contra el problema mundial de las drogas.* Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 a 10 de junio de 1998.

159. NACIONES UNIDAS. OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Guías legislativas para la aplicación de la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.* Naciones Unidas. Nueva York. 2004.

160. NADELMANN, Ethan. "Adicción al fracaso". Nota reproducida por Reforma Penal Internacional. 16 de enero de 2006.

161. NAÍM, Moisés. "Los números del terrorismo". En: diario *El Comercio*. Edición del 26 de marzo de 2016.

162. NAÍM, Moisés. *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Editorial Random House Mondadori Ltda. Bogotá. 2006.

163. NAVARRO VILLANUEVA, Carmen. *Suspensión y modificación de la condena penal*. J. M. Bosch. Editor. Barcelona. 2002.

164. NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Idemsa. Lima. 2015.

165. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 7. 2007.

166. OBSERVATORIO PERUANO DE DROGAS. *Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú*. Devida. Lima. 2010.

167. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Disposiciones legislativas modelo sobre delincuencia organizada*. Naciones Unidas. Nueva York. 2014.

168. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Programa mundial de las Naciones Unidas contra el blanqueo de dinero*. Naciones Unidas. Nueva York. 1999.

169. OIM-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Protección de personas ante el crimen organizado transnacional*. CAD Impresiones. Lima. 2013.

170. ORÉ SOSA, Eduardo. "Determinación judicial de la pena, reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley N° 30076". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 51. Lima. Setiembre de 2013.

171. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*. Ciudad de Guatemala. Setiembre de 2014.

172. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. 9ª edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2013.

173. PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. "El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú". En: *Actualidad Penal* N° 31. Enero de 2017.

174. PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. "Nuevas reglas de determinación de la pena: 'el sistema de tercios'". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal.* Tomo 51. Setiembre de 2013.

175. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* 7ª edición. Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1999.

176. PELAYO MÖLLER, Carlos María. "Tendencias en el combate a la delincuencia organizada en México: una crítica desde el garantismo". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología.* Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 2004.

177. PEÑA CABRERA, Raúl. *Delito de terrorismo.* Ediciones Jurídicas. Lima. 1992.

178. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general.* Tomo I. 2ª edición. Lima. 1995.

179. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* 3ª edición. Volumen I. Editorial Sagitario. Lima. 1987.

180. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal.* Volumen IV. Parte especial. Editorial Sagitario. Lima. 1990.

181. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima. 1995.

182. PEREDA Z., David. "Paquete anticorrupción". En: diario *La República.* Edición del 13 de febrero de 2017.

183. PÉREZ ARROYO, Miguel. "Las medidas de seguridad y rehabilitación social". En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997.

184. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno.* Iustel. Madrid. 2007.

185. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Instituciones de Derecho Penal. Parte general.* Grijley. Lima. 2005.

186. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.* Grijley. Lima. 2006.

187. PONCE, Víctor Andrés. "Declaraciones al diario *Perú.21*". En: diario *Perú.21.* Edición del 22 de junio de 2015.

188. PORTES, Alejandro y HALLER, William. *La economía informal.* Cepal. Santiago de Chile. 2004.

189. PRADO MANRIQUE, Bertha Verónica. *La política criminal peruana: una aproximación desde el modelo penal bienestarista.* Trabajo de fin de máster. Universidad de Málaga. Málaga. 2018.

190. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto *et al. Determinación judicial de la pena.* Instituto Pacífico. Lima. 2015.

191. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Código Penal. Estudio preliminar, legislación, jurisprudencia e índices.* Palestra Editores. Lima. 2011.

192. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Comentarios al Código Penal de 1991.* Editorial Alternativas. Lima. 1993.

193. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal.* Idemsa. Lima. 2016.

194. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada.* Idemsa. Lima. 2006.

195. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Criminalidad organizada y lavado de activos.* Idemsa. Lima. 2013.

196. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Derecho Penal y política: política penal de la dictadura y la democracia en el Perú.* Eddili. Lima. 1990.

197. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *El Código Penal de 1991 y las medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Código Penal.* 3ª edición. Apecc. Lima. 2012.

198. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana". En: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú.* 4ª edición. Washington D. C. Lima. 2014.

199. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú.* Idemsa. Lima. 1994.

200. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "El lavado de dinero como delito internacional". En: *Política internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* N° 47. Enero-marzo de 1997.

201. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "El sistema de penas". En: *Código Penal.* 2ª edición. Apecc. Lima. 2011.

202. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "El tratamiento penal del tráfico y consumo de drogas: un primer acercamiento al Código Penal de 1991". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* Volumen 49. Años 1991-1992.

203. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "Independencia funcional, corrupción y personas expuestas políticamente: nuevas opciones preventivas". En: JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. Coordinadora. *Independencia judicial. Visión y perspectivas.* Jusdem. Lima. 2007.

204. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica. Lima. 2000.

205. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal.* Idemsa. Lima. 2009.

206. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Política criminal peruana.* Cultural Cuzco. Lima. 1985.

207. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. "Reforma penal: *¿quo vadis* Perú?". En: *Debate penal* N° 3. 1987.

208. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Todo sobre el Código Penal.* Tomo I. Idemsa. Lima.

209. PRATT, John. *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios.* Gedisa Editorial. Barcelona. 2006.

210. PRIETO PALMA, César. *Proyecto sobre la* Falcone Check List. *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 de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto de 2003.

211. RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS. "Lavado de activos y negocios standard". En: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*. Lerner-La Lectura. Córdova. 2001.

212. RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Parte general.* Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1975.

213. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados". En: AMBOS, Kai *et al. Lavado de activos y* compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado.* Jurista Editores. Lima. 2015.

214. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de la penalidad.* Anthropos. Barcelona. 2005.

215. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.* Marcial Pons. Madrid. 2012.

216. RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad.* Marcial Pons. Madrid. 2016.

217. ROXIN, Claus. "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada". En: *Revista Penal* N° 2. 1998.

218. ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena.* Grijley. Lima. 1998.

219. RUÍZ-ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada 1979.* Editorial Atlántida. Lima. 1980.

220. SACK, Fritz. "Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der Labeling Approach". En: *Kriminologisches Journal* N° 4. 1972.

221. SALAS CALERO, Luis. "Terrorismo, crimen organizado y guerras en un mundo cibernético. Los retos para los Estados Unidos y la respuesta gubernamental". En: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa. Directores. *Nuevas amenazas a la seguridad nacional.* Tirant lo Blanch. Valencia. 2013.

222. SALDAÑA, Jorge, LEÓN, Martín y CASTAÑEDA, Giovanna. "Logro parcial del Ejecutivo". En: diario *El Comercio.* Edición del 19 de junio de 2015.

223. SAMPER PIZANO, Ernesto. "Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta". En: *Debate*. Bogotá. 2013.

224. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones.* Inpeccp-Cenales. Lima. 2015.

225. SAN MARTÍN CASTRO, César. "Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito". En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal.* Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997.

226. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Idemsa. Lima. 2004.

227. SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del Estado social.* PPU. Barcelona. 1988.

228. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. *El rol de la criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea.* Dykinson. Madrid. 2014.

229. SHARMA, Ruchir. *Países emergentes. En busca del milagro económico.* Aguilar Santillana. Ediciones Generales. Madrid. 2013.

230. SILVA GARCÍA, Germán. *Criminología. Teoría sociológica del delito.* ILAE. Bogotá. 2011.

231. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal.* Cuadernos Civitas. Madrid. 1999.

232. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 19. 2007.

233. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "*¿Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'". En: *Derecho Penal y criminología* Volumen 29. N°s 86-87. Año 2008.

234. SIMON, Jonathan. *Gobernar a través del delito.* Gedisa Editorial. Ciudad de México. 2011.

235. SOBREMONTE MARTÍNEZ, José Enrique. *Indultos y amnistía.* Universidad de Valencia. Valencia. 1980.

236. SOLÍS, Luis Guillermo y FOGLESONG, Todd. "El crimen organizado y su impacto en las sociedades democráticas: reflexiones sobre México, Centroamérica y la República Dominicana". En: SOLÍS, Luis Guillermo y ROJAS ARAVENA, Francisco. Editores. *Crimen organizado en América Latina y el Caribe.* Flacso. Santiago de Chile. 2008.

237. STIPPEL, Jörg. *Cárcel, Derecho y política.* LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2013.

238. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Información estadística de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú: enero de 2007 a mayo de 2017.* Lima. 2017.

239. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. *Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.* Lima. Mayo de 2011.

240. SZABÓ, Denis. *Criminología y política en materia criminal.* Siglo XXI Editores. Ciudad de México. 1980.

241. TABOADA PILCO, Giammpol. *Constitución Política del Perú de 1993.* Grijley. Lima. 2014.

242. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal.* Palestra Editores. Lima. 2009.

243. TORRES CARO, Carlos Alberto. Compilador. *El nuevo Código Penal peruano.* Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2011.

244. TORRES, Juan Manuel. "Cuatro caminos, un comienzo". Comentarios al informe *El problema de las drogas en las Américas-2013 de la Organización de Estados Americanos.* Centro de Investigación, Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2013.

245. TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. "El delito de organización criminal. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N° 1244". En: *Actualidad Penal* N° 31. Enero de 2017.

246. UNCILLA GALÁN, Idoia. "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo". En: *Cuadernos Penales José María Lidón N° 12. La reforma del Código Penal a debate.* Universidad de Deusto. Bilbao. 2016.

247. ONUDD. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Annual Report. Covering Activities During 2015.* Naciones Unidas. Viena.

248. ONUDD. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición.* Naciones Unidas. Viena. 2012.

249. VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho Penal español.* Ministerio de Justicia. Madrid. 1990.

250. VAN SWAANINGEN, René. "Revirtiendo el giro punitivo". En: *Revista Derecho Penal.* Año I. N° 1. 2012.

251. VEGA LUNA, Eduardo Ernesto *et al. El círculo de la corrupción en los gobiernos regionales. Los casos de Cusco, Ayacucho, Moquegua, Piura y Madre de Dios.* Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Jesuita Antonio Ruiz de Montoya. Lima. 2018.

252. VEGA SÁNCHEZ, María Victoria. *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril.* Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011.

253. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá. 2009.

254. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "La determinación de la sanción penal en el Código Penal". En: *Derecho Penal y criminología.* Volumen 22. N° 73. 2001.

255. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general.* 4ª edición. Ara Editores. Lima. 2014.

256. VILLANUEVA HERNÁNDEZ, Javier. *Criminalidad organizada.* Universidad de Salamanca. Colex. Madrid. 1999.

257. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general.* Grijley. Lima. 2006.

258. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte especial.* Volumen I. Grijley. Lima. 2014.

259. WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social.* Gedisa Editores. Barcelona. 2010.

260. WACQUANT, Loïc. "Forjando o Estado Neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social". En: *Loïc Wacquant e a Questao penal no capitalismo neoliberal.* Editora Revan. Río de Janeiro. 2012.

261. WILLIAMS, Phil. "Cooperación entre organizaciones criminales". En: AA. VV. *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional.* BERDAL, Mats y SERRANO, Mónica. Compiladores. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México. 2005.

262. WINTER ETCHEBERRY, Jaime. "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo". En: AMBOS, Kai, CARO CORIA, Carlos y MALARINO, Ezequiel. Coordinadores. *Lavado de activos y* compliance. *Perspectiva internacional y Derecho comparado.* Jurista Editores. Lima. 2015.

263. XLII GRUPO DE EXPERTOS PARA EL CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS. Reunión de los Subgrupos de Trabajo. *Informe final.* Organización de Estados Americanos. Washington D. C. 26-28 de mayo de 2016.

264. XLII GRUPO DE EXPERTOS PARA EL CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS. *Estudio sobre técnicas especiales de investigación en lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.* Organización de Estados Americanos. Punta Cana. 28-29 de setiembre de 2016.

265. XLII GRUPO DE EXPERTOS PARA EL CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS. *Estudio sobre análisis de riesgo asociado al LD/FT que permita homologar conceptos en materia de riesgos según las recomendaciones del GAFI.* Organización de Estados Americanos. Punta Cana. 28-29 de setiembre de 2016.

266. YARLAQUÉ MONTERO, Jearsineo Ray. "Precisiones cualitativas y cuantitativas del Decreto Legislativo N° 1243 que incorpora la inhabilitación perpetua". En: *Actualidad Penal* N° 31. Enero de 2017.

267. YOUNG, Jock. *El vértigo de la modernidad tardía.* Ediciones Didot. Buenos Aires. 2012.

268. YSHIÍ MEZA, Luis Alejandro. "La pena de inhabilitación en los delitos contra la Administración Pública". En: *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo.* Idemsa. Lima. 2013.

269. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general.* Ediar. Buenos Aires. 2000.

270. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen organizado. Una categorización frustrada.* 2ª edición. Editorial Leyer. Santa Fe de Bogotá. 1996.

271. ZALAQUETT DAHER, José. "El caso Almonacid. La noción de obligación imperativa de Derecho Internacional de enjuiciar ciertos crímenes y la jurisprudencia interamericana sobre leyes de impunidad". En: *Anuario de Derechos Humanos* N° 3. Junio de 2007.

272. ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch.* Heiderberg-Karlsruhe. 1980.

273. ZORIO VENTURA, Judith. *Métodos e instrumentos de valoración de la peligrosidad criminal en el proceso penal.* Universitat Jaume I. Castellón. 2016.

274. ZULUOGA, Lohitzune. *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política.* Catarata. Madrid. 2014.

275. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal". En: *El Derecho Penal ante la globalización.* Colex. Madrid. 2002.

Índice general

Índice general

Prólogo 9

Primera parte

POLÍTICA CRIMINAL

Giro punitivo y decisiones de política criminal

I. Criminalidad y control penal en el siglo XXI: el giro punitivo 15
1. Percepción de la inseguridad ciudadana en el área urbana 25
2. Nivel de apoyo social a medidas punitivas contra la inseguridad ciudadana 26
II. Criminalización, sobrecriminalización y neocriminalización 29

Inseguridad ciudadana y justicia penal en el Perú

I. Sobre la inseguridad ciudadana 35
II. Inseguridad ciudadana e ineficacia del control penal 38
III. Algunas conclusiones 53

Los 25 años del Código Penal de 1991

I. Introducción 55
II. El proceso de reforma 55
III. La contrarreforma 61
IV. Influencia transnacional y necesidad de una nueva reforma 64

Personas expuestas políticamente y corrupción: el caso peruano

I. Corrupción y personas expuestas políticamente en el Perú 69
II. Las debilidades preventivas 73
III. Las estrategias nacionales de prevención y control de las PEP en el Perú 75
IV. El resurgimiento de la criminalidad de las PEP 80

Segunda parte

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Mitos y realidades del castigo penal

I. Sobre la función contemporánea del castigo penal 91
II. La función del castigo penal en el Perú del bicentenario 102
III. Unas notas finales 107

El Decreto Legislativo N° 1243 y otras reformas en la pena de inhabilitación

I. Penas limitativas de derechos en la legislación peruana 109
II. Sobre las penas de inhabilitación en el Código Penal de 1991 111
III. Nuevos roles, retos y escenarios para la inhabilitación 121
IV. Las reformas introducidas por el Decreto Legislativo N° 1243 124
1. Reformas en la regulación de las penas de inhabilitación principal 126
2. Incorporación de penas conjuntas de inhabilitación en delitos funcionariales 127
3. Revisión y rehabilitación de la penas de inhabilitación perpetua ... 128
V. Otras reformas en la pena de inhabilitación 129
VI. A modo de conclusión 130

Bases para una nueva dogmática de la determinación judicial de la pena en el Perú

I. Necesidad de una nueva dogmática 133
II. Las bases teóricas 138
III. La tarea pendiente: proyecto de Nuevo Código Penal de 2014-2015 ... 156

Las circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal

I. Introducción 159
II. Concepto y función de las circunstancias 159
III. Las circunstancias genéricas del artículo 46 160
IV. Las circunstancias atenuantes genéricas 162

Sobre la eficacia punitiva de las circunstancias agravantes cualificadas

I. Función de las circunstancias agravantes cualificadas 169
II. La eficacia punitiva en la reincidencia 170
III. Sobre la habitualidad y su eficacia punitiva 175
IV. Sobre otras circunstancias agravantes cualificadas 176
V. Los nuevos proyectos de Código Penal 177

Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba: el caso peruano

I. Crisis y nuevos roles de las medidas alternativas 185
II. Medidas de régimen de prueba en el Perú 197
III. Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba: necesidad, límites y criterios de regulación 199

Medidas de seguridad

I. Las medidas de seguridad en la legislación vigente 211
II. Clases de medidas 212

III. Reglas de aplicación 214
IV. Aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad 219
V. Problemas en la aplicación de las medidas de seguridad 221
VI. El proceso de seguridad en el Código Procesal Penal 224
VII. Algunas conclusiones 233

La doctrina de la no impunidad y la amnistía en el Código Penal peruano

I. Las leyes de amnistía en Latinoamérica 235
II. La doctrina penal de la no impunidad 241
III. El impacto de la doctrina penal de la no impunidad en la judicialización de casos por delitos de lesa humanidad 246
IV. Amnistía y Código Penal de 1991: una opción de *lege ferenda* 250

Tercera parte

LAVADO DE ACTIVOS

Lavado de activos y política criminal: presente y futuro

I. El legado de la Convención de Viena 255
II. Nuevos problemas y desafíos en el tercer milenio 261
III. Situación actual y futuro de la política criminal peruana 269
1. El tratamiento y sanción de las personas jurídicas involucradas ... 275
2. Reglas preventivas que operan sobre las PEP 278
3. El grado de eficacia alcanzado en la criminalización secundaria ... 282
IV. El futuro inmediato 284

Lavado de activos en países emergentes

I. Prevención y control del lavado de activos en el siglo XXI 287
II. Lavado de activos en economías emergentes e informales 308
III. Un ejemplo peruano 314

IV. Ineficacia del control penal: un problema adicional 320
V. Algunas conclusiones 322

La crisis jurisprudencial del delito de lavado de activos en el Perú

I. Problemática actual del delito de lavado de activos 325
II. Jurisprudencia anterior a la Casación N° 92-2017-AREQUIPA 332
III. La crisis de la sentencia de Casación N° 92-2017-AREQUIPA 334
IV. La nueva jurisprudencia vinculante y el fin de la crisis 337
V. A modo de conclusión 340

Cuarta parte

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Sobre el concepto, características y manifestaciones de la criminalidad organizada

I. Un nuevo problema criminal 345
II. Un concepto operativo de criminalidad organizada 349
III. Características de la criminalidad organizada 359
IV. Estructuras y tipologías de la criminalidad organizada 364
V. A modo de conclusión 367

La criminalidad organizada en el Perú: desarrollos normativos y jurisprudenciales

I. Sobre la problemática actual de la criminalidad organizada 369
II. El tratamiento penal de la criminalidad organizada en el Perú 374
1. Antecedentes normativos y criminológicos 374
2. Delito de organización criminal: problemas y desarrollos jurisprudenciales 377
3. Nuevos problemas hermenéuticos: el delito de banda criminal ... 385

Tráfico ilícito de drogas: el delito y sus circunstancias

I. Aspectos generales .....
II. Los delitos tipificados en el artículo 296 .....
III. Las circunstancias agravantes del artículo 297 .....
1. Circunstancias agravantes de primer grado o nivel .....
2. Circunstancias agravantes de segundo nivel o grado .....
IV. Las circunstancias atenuantes del artículo 298 .....
V. Concurrencia de circunstancias específicas .....

El artículo 8 de la Constitución y alternativas al encarcelamiento por tráfico ilícito de drogas

I. La nueva política de la OEA para el control penal del tráfico ilícito de drogas: origen, finalidad y alcances .....
II. El impacto del artículo 8 de la Constitución en el tratamiento penal del tráfico ilícito de drogas .....
III. El artículo 8 de la Constitución y el consumo personal de drogas: ¿es posible su criminalización en el Perú? .....
IV. Sobre la constitucionalidad de medidas alternativas al encarcelamiento por delitos de tráfico de drogas .....
V. Pena de vigilancia electrónica personal: ¿otra alternativa? .....

El delito de financiación del terrorismo en el Perú

I. El contexto internacional.....
II. La financiación del terrorismo en la legislación peruana.....
1. Antecedentes .....
2. El Proyecto de Ley Nº 2621-2008-CR.....
3. El marco legal vigente.....

Bibliografía .....
Índice general.....

389
392
400
400
407
409
412
415
423
433
441
453
457
477
477
483
486
495
521

Este libro se terminó de imprimir
en junio de 2019, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

DERECHO PENAL
Y POLÍTICA CRIMINAL
PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

Lavado de activos | Criminalidad organizada | Consecuencias jurídicas del delito | Alta corrupción | Tráfico ilícito de drogas Inseguridad ciudadana | Reformas punitivistas

Esta obra se organiza a partir de cuatro áreas temáticas, que en esencia constituyen los espacios de especialización que ha abarcado el autor durante el ejercicio de su experiencia publicista. En una primera parte se reúnen textos vinculados con las características actuales de la política criminal peruana y las reformas ocurridas en el Código Penal de 1991, como consecuencia de la inseguridad ciudadana y el populismo punitivista. La segunda parte está dedicada al tratamiento de diferentes tópicos referidos a las consecuencias jurídicas del delito, especialmente en lo concerniente a la determinación judicial de la pena. La tercera parte comprende problemas y contenidos alusivos al delito de lavado de activos, resaltando entre ellos la incidencia relevante de la informalidad y la crisis jurisprudencial que generó una controvertida sentencia de casación vinculante. Finalmente, la cuarta y última parte de la obra la componen comentarios vinculados a la criminalidad organizada y a sus manifestaciones más sensibles en la legislación vigente como son los delitos de organizaciones criminales, tráfico ilícito de drogas y financiación del terrorismo.

ISBN: 978-612-311-638-5

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO GACETA JURÍDICA