

REVISTA JURÍDICA DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

N°2

ISSN 2955-8948

LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO ANTE EL CRIMEN ORGANIZADO



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

**REVISTA JURÍDICA
DE LA PROCURADURÍA GENERAL
DEL ESTADO N° 2**

**REVISTA JURÍDICA
DE LA PROCURADURÍA GENERAL
DEL ESTADO N° 2**

**LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO
ANTE EL CRIMEN ORGANIZADO**

CENTRO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado N° 2, 2022

© Procuraduría General del Estado

Centro de Formación y Capacitación

Calle Germán Schreiber 205 – San Isidro

Telf.: (01) 7485417, anexo 108

Correo electrónico: centrodecapacitacion@pge.gob.pe

<https://www.gob.pe/procuraduria>

Responsables de la edición

Publicado por el Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado

Editor: Marco Mejía Acosta

Correo electrónico: pge156@pge.gob.pe

Diciembre de 2022

La Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado publica artículos de investigación jurídica y de opinión que aporten al fortalecimiento del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, los cuales son evaluados por un comité editorial.

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad exclusiva de los/as autores/as.

La versión electrónica de la revista está disponible en:

<https://www.gob.pe/procuraduria>

Fotografía de portada: [DedMityay/Shutterstock.com](https://www.shutterstock.com)

ISSN: 2955-8948

Edición en versión digital: Lima, diciembre de 2022

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2021-09872

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Daniel Soria Luján
Procurador General del Estado

Luis Miguel Iglesias León
Miembro del Consejo Directivo

Ramón Fernando Alcalde Poma
Miembro del Consejo Directivo

Oscar Mario Del Río Gonzales
Gerente General

Areli Seraya Valencia Vargas
Directora del Centro de Formación y Capacitación

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
---------------------	-----------

SECCIÓN ESPECIAL: LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO ANTE EL CRIMEN ORGANIZADO	15
---	-----------

PERSPECTIVA SADJE	17
--------------------------	-----------

Defensa penal del Estado frente al crimen organizado	19
---	-----------

Sonia Medina Calvo

Procuradora Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas

La colaboración eficaz como instrumento de desarticulación de organizaciones y estructuras criminales en delitos de alcance transnacional	31
--	-----------

Silvana Carrión Ordinola

Procuradora Pública Ad Hoc para el caso Odebrecht y otras

Banda criminal y proceso inmediato: algunos apuntes para el tratamiento de este fenómeno delictivo	45
---	-----------

Juan Carlos Portocarrero Zamora

Procurador Público del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

Determinación de la reparación civil en los delitos de corrupción cometidos por organizaciones criminales	55
--	-----------

Javier Alonso Pacheco Palacios

Procurador Público (e) Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios

Estrategias y mecanismos necesarios en la defensa jurídica del Estado frente a la criminalidad organizada 69

Pedro Miguel Galicia Pimentel

Procurador Público del Gobierno Regional de Cusco

PERSPECTIVA INTERNACIONAL 83

El autolavado de dinero: análisis comparado y constitucional 85

Roberto Durrieu

Doctor en Leyes por la Universidad de Oxford

La necesaria discusión de la trata de personas como crimen organizado transnacional 101

Priscila Caneparo dos Anjos

Profesora de la Universidade Católica de Brasília

Transparencia y publicidad frente al crimen organizado: la materialización del imperativo legal ineludible del escrutinio público 113

Daniel Sansó-Rubert Pascual

Director del Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas, Seguridad Internacional y Gobernanza Global. Universidad Europea

SECCIÓN MISCELÁNEA: REFLEXIONES DESDE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO 123

Las declaraciones del procurador ante los medios de comunicación o ante terceros 125

Ángel Augusto Vivanco Ortiz

Procurador Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas

Perfilando el aporte por regulación al OSIPTEL desde la jurisprudencia 137

Kelly Silvana Minchán Antón

Procuradora Pública de OSIPTEL

La defensa judicial del actor civil y su impacto en el proceso penal 153

Ivon de Lourdes Martínez Simbala

Abogada de la Procuraduría Pública del RENIEC

PRESENTACIÓN



El Centro de Formación y Capacitación presenta el segundo número de la *Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado*, para dar continuidad a la divulgación de investigaciones y reflexiones relativas al fortalecimiento del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (SADJE).

Por segundo año consecutivo se ha desarrollado un proceso de convocatoria, selección y edición de artículos orientados a brindar contenidos para dicha publicación (en sus dos versiones, impresa y digital), que contribuyan, precisamente, a la reflexión y propuesta de acciones para la defensa jurídica del Estado, en esta oportunidad frente a algunos tópicos sobre crimen organizado.

Como observamos, en los últimos años se está develando y registrando un elevado incremento de la incidencia negativa de las acciones delictivas cometidas por organizaciones criminales. Sin duda, estamos frente a un fenómeno delictivo polimorfo y cambiante, que lesiona de manera directa la democracia y atenta contra los derechos fundamentales de las personas.

En respuesta, el Estado peruano y sus instituciones, junto a sectores sociales y académicos, han iniciado una lucha amplia contra el fenómeno del crimen organizado que busca controlar, sin pausa, una zona determinada o un circuito económico para rentabilizar los mercados ilegales, a través de la violencia y la corrupción, entre otros medios, al margen del control estatal.

Frente a este contexto, cinco procuradores/as públicos/as nos presentan en esta publicación de la Procuraduría General del Estado

el análisis y punto de vista de temas importantes desde diferentes enfoques, alrededor del crimen organizado.

Como referencia general de cada artículo, podemos mencionar que la abogada Sonia Medina Calvo (Procuradora Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas) se refiere al radio de acción de las Procuradurías Públicas Especializadas frente al crimen organizado, en especial a la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas; la abogada Silvana Carrión Ordinola (Procuradora Pública Ad Hoc para el caso Odebrecht y otras) aborda la colaboración eficaz como instrumento de desarticulación de organizaciones y estructuras criminales en delitos de alcance transnacional; el abogado Juan Carlos Portocarrero Zamora (Procurador Público del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA) trata el problema de la banda criminal y el proceso inmediato; el abogado Javier Alonso Pacheco Palacios (Procurador Público (e) Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios) analiza la determinación de la reparación civil en delitos de corrupción cometidos por organizaciones criminales; y el abogado Pedro Miguel Galicia Pimentel (Procurador Público del Gobierno Regional de Cusco) se refiere a las estrategias y mecanismos necesarios en la defensa jurídica del Estado frente a la criminalidad organizada.

Es conocido que la gravedad de los delitos de crimen organizado tiene un alcance internacional, debido a los cambios de la tecnología, los movimientos demográficos y la globalización económica. En realidad, las organizaciones criminales actúan local y globalmente.

En atención a esta situación, la revista presenta también tres colaboraciones académicas en una sección internacional a cargo de docentes universitarios. Roberto Durrieu (Argentina) se refiere al autolavado de dinero; Priscila Caneparo dos Anjos (Brasil) escribe sobre la necesaria discusión de la trata de personas como crimen organizado transnacional; y Daniel Sansó-Rubert Pascual (España) analiza la transparencia y publicidad frente al crimen organizado.

En la sección miscelánea, tenemos tres artículos sobre el quehacer de las procuradurías públicas. El abogado Ángel Vivanco Ortiz (Procurador Público Adjunto del Ministerio de Economía y Finanzas) reflexiona sobre las declaraciones del procurador ante medios de comunicación o ante terceros; la abogada Kelly Silvana Minchán Antón (Procuradora Pública del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL) nos presenta un análisis sobre el aporte por regulación al OSIPTEL desde la jurisprudencia; y, además, la abogada Ivon de Lourdes Martínez Simbala (Abogada en la Procuraduría Pública del RENIEC) ofrece un breve estudio sobre la defensa judicial del actor civil y su impacto en el proceso penal.

Estamos seguros que los artículos serán de interés tanto para los lectores del SADJE como de la comunidad jurídica en general.

Tengamos presente que con estas publicaciones buscamos promover el desarrollo de las capacidades éticas y jurídicas en los operadores del SADJE, un objetivo estratégico institucional de la Procuraduría General del Estado.

Agradecemos a los autores y al equipo del Centro de Formación y Capacitación, órgano académico de la Procuraduría General del Estado, por sumar esfuerzos que se ven reflejados en esta publicación y en próximas ediciones.

SECCIÓN ESPECIAL:
La defensa jurídica del Estado
ante el crimen organizado

PERSPECTIVA SADJE

DEFENSA PENAL DEL ESTADO FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO



SONIA MEDINA CALVO

PROCURADORA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRÁFICO
ILÍCITO DE DROGAS

1. INTRODUCCIÓN

La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas tiene por competencia, a nivel nacional, el ilícito jurídico mencionado, que mueve redes ilícitas planetariamente en más de cuarenta organizaciones criminales que operan alrededor del mundo. En su Título I, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona, artículo 1, y capítulo II, de los Derechos Sociales y Económicos, artículo 8, la Constitución Política del Perú señala que es el Estado quien combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas (TID). Así mismo, de acuerdo con la cadena de valor entre el cultivo de hoja de coca y su comercialización y distribución, por mandato constitucional (artículo 47), es el Procurador Público quien ejerce la defensa de los derechos e intereses del Estado en esta materia y la Procuraduría Pública Especializada es responsable en delitos de TID, con una misión y una visión preclaras. El TID es un hecho antijurídico que genera delitos conexos y altamente lesivos, como el lavado de activos, la corrupción, la trata de personas, la minería ilegal, entre otros, siendo estos los que integran la gama del crimen organizado.

Sin duda alguna, la labor defensorial de las Procuradurías Públicas Especializadas suele no ser comprendida en su integridad. Hoy por hoy se piensa que existe una labor defensorial estrictamente vinculada con la reparación civil, lo que no es cierto. Por ello, agradeciendo de antemano la oportunidad brindada y la invitación de la Procuraduría General del Estado, desarrollamos este artículo, siempre enfocado desde la defensa de los intereses y derechos del Estado.

2. CONCEPTO DE CRIMEN ORGANIZADO

En principio, para abordar la conceptualización del crimen o la criminalidad organizada, *nomen iuris*, no podemos dejar de mencionar lo señalado por el maestro Prado Saldarriaga (2013), quien señala:

(...) 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 a las manifestaciones delictivas de la criminalidad organizada o sus características operativas más representativas.

El mismo autor concluye señalando que:

(...) la criminalidad organizada no es en ningún caso de delincuencia individual y no siempre es solo delincuencia colectiva. (...) 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.¹

3. RESEÑA NORMATIVA DEL CRIMEN ORGANIZADO

En cuanto a la evolución del crimen organizado en la legislación, creo que resulta relevante poder establecer una breve reseña de su sistematización tanto a nivel internacional como a nivel nacional.

a) *Legislación supranacional*: sobre el particular, tenemos los siguientes instrumentos internacionales:

- Convención Única de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 1988): menciona dicho fenómeno delictivo en su artículo 3, numeral 1, literal 'a', acápite v; y numeral 5, literales 'a' y 'b', mas no llega a definirlo ni a caracterizarlo.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000): desarrolla conceptualmente lo que implica "Grupo Delictivo Organizado", conforme al tenor de su artículo 2, "Definiciones", literal 'a', al conceptualizarlo como:

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

¹ Conceptualización a la que nos adscribiremos para evitar mayor análisis sobre el particular.

También se hace una referencia adicional a ello en los artículos 3, numeral 1, literal 'b', y numeral 2, literal 'c', 5, 6 (numeral 2, literal 'b'), 10 (numeral 1), 16 (numeral 1), 18 (numeral 1), 20 (numeral 1), 26, entre otros.

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003): únicamente en el Preámbulo de dicha Convención.
- Comunidad Andina de Naciones – Decisión CAN N.º 505 – Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos: en su acápite “Principios y Objetivos”, en el numeral 1, haciendo referencia al compromiso de combate contra el crimen organizado transnacional dentro del territorio de la Comunidad Andina.

b) Legislación nacional

En este ámbito únicamente han existido dos espacios para delimitar a nivel de jerarquía legal lo que a Crimen Organizado se refiere: por un lado, el Código Penal de 1991, y, por otro, la Ley N.º 30077, no siendo objeto de este artículo aquellos cuerpos normativos especiales vinculados con la operatividad en el curso de las investigaciones vinculadas a las actividades ilegales de crimen organizado.

Si esto es así, lo primero que habría que hacer es revisar sucintamente la evolución legislativa que sobre el particular ha demostrado el Código Penal. Al respecto, cabe recordar que un primer acercamiento legislativo a este fenómeno social degenerativo en la sociedad, como era la mafia del crimen organizado, intentó ser regulado en el artículo 317 del citado Código sustantivo. En su redacción original, únicamente se requería que estuviésemos hablando de un escenario fáctico de formar parte de un grupo (o agrupación) de dos o más personas destinado a cometer delitos en general, siendo penalmente reprochable la conducta únicamente por pertenecer a tal agrupación.

Tal composición típico-estructural solo duraría hasta el 2004, cuando se dio la primera modificatoria mediante el artículo 1 de la Ley N.º 28355. A tal Ley le siguió una serie de leyes que buscaban “perfeccionar” lo que se había legislado *—más que todo, con efectos populistas, antes que basados en un análisis político-criminal—*, como fueron: 1) el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 982 (2007); 2) la primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077 (2013, con entrada en vigencia 1 de julio del 2014); 3) la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1181 (2015); y, 4) el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1244 (2016), siendo el texto de esta última disposición el que hasta hoy mantiene su vigencia. En este punto, *es relevante señalar que, a concepción propia, el “crimen organizado” no nació ni es el tipo penal regulado en el artículo 317 del Código Penal. El crimen organizado, como nomen iuris, es mucho más si se aborda desde una perspectiva fenomenológica y en el contexto social en el que esta actividad ilegal se despliega; en otras palabras, mientras que el delito de “organización criminal” implica el despliegue del accionar delictivo y sus condiciones típicas para incurrir en él, el crimen organizado sería el contexto en el que este delito se desarrolla.*

4. COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

En este punto, y al amparo de lo previsto en los artículos 8, 44 y 47 de la Carta Magna, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 6, numeral 7, y 25, numeral 4, literal ‘a’, del Decreto Legislativo N.º 1326, y los artículos 41 y 42 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, considero que no existe mayor debate respecto a la competencia funcional que poseemos como institución en determinados delitos y a efectos de ejercer la plena y efectiva defensa jurídica de los derechos e intereses legítimos y constitucionalmente

valiosos del Estado peruano en los delitos contra la salud pública en su modalidad de delitos de tráfico ilícito de drogas (en los tipos penales contenidos entre los artículos 296 y siguientes del Código Penal). Así, es de relieve recordar que existe un artículo 297 del plexo normativo sustancial que contiene una serie de circunstancias agravantes específicas respecto de los tipos básicos de tráfico ilícito de drogas. Entre estas, precisamente, se encuentra el desplegar alguna de las conductas típicas de dicho delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada a dicha actividad ilícita.

Sobre este extremo, conviene hacer una diferencia entre el delito de “organización criminal”, regulado en el artículo 317 del Código Penal, y la agravante propia del delito de tráfico de drogas, regulado en el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal. Si se investiga en los “hechos” la “promoción, organización, constitución o integración de algunas personas, respecto de una organización criminal destinada a cometer delitos” (nótese la fórmula legal, delitos en general), definitivamente estamos ante el delito de organización criminal tipificada en el artículo 317 del Código Penal; sin embargo, si se investiga en los “hechos” a una “Organización Criminal dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas (delito específico), en cualquiera de sus modalidades” (por mencionar, promoción, favorecimiento, facilitación, cultivo y/o insumos químicos), estamos ante la comisión de la agravante de un delito base de tráfico ilícito de drogas, porque el inciso 6 del artículo 297 del Código Penal establece que: “El hecho (base) es cometido en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas” (nótese la especificidad del delito a que se dedica esta organización). Si bien la diferencia parece inocua, estimo que esto no solo ayudará al Ministerio Público a la mejor calificación de los hechos que investiga, sino también evitará que esta misma entidad considere como representantes del agraviado en un mismo proceso a dos Procuradurías (como son la de Orden Público y Tráfico de Drogas), generándose así conflictos innecesarios de competencia.

En cuanto al delito de lavado de activos y a los procesos de extinción de dominio se refiere, debe quedar establecido que la Procuraduría Pública Especializada a mi cargo tuvo, y aún tiene, competencia funcional respecto de determinados procesos de alta complejidad en dichas materias. Sin embargo, a partir del año 2008 se decidió crear la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, y a partir de allí se redefinió la competencia funcional en este tipo de casos a través de la Resolución Suprema N.º 058-2008-JUS y la Resolución de Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado N.º 008-2009-JUS/CDJE, quedando definido que la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas mantenía su competencia originaria para conocer los delitos de lavado de activos, siempre que estos tuvieran conexión o vinculación derivada de una estructura criminal con los delitos que son materia de su competencia originaria; vale decir, que manteníamos competencia para ejercer la defensa jurídica del Estado en los procesos existentes y en todos aquellos que se iniciaran relacionados con lavado de activos y procesos de pérdida de dominio que tuvieran conexión con alguna actividad criminal de tráfico ilícito de drogas. Ya luego, con las resoluciones de Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado N.º 027-2013-JUS/CDJE, del 29 de mayo de 2013, y N.º 056-2017-JUS/CDJE, del 19 de julio de 2017, se buscó precisar aún más la competencia funcional que teníamos en tales ámbitos, al señalar que la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio debía actuar en aquellos procesos en los que hubiera concurrencia de varias actividades delictivas vinculadas a los actos de lavado de activos y/o a los bienes objeto del proceso de pérdida de dominio, incluso si estas incluían el tráfico ilícito de drogas; pero que si había vinculación con actividades criminales de tráfico ilícito de drogas de modo exclusivo, entonces es la Procuraduría Pública Especializada de TID la que debiera asumir funcionalmente la prosecución de dichos casos.

Al día de hoy, sin embargo, en el ámbito funcional del delito de lavado de activos, y ya con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1326 y de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°018-2019-JUS, en la Sexta Disposición Complementaria Transitoria de este último, se dispuso la competencia exclusiva de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos para dichos casos, quedándonos únicamente a cargo de las investigaciones y de aquellos procesos judiciales ya iniciados o en ejecución de sentencia.

Finalmente, en el campo de los procesos especiales de extinción de dominio, conforme lo previsto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N.º 1373 – Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, y los artículos 3, numeral 3.3, 13, 28, numeral 28.2, literal ‘a’, 34 y 35, numeral 35.1, de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, en interpretación sistemática con lo previsto en el artículo 52, numerales 52.1 al 52.4, la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final, y la Décima Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, claramente establecen los escenarios en los que la Procuraduría Pública Especializada en Extinción de Dominio intervendrá. Sin embargo, hasta el momento no se han implementado dichos lineamientos aún, en tanto y en cuanto todavía no hemos recibido comunicación formal sobre el particular, por lo que continuamos ejerciendo la defensa activa de todos los casos (sin distinción) de extinción de dominio y que estén vinculados con el tráfico ilícito de drogas en todas sus modalidades, y/o con el lavado de activos vinculado con el tráfico ilícito de drogas.

5. ACTUACIÓN DEFENSORIAL DE LA PPETID

Definida la competencia de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas en cuanto a las facultades dentro de un proceso penal, estimo que son las facultades que tiene todo agraviado y actor civil dentro del mismo proceso penal, debiendo tener en cuenta lo previsto en los artículos 8, 44, 47, 139, incisos 3 y 14, de la Carta Magna, en consonancia con lo señalado en los artículos 57 y 58 del Código de Procedimientos Penales de 1940, los artículos I, numeral 3, VII, numeral 3, y IX, numerales 1 y 3, 95, numeral 1, 104 y 105 del Código Procesal Penal vigente, y la doctrina legal vinculante reseñada en el Acuerdo Plenario N.º 04-2012/CJ-116, en consonancia con lo previsto en la doctrina legal vinculante del Acuerdo Plenario N.º 04-2019/CIJ-116. A modo de ejemplo, estas son algunas de las actuaciones más importantes que debería realizar todo procurador:

- *En investigación preliminar*
 - o Participar en la investigación policial-fiscal.
 - o Impugnar el archivo de la investigación, a través de la elevación al Fiscal Superior.

- *En investigación preparatoria*
 - o Solicitar la declinatoria de competencia.
 - o Solicitar actos de investigación.
 - o Solicitar medidas cautelares reales.
 - o Participar en el desarrollo de los actos de investigación, como agraviado y/o como actor civil.
 - o Plantear reposición de plazo y otros remedios.

- *En etapa intermedia*
 - o Oponerse al sobreseimiento.
 - Por errónea valoración de elementos de convicción.

- Solicitando actos de investigación adicionales.
 - o Objetar la acusación.
 - Por defectos de imputación y/o cualquier otro defecto.
 - o Ofrecer pruebas, plantear convenciones probatorias y solicitar la pretensión indemnizatoria.
-
- *En juicio oral*
 - o Participar íntegramente en el juicio oral.
 - o Oponerse al retiro de acusación.

 - *En impugnación*
 - o Impugnar el objeto civil del proceso.
 - o Impugnar el objeto penal del proceso.

Si bien en la actualidad existen posiciones contradictorias sobre si le corresponde al Estado (como agraviado o como actor civil) impugnar el objeto penal del proceso, por una “aparente contradicción normativa” establecida en el inciso 2 del artículo 407, inciso 2, del Nuevo Código Procesal Penal (basado en la tradicional visión de la víctima en el proceso penal), es de advertirse, tal y como lo señaló el Acuerdo Plenario N.º 04-2019, que existe una nueva concepción del sujeto procesal “víctima” que, justamente, se ha resaltado normativamente por este nuevo sistema procesal, por lo que, en palabras de la Corte Suprema, tenemos que replantear una serie de conceptos tradicionalmente entendidos y asumir una opción en pro de hacer efectivos los derechos materiales y procesales de la víctima del delito, en especial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que importa el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación (como indica la Corte Suprema en su fundamento 19 del Acuerdo Plenario antes mencionado). Por ello, somos de la idea de que el Estado, a través de sus procuradores, sí puede y debe interesarse por el objeto penal del proceso penal (y no solo el civil), en pro del

efectivo derecho a la tutela jurisdiccional de la víctima (Estado), tal y como lo ha ratificado la Casación N.° 1089-2017-Amazonas, máxime si el Decreto Legislativo N.° 959, que modifica el artículo 14 del Decreto Ley N.° 17537, que se encuentra vigente hasta la fecha, establece claramente la facultades y prerrogativas del procurador público como defensor del Estado en materia penal.

6. REPARACIÓN CIVIL

En cuanto a este extremo, es de advertir que la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, si bien ha logrado obtener reparaciones civiles por el monto global de S/1 500 000 000 (mil quinientos millones y 00/100 soles), esto contrasta con el monto global cobrado de S/5 131 930 (cinco millones ciento treinta y un mil novecientos treinta). Y ello no es producto de la inactividad del procurador, sino, antes bien, porque el crimen no paga al “Estado Peruano”, tanto más que no podemos lograr objetivos o réditos con respecto a la reparación civil en razón de la vigencia de la Ley N.° 29305, respecto de la que se tiene la esperanza que, en algún tiempo cercano, sea derogada por ser denostativa para el Estado.

7. FORTALECIMIENTO Y REFLEXIONES FINALES

Las Procuradurías Públicas Especializadas, desde su creación, no fueron ni deben ser una institución limitada a pedir la reparación civil, ya que la lucha contra la criminalidad organizada históricamente se encontró vinculada al tráfico ilícito de drogas; siempre se aspiró a que sea frontal y transversal. De ahí que la Procuraduría Especializada en Delitos de Drogas no se ocupa solamente de obtener una reparación civil asegurando su pago y/o atacar el patrimonio mal habido asegurando su extinción, sino que se asegura de la imposición de las responsabilidades penales que correspondan, lo que explica su participación activa (y no pasiva) sobre el objeto penal en los

procesos de tráfico de drogas o de lavado de activos provenientes del tráfico de drogas. Esta es una lucha frontal y transversal a la que todos los miembros del sistema deberíamos aspirar, aun cuando bastante desigual frente a las organizaciones criminales. Por ello, el fortalecimiento de acción de una Procuraduría Pública, especializada o no, debe recibir el apoyo institucional a que se refiere el artículo 4-10 del Decreto Legislativo N.º 1326 de parte de la Procuraduría General del Estado, para una adecuada y eficiente defensa de los intereses del Estado.

La participación activa de las Procuradurías Públicas Especializadas sobre el objeto penal del proceso penal no significa asumir el papel y funciones del Ministerio Público, ni tampoco sustituirlo; simplemente significa cumplir a cabalidad las prerrogativas que este nuevo sistema procesal penal otorga a la víctima como parte esencial de un proceso penal democrático, en el que se discuten tanto los intereses propios de la defensa —otorgándosele herramientas y espacios procesales para ellos— como los intereses propios de la víctima —otorgándosele herramientas y espacios procesales para ellos—, decididos y juzgados por dos entidades del Estado imparciales e independientes: el Ministerio Público y el Poder Judicial.

REFERENCIAS

Constitución Política del Estado.

Decreto Legislativo N.º 1326.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Convención de Viena 1988.


Convención de Palermo 2000.

Convención de Mérida 2003.

Ley N.º 30077.

Prado Saldarriaga, V. R. (2013). *Criminalidad y lavado de activos*. IDEMSA.

LA COLABORACIÓN EFICAZ COMO INSTRUMENTO DE DESARTICULACIÓN DE ORGANIZACIONES Y ESTRUCTURAS CRIMINALES EN DELITOS DE ALCANCE TRANSNACIONAL



SILVANA CARRIÓN ORDINOLA
PROCURADORA PÚBLICA AD HOC PARA EL CASO ODEBRECHT Y OTRAS

1. LA GRAN CORRUPCIÓN

Con el transcurso del tiempo, hemos observado que la corrupción ha ido evolucionando hacia la utilización de mecanismos más sofisticados para la ejecución de los delitos. Pero, además, en los últimos años hemos sido testigos de que se ha develado un esquema de corrupción mayor, superior, que involucra a los altos funcionarios públicos de un país, así como a agentes privados con gran poder económico, generándose con ello daños extremadamente nocivos para nuestra sociedad (Simon, 2017, p. 7).

Observamos también estructuras criminales muy bien definidas tanto en el aparato público como en el sector privado, que tienen en común un patrón criminal que ha funcionado para generar un gran daño al Estado. Este daño no solo es de tipo patrimonial (daño emergente, lucro cesante), sino también extrapatrimonial, y afecta gravemente la legitimidad (Alonso y Garcimartín, 2011, p. 66) y la

imagen de la institucionalidad del Estado (Lescano y Gonzales, 2017, p. 108-109), puesto que contribuye a aumentar la percepción negativa del ciudadano sobre la administración pública, banalizando este tipo de delitos hasta el punto de que sea común pensar que “siempre” ha habido o habrá actos corrupción en torno a las altas esferas del poder.

Y es casualmente esta gran corrupción (Simon, 2017, pp. 7-11) —que se refleja en la captura de los órganos de dirección de las entidades públicas, así como en la instrumentalización de las empresas para la comisión de actos ilícitos por parte de sus altos ejecutivos— la que genera no cualquier tipo de perjuicio, sino aquellas afectaciones que tienen relación con la privación de servicios públicos básicos (Mulas-Granados, 2011, p. 128) y de calidad a los que tiene derecho la ciudadanía. De ahí que haya un estrecho vínculo entre este “poder político corrompido” y la afectación de los derechos humanos de los ciudadanos al privárseles de acceder a servicios básicos (hospitales, carreteras, recursos hídricos, gas, etcétera) que cumplan con sus reales objetivos (Simon, 2017, p. 14).

A partir del caso Lava Jato, hemos observado que el poder político —representado por altos funcionarios de nuestro país— fue capturado casualmente por empresarios de importantes compañías extranjeras y peruanas vinculadas al sector construcción, que a partir de un patrón criminal recurrente se beneficiaron con grandes proyectos y obras bajo las diferentes modalidades de contratación pública, esto es, alianzas público-privadas (cofinanciadas y autosostenibles), obras públicas, iniciativas privadas, entre otras (PPAH, 2021, p. 10). El patrón criminal utilizado por las compañías y por los altos funcionarios públicos incluía la injerencia en el marco legal —tanto desde el Poder Ejecutivo como desde el Poder Legislativo—, la captación de los funcionarios públicos que tenían decisión en el proyecto de manera directa o indirecta, pactos colusorios que comprendían en la mayoría

de casos pagos de sobornos para la adjudicación de las obras y para su ejecución, generación de adendas en el contrato a favor de las compañías, injerencia en los órganos y empresas de supervisión de las obras y, finalmente, un esquema de arbitrajes —en complicidad con árbitros—, a través de los cuales se lograba cobrar aquellos conceptos que no eran canalizados durante la ejecución contractual (PPAH, 2021, p. 10).

Estos esquemas de megacorrupción han venido acompañados de mecanismos sofisticados de generación, ocultamiento y transferencia de fondos. Por ejemplo, en el caso de la empresa Odebrecht se descubrió que, a través de su División de Operaciones Estructuradas —llamada así por la complejidad de sus operaciones—, se hacían la mayoría de pagos de sobornos o, por lo menos, los más relevantes. Se empleaban entregas de dinero en efectivo cuando se trataba de montos menores. Así, a través de una compleja estructura de empresas *off shore* que comprendía hasta cinco o seis niveles de intermediación, con altos costos financieros, se dirigían los montos de sobornos a los destinatarios finales, usando para ello los famosos *codinomes* o sobrenombres para ocultar la identidad de los beneficiarios. Una operación estructurada como esta implicaba además que los compartimentos entre las distintas áreas de la compañía que intervenían en el esquema de soborno no tuvieran contacto entre sí, puesto que solo algunos de sus ejecutivos conocían la información sobre los beneficiarios finales, que por lo general eran funcionarios públicos. Esto operó así para el caso peruano, pero el mismo *modus operandi* se usó en el resto de países de la región. Ahora conocemos también que sistemas informáticos como “My Web Day” y “Drousys” fueron utilizados para ocultar toda la información vinculada al pago de sobornos.

Otra modalidad que conocimos a partir del caso Lava Jato fue el mecanismo empleado para la entrega de dinero, a través de los

denominados *doleiros*. Estas eran personas que viajaron desde Brasil al Perú trayendo adheridas al cuerpo grandes cantidades de dinero (se estima que, en total, lograron ingresar medio millón de dólares en cada envío), que finalmente fueron entregados a los destinatarios finales: funcionarios públicos peruanos (PPAH, 2021, p. 11).

Entonces, los mecanismos que han utilizado las organizaciones criminales en los actos de corrupción de los últimos años se han perfeccionado, han evolucionado a tal punto que han hecho que la identificación de los actos ilícitos o rastreo de fondos sean de difícil detección por las autoridades. Y es aquí donde precisamente el instrumento de la colaboración eficaz cobra relevancia.

A decir de Mercedes Fernández López (2017), “la necesidad de contar con medios especiales de investigación está hoy en día fuera de toda duda, cuando se plantea en el marco de la persecución de delitos cometidos en el seno de grupos organizados o de delincuencia económica” (p. 145). Es casualmente esta situación la que ha generado que “fórmulas y medios especiales de investigación permitan incrementar la eficacia de la justicia penal” (Fernández López, 2017, p. 145).

El Tribunal Constitucional también argumenta en esa misma línea. Al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad que se presentó contra la Ley N.º 30737, en el extremo que crea la colaboración eficaz para personas jurídicas, el Tribunal señaló lo siguiente, en el apartado 74 de la Sentencia N.º 00016-2019-PI-TC, del 3 de diciembre de 2020:

Precisamente, lo que desde una perspectiva constitucional justificaría la aplicación de la colaboración eficaz, es la lucha contra la corrupción, a fin de que quienes persiguen el delito puedan contar con toda la información necesaria, que de otro

modo difícilmente habrían podido obtener, con miras a la efectiva sanción de los actos delictivos.

2. EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

En nuestro país, el proceso de colaboración eficaz está regulado en los artículos 472 a 481 del Código Procesal Penal. Se trata del proceso penal especial que se rige por determinados principios basados en el consenso, la justicia negociada o el derecho premial, principalmente. Conforme a nuestra legislación, para que una persona se someta a un proceso de colaboración eficaz debe cumplir, entre otros requisitos que establece la norma procesal en los artículos 474 y 475 del Código Procesal Penal, los siguientes: i) haber abandonado voluntariamente las actividades delictivas; ii) admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o le sean imputados por la fiscalía; y, iii) que la información entregada sea oportuna, útil, eficaz de cara a desarticular organizaciones criminales o conocer sobre actos ilícitos de terceros.

La legislación sobre *las delaciones premiadas* —como se les denomina en otros países— o *colaboraciones eficaces* ha ido evolucionando en nuestro país. Así, además del marco legal establecido en el Código Procesal Penal, se aprobó en marzo de 2018 la Ley 30737, que crea la colaboración *corporativa* o *empresarial* (*Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30737*). Y ello, siguiendo lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuando, en su artículo 26, alienta a los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias con el fin de promover que aquellas personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados puedan brindar información útil a las autoridades competentes, con fines investigativos y probatorios; y, en tanto ello, los Estados deben prever la posibilidad de mitigación de la pena de las personas

acusadas que presten una declaración sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la Convención.

En el mismo sentido, el apartado 63 de la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00016-2019-PI-TC, en el aspecto referido a la colaboración eficaz de las personas jurídicas, señala que:

la colaboración eficaz es una figura legal recurrente en el ámbito del derecho procesal penal y mediante ella se procura favorecer el esclarecimiento de los hechos delictivos que son materia de investigación. En el caso peruano, el acogimiento requiere la admisión o no contradicción de los hechos delictivos imputados y que se brinde información relevante, suficiente, eficaz e importante para neutralizar la actividad delictiva y sancionar a los responsables de tales hechos.

Conforme al procedimiento, el colaborador eficaz debe proporcionar información que corrobore sus dichos, en adición a las propias pesquisas que la fiscalía debe realizar para contar con otras fuentes de corroboración. Forma parte del procedimiento de colaboración eficaz que el delator, en atención a la calidad y oportunidad de la información entregada, pueda acceder a ciertos beneficios que establece la norma, como la exención de la pena, disminución de la pena, suspensión de la ejecución de la pena o remisión de la pena para quien la está cumpliendo. Esta potestad de calificar qué tipo de beneficio puede otorgársele al colaborador, delator o aspirante a colaborador es una que solo compete a la Fiscalía, conforme lo señala la norma.

En un determinado momento del proceso, cuando ha concluido la etapa de corroboración, la fiscalía convoca al agraviado —o a su representante— para que indique si propondrá una pretensión civil

dentro del proceso penal especial de colaboración eficaz. Para los casos de corrupción, el Estado está representado por la Procuraduría Pública Especializada y, en concreto, para los casos vinculados a la “Operación Lava Jato”, la representación recae en la Procuraduría Ad Hoc para el caso Odebrecht y otras. En caso la Procuraduría presente pretensión civil, se convierte en un sujeto más del proceso de colaboración eficaz.

El acuerdo al que arriben la Fiscalía y el colaborador sobre la pretensión penal y el agraviado con el colaborador sobre la pretensión civil será presentado ante el Poder Judicial, con el fin de que uno de sus órganos efectúe el control de legalidad del Acuerdo y lo apruebe o desapruébe. En el primer caso, esto es, de aprobar el acuerdo, el Poder Judicial dicta la Sentencia de Colaboración Eficaz, que contiene tanto la pretensión penal como la pretensión civil. Cabe anotar que, a partir de la experiencia del caso Lava Jato, el instrumento de la colaboración eficaz ha servido tanto para imponer las sanciones que correspondan respecto a la responsabilidad penal como para la imposición y cobro efectivo de la reparación civil por los daños generados por estos actos de corrupción. Hay que tener en cuenta que, antes del caso Lava Jato, las reparaciones civiles para casos de corrupción en nuestro país han sido de difícil cobranza, tal como lo muestra la experiencia de los casos denominados Fujimori-Montesinos.

Si bien el proceso de colaboración eficaz es uno especial, normado por distintas reglas a las previstas para un proceso común, ambos tipos de procesos coinciden en los objetos penales y civiles que persiguen. Es decir, en ambos procesos la pretensión penal está dirigida a la confirmación o no de una responsabilidad penal con la correspondiente aplicación de una sanción, así como la pretensión civil está vinculada a la reparación del daño que el sentenciado debe asumir.

3. LA COLABORACIÓN EFICAZ COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AL CRIMEN ORGANIZADO

Este proceso especial, que implica necesariamente la entrega de información por un delator, ha tomado particular importancia a partir del caso Lava Jato. Y es que “se encuentra la posibilidad de lograr información de primera mano de quienes forman parte del entramado delictivo o poseen información valiosa al haber entrado en contacto con él” (Fernández López, 2017, pp. 145-146). Y es que, bajo el sofisticado y complejo esquema de corrupción implementado, por ejemplo, por la empresa Odebrecht, ha sido fundamental conocer, a partir de la “parte corruptora”, cómo se pactó, a qué acuerdos se arribaron y cómo se pagaron los sobornos para el favorecimiento de obras y proyectos públicos de gran envergadura. Solo con base en la delación de la empresa Odebrecht se ha podido conocer en detalle cómo operaba la División de Operaciones Estructuradas, creada con el propósito de generar y recibir dinero ilícito para pagar sobornos. Esta área, por ejemplo, recibía los requerimientos de los ejecutivos de la compañía de los diferentes países de la región que habían acordado pactos ilícitos con funcionarios públicos y necesitaban pagar sobornos como parte de esos acuerdos ilegales. La delación de la empresa Odebrecht incluye la identificación de los *codinomes*, esto es, saber quiénes eran los destinatarios finales, conocer el contexto en que se desarrollaron los acuerdos ilícitos, los terceros que participaron, así como, en muchos casos, la ruta del dinero que se empleó para concretar el pago dirigido al funcionario público.

Se han conocido también los niveles de intermediación, las entidades financieras con las cuales trabajó la compañía para poder realizar estas transacciones ilícitas, con la explicación del “ropaje jurídico” empleado para cada una de esas operaciones que se sometieron a delación. Conocimos, por ejemplo, el esquema bajo el que se abrían las cuentas bancarias en estos paraísos fiscales, el mecanismo

utilizado para el ocultamiento de identidad de los beneficiarios finales, entre otros detalles importantes para la investigación penal, que han permitido a la fiscalía presentar acusaciones con cargos penales (PPAH, 2021, p. 11).

Sin embargo, el caso de la empresa Odebrecht no es el único en el que se ha empleado este instrumento de la colaboración eficaz. Empresas nacionales como Graña y Montero (ahora Aenza) y otras con reserva de identidad se han acogido también a este mecanismo con la finalidad de brindar información a la fiscalía y obtener beneficios que les permitan su “rehabilitación comercial”, teniendo para ello que cumplir con las obligaciones producto del Acuerdo de Colaboración, así como implementar los protocolos de cumplimiento empresarial dirigidos a evitar futuros actos de corrupción. Así, hemos conocido, por ejemplo, cómo funcionó el denominado “Club de la Construcción” y sus componentes, los funcionarios públicos del MTC involucrados, así como las otras empresas miembros de dicho grupo.

Las personas naturales —los funcionarios públicos como personas del ámbito privado (empresarios, intermediarios, etcétera)— también vienen acogiéndose al proceso de colaboración eficaz, lo que ha permitido que, en muchos casos, se conozca con más profundidad el contexto y detalles en que otros funcionarios públicos y privados cometieron actos de corrupción, fortaleciendo así las investigaciones penales. Así mismo, en todos los casos de colaboración eficaz se viene imponiendo la reparación civil en favor del Estado peruano. De esta manera, el instrumento de la colaboración eficaz es uno que, en estos casos de corrupción en los que los pactos son clandestinos, subrepticios, con todo un esfuerzo sofisticado para ocultar acuerdos y fondos ilícitos, se torna en un mecanismo importante para desarticular estas organizaciones criminales tanto del sector público como del sector privado.

Probablemente el caso Lava Jato sea uno que hubiese calificado bajo las reglas del delito de soborno transnacional regulado ahora por la Ley N.º 30424. Sin embargo, esta norma no le era aplicable, porque los hechos cometidos corresponden a un periodo anterior a la publicación, que fue en el año 2016. No obstante, ello no impide señalar que el más claro ejemplo de soborno a funcionarios de otro país diseñado desde una política empresarial corrupta lo encontramos en este megacaso de corrupción, en el que principalmente participaron compañías brasileñas junto con otras peruanas del sector construcción, y cuyos máximos órganos de gobernanza fueron los que tomaron la decisión de cometer dichos delitos.

4. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL MARCO LEGAL DEL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

En el Perú, conforme se ha indicado, el proceso de colaboración eficaz está regulado en los artículos 472 a 481 del Código Procesal Penal. Este marco legal era aplicado principalmente para las delaciones de personas naturales. Pero a partir de la promulgación de la Ley N.º 30737, se diseñó el marco legal para el proceso de colaboración eficaz de personas jurídicas. Esta norma, además, que fue diseñada para la cautela de la reparación civil, trae consigo varias restricciones comerciales para aquellas empresas que están en investigación por actos de corrupción. Así, esta ley ha establecido tres categorías bajo las cuales deben ser clasificadas las empresas vinculadas a hechos de corrupción. Encontramos la *Categoría 1*, diseñada para aquellas empresas sentenciadas o confesas a título propio o que hayan reconocido responsabilidad a través de sus representantes legales o que estos hayan sido sentenciados. La *Categoría 2* está dirigida a aquellas empresas socias de la Categoría 1 (las confesas o condenadas), y la *Categoría 3* está diseñada para aquellas empresas que tienen calidad de investigadas ante el Ministerio Público.

Esta ley, además, contempla la figura del fideicomiso como una que sirve para la cautela de la reparación civil, y que se plasma en una de las siguientes modalidades: i) *uno de tipo obligatorio y legal* para las empresas comprendidas en la Categoría 1, antes a los que se les retiene fondos; ii) *de tipo obligatorio de garantía*, para las empresas comprendidas en la Categoría 2; o, iii) *uno voluntario* para las empresas comprendidas en la categoría 3. Además, esta norma contempla distintas restricciones dependiendo de la categoría en la que se encuentren comprendidas las empresas.

Pero casualmente, es esta norma la que crea la colaboración eficaz corporativa o empresarial contemplando una serie de incentivos para aquella compañía que decide someterse al proceso de colaboración eficaz. Así, esta ley faculta a la fiscalía a que otorgue beneficios vinculados a los temas de contratación pública, tributarios y de exoneración total o parcial de dicha norma, dependiendo del grado de colaboración o utilidad de la información de las empresas. Esto es, la Ley N.° 30737 combina los aspectos comerciales y penales que atañen a las compañías que se someten a la colaboración eficaz.

Esta norma, diseñada principalmente para la cautela de la reparación civil —a través de los esquemas de fideicomisos—, viene acompañada de una reglamentación que comprende fórmulas matemáticas para el cálculo de la reparación civil de las compañías, teniendo en consideración el tipo de modalidad de contratación pública que ha sido utilizada para el proyecto sometido al alcance de la Ley N.° 30737.

Esta ley es sin duda una herramienta legal muy potente que surgió como una respuesta del Estado peruano al fenómeno de megacorrupción al que se enfrentaba en aquel momento nuestro país, pero tiene un alcance que podría comprender a cualquier caso o investigación por corrupción, lavado de activos o delitos conexos. Por ello, impone como obligatoriedad, a la procuraduría

pública competente, informar a la Unidad Funcional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre los proyectos y empresas que son sometidos a investigación por actos de corrupción. Es preciso indicar que, hasta la fecha, nuestro país es el único en la región que cuenta con una herramienta como esta, con el diseño legal para la colaboración empresarial, pero que a la vez contempla restricciones comerciales y al mismo tiempo cautela la reparación civil por hechos de corrupción. Ello es así porque la figura de la colaboración eficaz aplicada para las compañías o empresas ha resultado ser un instrumento de relevancia penal importante para la lucha y el combate contra las organizaciones criminales y, especialmente, contra la impunidad de los hechos que estas cometen. El instrumento de la colaboración eficaz ha significado, sobre todo, acceder a información relevante en tiempo oportuno, con el fin de combatir de manera eficiente los hechos de corrupción que, de otra manera, habrían tomado mucho tiempo para su descubrimiento o procesamiento. Dicho de otra manera, en palabras del criminólogo francés Edmond Locard, “tiempo que pasa, verdad que huye”.

Por ello, finalmente, a la luz de lo expuesto sobre el caso Lava Jato en nuestro país, podemos concluir que el proceso de colaboración eficaz ha significado un avance importante en la lucha contra la corrupción en el Perú. Es decir, ha sido medular para las investigaciones penales, pero también ha servido como instrumento para que el Estado peruano fije y venga cobrando, de manera efectiva, la reparación civil como resarcimiento por los daños generados.

REFERENCIAS

Alonso, J. A. y Garcimartín, C. (2011). Causas y consecuencias de la corrupción: una revisión de la literatura. En *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica* (pp. 43-72). Fondo de Cultura Económica.

Fernández López, M. (2017). Tratamiento procesal de la información obtenida en procedimientos de colaboración. Su eficacia para la adopción de decisiones judiciales interlocutorias en el proceso penal. En *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba* (pp. 143-176). Ideas Solución Editorial S.A.C.

Lescano Feria, P. y Gonzales Pérez de Castro, M. (2017). Fundamentos del daño en casos de corrupción. En *La reparación civil en el caso Odebrecht. Primera estimación del monto que la empresa debe pagar por los daños al Perú* (pp. 101-123). Procuraduría Pública Ad Hoc para el Caso Odebrecht.

Mulas-Granados, C. (2011). Los indicadores de corrupción en Iberoamérica. En *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica* (pp. 105-129). Fondo de Cultura Económica.


ONU, Asamblea General. (2001, 8 de enero). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: resolución aprobada por la Asamblea General. A/RES/55/25.*

Procuraduría Pública Ad Hoc para el Caso Odebrecht y otras – PPAH. (2021). *Informe de gestión y resultados 2017-2020.*

Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00016-2019-PI-TC del 3 de diciembre de 2020.

Simon, J.-M. (2017). Gran corrupción y vulneración de derechos. Conceptos generales. En *La reparación civil en el caso Odebrecht. Primera estimación del monto que la empresa debe pagar por los daños al Perú* (pp. 7-23). Procuraduría Pública Ad Hoc para el Caso Odebrecht.

BANDA CRIMINAL Y PROCESO INMEDIATO: ALGUNOS APUNTES PARA EL TRATAMIENTO DE ESTE FENÓMENO DELICTIVO



JUAN CARLOS PORTOCARRERO ZAMORA
PROCURADOR PÚBLICO DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y
FISCALIZACIÓN AMBIENTAL (OEFA)

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas de contenido penal que se ha visto incrementado en los últimos años en el Perú es el de los delitos cometidos por dos o más personas que han conformado organizaciones delictivas dedicadas a distintos delitos y que, más allá del resultado de su proceder ilícito, han pasado de la complicidad a constituir auténticas organizaciones criminales que se han ido orientando al marcaje, reglaje, robo, extorsión o secuestro. Esta forma de delincuencia viene afectando la seguridad ciudadana, no obstante, las iniciativas impulsadas en lo operacional y en lo normativo.

Es así que el legislador nacional planteó el año 2016 una modificación al Código Penal —hay que decirlo, no exenta de cuestionamientos— mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1244 que afectó el tipo penal de asociación ilícita para delinquir, modificando la figura de asociación ilícita para delinquir e incorporando la organización criminal como delito contra la tranquilidad pública y la figura de la banda criminal.

A pesar de los cuestionamientos, a nuestro entender la modificatoria refleja la necesidad de un cambio de dirección en el tratamiento de este fenómeno delictivo, más aún si los delitos cometidos por organizaciones delictivas, como la banda criminal descrita en el artículo 317-B, han hecho que la ciudadanía, hoy por hoy, viva con tanta inseguridad que dicho delito ha pasado a ser en la manifestación de la vida social una conducta que tiene el mismo nivel de rechazo, si cabe, que la corrupción funcional; exigiéndose al Estado una presencia más eficiente y activa para hacerle frente.

Asistimos así a un nuevo escenario en la lucha contra las organizaciones criminales; pasamos del enfoque conceptual de organización criminal del artículo 2 de la Ley 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, a la tipología incorporada en la norma sustantiva con la modificación del artículo 317 y la incorporación del artículo 317-B (“banda criminal”), figura complementaria del tipo penal de organización criminal incorporado con el nuevo artículo 317 del Código Penal.

Ahora bien: esta forma de delincuencia nos obliga a establecer mecanismos procesales idóneos para hacerle frente, y es allí donde entendemos que el proceso inmediato, al ser un proceso abreviado por la evidencia que el Ministerio Público llega a consolidar en un estadio temprano, puede ser una herramienta eficiente en la lucha contra el fenómeno de las bandas criminales. En ese escenario, este artículo pretende poner a la consideración del lector una iniciativa académica, una justa curiosidad, con el fin de animar un debate que parte por entender que a partir del trabajo conjunto de los operadores de justicia manejando el mismo concepto sobre las bandas criminales, se les pueda hacer frente con la herramienta procesal propuesta.

2. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA BANDA CRIMINAL Y LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES COMO SUSTENTO DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO PARA HACER FRENTE A SU ACCIONAR DELICTIVO

En julio del año 2014 entró en vigor la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado; una norma de contenido procesal, en cuyo artículo 2 se desarrolla el concepto de organización criminal; siendo el tipo penal existente más cercano a dicho concepto el de asociación ilícita para delinquir.

Durante su vigencia, dicho tipo penal sancionaba a la conjunción de voluntades de dos o más personas que se unían para realizar un delito, con una estructura que permanecía en el tiempo y que para muchos era el adelantamiento del ámbito de punición a los actos preparatorios. La doctrina y la jurisprudencia le fueron dando forma y consolidando el discurso del delito de peligro, considerando a la organización criminal como agravante para otros delitos; con el tiempo se convirtió en una herramienta útil frente al aumento de la delincuencia de rasgos complejos en cuanto a su estructura, como la corrupción de funcionarios, el lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas, listado que se fue agrandando conforme su constatación fáctica junto a otros delitos se consumaba desde dicha estructura, como la minería ilegal, el sicariato, la ciberdelincuencia, la trata de personas, entre otros. Pues bien: dicha estructura sirvió de base para que, entrando en vigor la Ley contra el Crimen Organizado, las conductas que se encontraban dentro del concepto desarrollado por el artículo 2 de la Ley N.º 30077, Ley de contenido sustancialmente procesal, se reconduzca desde la asociación ilícita para delinquir.

Es así que el 27 de octubre de 2016 se promulga el Decreto Legislativo N.º 1244, que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas. Allí no solo se adecúa el artículo 317

del Código Penal —asociación ilícita para delinquir— al concepto desarrollado en la Ley N.º 30077 de organización criminal, sino que también se incorpora el artículo 317-B (banda criminal) como una estructura menos compleja a la del nuevo artículo 317; con ello, a nuestro entender, el legislador nacional llena un vacío existente entre las organizaciones delictivas, situación que impulsó un interesante debate académico que fue sentando las bases del Acuerdo Plenario N.º 08-2019/CIJ-116, en el cual, a nuestro modesto entender, no solo se resalta la importancia y la necesidad de su incorporación a la normatividad penal sino que se establecen además los parámetros de la misma como una estructura corporativa de menor complejidad que la de la organización criminal, propio de una delincuencia urbana.

En definitiva, se puede decir que existen dos tipos de organizaciones criminales: (i) las conformadas por más de tres personas, que tienen un carácter estable y permanente en el tiempo; y, (ii) las conformadas por dos o más denominadas bandas criminales y que además ostentan una estructura menos compleja. Si bien es cierto ambas en lo operativo podrían compartir voluntad delictiva y afectación al mismo bien jurídico, cada una tiene vida propia. Esta situación obliga, como ya anotamos, a impulsar desde el Estado alternativas que sean efectivas para hacerle frente y que involucren una mayor inmediatez por parte de los operadores del sistema penal. Es decir, para el suscrito, cualquier planteamiento en defensa de los intereses que se pueden ver amenazados por la actuación de las bandas criminales deberá contemplar, como lo acota el Acuerdo Plenario, que estamos frente a una delincuencia de despojo y de menor complejidad en su investigación frente a una delincuencia más estructurada.

Complementariamente, una diferencia realmente sustancial es que, en la banda criminal, a diferencia de la organización criminal, la determinación por el accionar delictivo la encontramos directamente vinculada a los integrantes de la misma, debido a que son ellos quienes

tienen la determinación delictiva y la capacidad de desarrollar los actos propios para producir el resultado. En ese sentido, la vinculación entre sus integrantes es importante para su estructura, lo cual, al ser una característica muy propia de este tipo de organización, también es una de las razones por las que su vigencia en algunos casos suele ser breve y puede dar origen a otra organización de las mismas características o quizás mutar a una de mayor envergadura.

En síntesis, es entendible que en el caso de una organización criminal compleja orientada al tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, lavado de activos, ciberdelincuencia, trata de personas, tráfico de migrantes, pornografía infantil, corrupción, entre otros delitos, se requiera de una investigación que importe una necesaria complejidad, pero la incorporación de las bandas en el catálogo de delitos nos permite plantearnos que dicha reforma tiene que ser complementada también con una visión distinta desde lo procesal, desde los niveles más tempranos de actuación, donde todos nos involucremos en la búsqueda de la solución de este fenómeno. Las interesantes iniciativas de “Barrio Seguro” o vecindario, en donde la sociedad civil y la Policía trabajan de la mano, tienen que complementarse, a nuestro entender, con la revisión de las herramientas procesales que a lo largo de los últimos años se han impulsado y han desarrollado planes de acción desde una política nacional de lucha contra las organizaciones criminales y, específicamente, contra las bandas criminales.

3. PROCESO INMEDIATO Y BANDA CRIMINAL

Planteada la problemática que genera en la sociedad el incremento de las bandas en los últimos años, la sensación de inseguridad que se tiene a nivel nacional frente a los delitos asociados a ellas, como el robo, los secuestros y los homicidios por encargo, obliga, como hemos acotado, a los operadores de justicia a plantear alternativas para hacer frente a este problema.

Si bien es cierto el proceso inmediato no puede aplicarse a investigaciones complejas, si tomamos como punto de partida el hecho de que la estructura de la banda criminal no es compleja como la de la organización criminal del artículo 317, nuestro entender cobraría importancia, teniendo en consideración que esta delincuencia, justamente por sus características, actúa con rapidez y sobre objetos específicos, lo que hace que la actividad probatoria, y en especial el tratamiento de la prueba, tenga que ser visto desde un instrumento procesal que favorezca el dinamismo en su actuación; pero también en donde se trabaje de forma conjunta y coordinada entre los distintos niveles de investigación y juzgamiento.

El proceso inmediato, al aplicarse en casos no complejos y en flagrancia, facilitaría la investigación de la Policía Nacional al intervenir un hecho ilícito en flagrancia cometido por dos personas, y contar con elementos probatorios que favorezcan la identificación de los autores. Facilitaría también el proceso y la respuesta penal, lo que, estimamos, podría contribuir a la seguridad ciudadana.

Ahora bien: el proceso inmediato como proceso especial favorece la celeridad frente a la formalidad de investigación y la etapa intermedia para llegar de una forma simplificada al juzgamiento en un menor tiempo, sin prescindir de las garantías procesales y, obviamente, cautelando la presunción de inocencia. Esto permitiría a la Fiscalía impulsar la acusación ante la evidencia tangible de la comisión del hecho delictivo y la responsabilidad de los imputados; ello es así debido a que el proceso está orientado no al delito en sí, sino a la evidencia de su configuración y, sobre todo, a la atribución de este a las personas que señalan las evidencias.

Es en ese orden de ideas que se hace necesario verificar algunos presupuestos para incoar esta herramienta procesal; por ejemplo, si el hecho se ha realizado en flagrancia delictiva, si los intervenidos

confiesan la comisión del hecho delictivo, el adecuado acopio del elemento de convicción que vincule a los autores con el hecho delictivo. Estos presupuestos contribuyen, como anotamos, al impulso del proceso inmediato y hacen que los operadores del sistema de justicia, que desarrollan un rol importante y fundamental, actúen de forma coordinada desde el momento en que toman conocimiento del delito, hasta la determinación de responsabilidad de quienes participan en él.

El proceso inmediato regularmente se mide desde la idea de la celeridad procesal; no obstante, ello, estimamos que, para poder desarrollar otras potencialidades, se debe proyectar un trabajo coordinado de los operadores de justicia, que deben conjugar esfuerzos frente al objetivo de la seguridad y la tranquilidad pública. Frente a ello, tenemos que entender que cualquier política pública, sobre todo aquellas referidas a la política criminal que el Estado debe impulsar, pasa por el hecho de que los sectores involucrados en los niveles de prevención y de reacción frente al delito tengan una idea clara de la respuesta frente al delito, un mismo objetivo, manejando los mismos conceptos y desarrollando un trabajo conjunto con la sociedad civil, todos dentro de la misma lógica, en el marco del Plan Nacional de la Ley N.º 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en el que el análisis debe partir desde el hecho de que el delito de banda criminal es un delito de peligro que se consuma con la sola pertenencia a la organización constituida por dos o más personas, hecho que debe ser materia de verificación independientemente del delito objetivo final de la propia banda.

El proceso penal se inicia con indicios de sospecha y con la finalidad de buscar la verdad sobre una controversia social, de contenido penal. Es en sus formalidades donde se determina la responsabilidad o no de quien se encuentre sometido a él, en el marco del debido proceso y haciendo prevalecer ante todo un trato digno. En tal sentido, respecto

al proceso inmediato ante la evidencia acumulada, la confesión de parte y la detención en flagrancia se podría suprimir la investigación preparatoria, así como la etapa intermedia, siempre y cuando medie la aprobación del juez de la investigación preparatoria. En pocas palabras, se pasa de una etapa inicial de investigación preparatoria a la fase de juzgamiento, previo control judicial. Por lo tanto, la virtud de dicho proceso no solo es el logro de la verdad sino también el esclarecimiento del hecho y la sanción inmediata del responsable, siempre que la evidencia sea suficiente a criterio del operador jurisdiccional y que este apruebe su incoación.

Finalmente, los delitos atribuidos a las organizaciones criminales se vienen incrementando de una manera alarmante en nuestro país. Las políticas públicas para hacer frente a este problema, como hemos adelantado, no han sido del todo efectivas, y ello ha incrementado la inseguridad en la población. Se reclama mayor y mejor presencia del Estado, y esta presencia debe estar sustentada en un análisis del fenómeno delictivo desde el conocimiento de todas sus modalidades y a partir de que los operadores del sistema de justicia tengan una misma idea sobre el mismo fenómeno. Actuar en función de los mecanismos procesales vigentes, respetando las garantías constitucionales y el debido proceso, pero siempre intentando que la respuesta que se dé sea el resultado de un trabajo sostenido desde una razonada Política Nacional y desarrollando planes de acción a corto, mediano y largo plazo, involucrando a los distintos sectores en la respuesta a este tipo de delincuencia.

REFERENCIAS

- Nieva Fenoll, J. (2012). Fundamentos de derecho penal. EdisIsofer SL Libros Jurídicos.
- Prado Saldarriaga, V. (2013). Criminalidad y lavado de activos. IDEMSA.
- Sánchez Velarde, P. (2009). El nuevo proceso penal. IDEMSA.

- Sánchez Velarde, P. (2020). El proceso penal. Editorial Iutitia.
- Sanz Mulas, N. (2011). Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. Justicia N.º 20.
- Sanz Mulas, N. (2014). Diversidad cultural y política criminal. En Revista Electrónica de Derecho Penal N.º 16/11.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2011). Política criminal y prevención de delitos: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo. Revista Electrónica del Centro de Estudios de Derecho Penitenciario USMP N.º 1.

DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN COMETIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES



JAVIER ALONSO PACHECO PALACIOS
PROCURADOR PÚBLICO (E) ESPECIALIZADO EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas menos analizados de la responsabilidad civil en los procesos penales es la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción cometidos por organizaciones criminales, por lo que en este trabajo, se propone como un aporte criterios que servirán para dicha reparación civil, tomando como base algunos criterios de la jurisprudencia que se ha ido estableciendo por nuestra Corte Suprema de Justicia, por lo que los que aquí se postulan complementarán la motivación de los jueces al momento de determinar el monto de la reparación civil de forma objetiva, erradicando cualquier subjetividad.

Según el Decreto Legislativo N.° 1326, la defensa jurídica de los intereses del Estado en los ámbitos del gobierno nacional, regional y local en los procesos jurisdiccionales y procedimientos administrativos está a cargo de los procuradores públicos. En ese sentido, la norma antes citada reestructuró el Sistema Administrativo

de Defensa Jurídica del Estado y se creó la Procuraduría General del Estado, que viene a ser el ente rector y tiene como objetivo mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de los procuradores públicos en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado.¹

En cuanto a la especialidad de las procuradurías, el artículo 25 del citado decreto legislativo establece que se ejerce a través de los procuradores públicos especializados de una manera transversal y exclusiva de los intereses del Estado a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria, siendo uno de ellos la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (artículo 25 del Decreto Legislativo N.° 1326), que tiene competencia ante las instancias jurisdiccionales y no jurisdiccionales, esto es, en las investigaciones y procesos relacionados con los delitos de corrupción de funcionarios, en sus distintas modalidades, que se encuentran ubicados en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del libro Segundo del Código Penal,² bajo el nombre de delitos cometidos por funcionarios públicos (artículos 382 al 401) (Enco, 2020, p. 53).

A partir de este marco competencial, en tanto el Estado sea el principal perjudicado en los casos de corrupción y esté debidamente constituido como actor civil en los procesos penales, conforme al artículo 98 del Código Procesal Penal le corresponde al procurador público especializado en delitos de corrupción reclamar la reparación civil a favor del Estado, quien fue perjudicado por esta clase de delitos.

1 Decreto Legislativo N.° 1326, publicado en el diario *El Peruano* el 5 de enero de 2017.

2 Artículo 46 del Decreto Legislativo N.° 018-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1326.

En esa línea de pensamiento, la finalidad de la defensa jurídica del Estado, como ente titular de derechos, está orientada en los procesos penales al cobro de la reparación civil generada por los delitos de corrupción, teniendo en claro los elementos de la responsabilidad civil.

2. CORRUPCIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

Se ha afirmado con cierta contundencia que el fenómeno de la corrupción se caracteriza por el abuso de poder en beneficio privado (Transparencia Internacional, 2018). De este modo, con relación a la gestión pública se le ha definido como la venta de propiedad pública por parte de los funcionarios para obtener ganancias personales (Shleifer y Vishny, 1993), y que eso a la vez ocasiona un menoscabo a los fondos públicos. Además, el fenómeno de la corrupción se ha elevado a una categoría de problema grave.

En efecto, es visible que en la realidad actual del Perú los fenómenos de la corrupción y el crimen organizado se vienen relacionando cada vez más estrechamente, razón por la cual desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción nos encontramos analizando más incisivamente esta relación: Advertimos, así, que el accionar de las organizaciones criminales se viene enquistando en los gobiernos regionales y locales, lo que se aprecia en la cada vez mayor relación entre políticos, funcionarios públicos, particulares, jueces y fiscales, de tal manera que su estructura delictiva comienza a tener una cohesión sostenida con el fin de no ser investigados, procesados y, finalmente, sentenciados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 26).

Ahora bien: como ha apuntado Prado Saldarriaga (2016, p. 71), el contar hoy con una Ley Especial contra la Criminalidad Organizada es una constante en toda estrategia nacional contra la presencia

activa de estructuras criminales. En ese sentido, el artículo 2 de la Ley N.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado para el Perú, define y establece los criterios para determinar la existencia de una organización criminal, lo que implica a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, con carácter estable o por tiempo indefinido (artículo 2 de la Ley N.° 30077 o Ley contra el Crimen Organizado, promulgada el 26 de julio de 2013).

La criminalidad organizada es pues un sistema social en el que sus elementos se encuentran funcionalmente organizados para obtener fines delictivos, teniendo una dimensión institucional que hace de ella no solo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la suma de sus partes (Recurso de Nulidad N.° 828-2007-Lima, caso Cartel de Tijuana).

En ese contexto, en nuestro país se han venido dando en los últimos años diversos casos de corrupción y lavado de activos que vendrían operando a través de organizaciones criminales. Dos ejemplos de gran impacto a nivel del gobierno regional son el caso de “La Centralita”, que tuvo como cabecilla al exgobernador regional de Áncash, César Álvarez, que estaría integrada por más de 60 personas entre servidores públicos y empresarios, además de sicarios, entre otros (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 26); y el caso del exgobernador de Cajamarca, Gregorio Santos, quien habría determinado el rol de sus miembros de su red desde la administración pública. Mientras que, a nivel de gobiernos locales, tenemos como ejemplos los distritos de Villa María del Triunfo, La Victoria, Santa Rosa y San Bartolo, así como el Municipio Provincial de Chiclayo, que habrían venido operando en el uso de estructuras organizadas con el fin de operar bajo un sistema de corrupción (Insight Crime, s.f.).

3. DETERMINACIÓN DEL DAÑO Y LA REPARACIÓN CIVIL

Como ya hemos señalado, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción tiene como objetivo central el cobro de las reparaciones civiles en los procesos penales en los que el Estado está constituido como parte civil (Mujica et al., 2012, p. 218). Su misión fundamental se ve afectada, entre otros problemas, por la carga de los casos de pequeña corrupción, que van en aumento, a lo que se suma no contar con criterios unificados y estables para la determinación del daño de naturaleza no patrimonial causado al Estado en los casos de los delitos de corrupción cometidos por organizaciones criminales.

En este aspecto, es fundamental entender que actualmente nos enfrentamos a un nuevo fenómeno: los delitos de corrupción cometidos por organizaciones criminales. Por lo tanto, considerando que es deber de los procuradores defender los intereses del Estado (Enco, 2020, p. 291), resulta indubitable que se requieren nuevas estrategias en la lucha contra este nuevo fenómeno, como determinar el monto de la reparación civil por los daños extrapatrimoniales causados al Estado.

Para ello se debe tener en cuenta que es común que en los procesos por los delitos de corrupción en los que el Estado participa como actor civil se solicite un monto de dinero sin previamente identificar cada uno de los daños causados por estos delitos, que pueden ser de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. En cuanto a los daños patrimoniales, consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica que se expresa en la disminución de la esfera patrimonial del Estado, en el no incremento del patrimonio o en la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por este; mientras que los daños no patrimoniales están circunscritos a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales —no patrimoniales—, tanto de

las personas naturales como de las personas jurídicas (Acuerdo Plenario N.° 06-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, fundamento jurídico 8).

De este modo, nuestra Corte Suprema deja sentada su posición al considerar que las personas jurídicas, como el Estado, tienen legitimidad para exigir reparación civil por la afectación a sus intereses de naturaleza económica y no económica, por lo que corresponde al actor civil debidamente constituido determinarlo y cuantificarlo (Enco, 2020, p. 294).

En los delitos de corrupción de funcionarios se vulneran bienes jurídicos referidos a la correcta administración pública (Enco, 2020, p. 290). De este modo, el daño se traduce en las consecuencias negativas derivadas de la lesión de los bienes jurídicos, por lo que ese interés lesionado y las consecuencias negativas de la lesión se vinculan entre sí, pero son “autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza” (Ferri, 1985, p. 148). De esta manera, de una lesión económica pueden resultar consecuencias no económicas, y viceversa (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 31), razón por la cual los daños provocados por los delitos de corrupción son de naturaleza contractual o extracontractual, prevaleciendo siempre esta última.

En ese sentido, el fundamento de la responsabilidad civil, como bien refiere el profesor Montoya Vivanco, es la existencia de un daño civil de carácter extracontractual (Montoya, 2015, p. 86), lo que nos lleva a concluir que cuando se comete un delito de corrupción además de un daño patrimonial en agravio del Estado, también se genera un daño extrapatrimonial. Entonces, aun cuando el delito de corrupción fuera uno de peligro abstracto, puede existir un daño que comprende un perjuicio institucional o social por el impacto que produce la comisión de los delitos vinculados a actos de corrupción. Se produce

de este modo un resquebrajamiento de la identidad institucional del Estado frente a la misma sociedad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 41), que tiene como consecuencia la pérdida de confianza de sus ciudadanos que se incrementa cuando son cometidas por organizaciones criminales que se enquistan en el propio Estado.

Así mismo, se debe tener en cuenta la posición tomada por la Corte Suprema al señalar que la responsabilidad civil por los daños derivados del delito se determina por criterios de imputación completamente distintos a los de la responsabilidad penal (Casación N.º 997-2019-Lambayeque, del 7 de abril de 2021). En ese contexto legal, se debe llevar a cabo un análisis autónomo de la responsabilidad civil por los daños derivados de la comisión de los delitos de corrupción (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 36). En ese sentido, se ha afirmado que la responsabilidad penal es una responsabilidad por el hecho, mientras que la responsabilidad civil se rige por el daño causado; de ahí que la sanción penal tenga un carácter público, mientras en la sanción civil el interés radica en el particular y en su libertad de disponer y ejercer sus derechos (Casación N.º 997-2019-Lambayeque. Ponente: César San Martín Castro. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República).

En definitiva, en el marco de los delitos de corrupción, se tiene muy poca jurisprudencia sobre casos relacionados con las actividades delictivas de corrupción y criminalidad organizada en gobiernos regionales y locales, en la que se han dado diversas afectaciones en el ámbito de la administración, causando daños patrimoniales y extrapatrimoniales a ser indemnizados; sin embargo, aún existen demasiados retos que afrontar sobre esta modalidad de corrupción cometidos por organizaciones criminales. Ciertamente, el desarrollo jurisprudencial ha tenido avances positivos, como es el caso de

“la Centralita”, pero estos han tratado más el aspecto penal que el civil, por lo que en este trabajo vamos a proponer algunos criterios distintos.

4. CRITERIOS QUE PROPONEMOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL POR DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN COMETIDOS POR ORGANIZACIONES CRIMINALES

Entonces, como queda dicho, la responsabilidad civil es fuente de las obligaciones que puedan derivar de un acto ilícito, causante de un daño. Cuando esta tenga como fundamentación la infracción del genérico deber de no causar daño a nadie e, infringiendo este deber, se haya invadido la esfera del interés ajeno protegido por el Derecho, estamos ante la llamada responsabilidad extracontractual (Gálvez, 2016, p. 164).

A partir de lo señalado, en los delitos de corrupción la responsabilidad civil constituida por la obligación resarcitoria proveniente del delito se da con la lesión de bienes jurídicos más la determinación y evaluación de los daños producidos en concreto. Esto se traduce en un ilícito civil que claramente lesiona el derecho a la identidad y, en específico, a la institucionalidad del Estado (Gálvez, 2016, p. 24). Además, no todos los casos de responsabilidad civil derivados de los hechos de corrupción constituyen a la vez delito; así, en la responsabilidad extracontractual, si bien son delitos casi la totalidad de los supuestos dolosos, gran parte de los casos culposos no lo son (Gálvez, 2016, p. 61).

En los delitos de corrupción en los que se afecta el patrimonio del Estado también se afectan otros bienes o intereses de relevancia constitucional. En ese aspecto, concurre de manera simultánea el daño contractual y extracontractual como el daño moral al Estado,

que tiene un contenido inmaterial como el honor objetivo (reputación) (Espinoza, 2004, pp. 298-299),³ que a su vez produce una pérdida de confianza por parte de los ciudadanos respecto a la correcta administración pública.

Como hemos advertido respecto al daño extracontractual, si bien no existe una fórmula para determinar el monto resarcitorio, aquello no debe ser obstáculo para que sea reconocido y se fije una suma resarcitoria con base en los principios de equidad y proporcionalidad. Además, como ya hemos adelantado, es en esta clase de daños que propongo algunos criterios que van a permitir determinar el impacto y alcance de los daños extracontractuales y, en consecuencia, determinar un adecuado monto resarcitorio.

En ese sentido, para poder determinar el monto resarcitorio en los casos de corrupción cometidos mediante organizaciones criminales, proponemos los siguientes criterios:

- a. **Gravedad del acto ilícito:** que implica la naturaleza de los bienes e intereses jurídicos afectados, así como los deberes infringidos por los funcionarios públicos, que, cuanto máspreciados sean, mayor será el monto indemnizatorio. Este criterio tendrá mayor relevancia cuando es cometido por la constitución de una organización criminal.
- b. **Forma de la comisión:** este criterio está vinculado con la manera del hecho delictivo empleado, como es la comisión de delitos de corrupción mediante una organización criminal.

3 “(...) objetivo (cuando el juicio de valor lo hace la colectividad), conocido también con el nombre de reputación”.

- c. **Ventaja obtenida por los sujetos responsables en una organización criminal:** este criterio hace referencia al grado de ventaja conseguida por el funcionario responsable al momento de perpetrar el hecho ilícito mediante la constitución de una organización criminal. Por lo que, de manera preventiva, para evitar que se repitan las conductas delictivas, se debe incrementar el monto indemnizatorio de acuerdo con el provecho ilícito obtenido por el funcionario responsable en un contexto de una organización criminal al doble del beneficio obtenido.
- d. **Jerarquía del funcionario en el Estado y que, además, es parte de una organización criminal:** con este criterio se determina la gravedad de la comisión del acto ilícito en razón de la jerarquía que tiene el funcionario en el aparato administrativo estatal; por cuanto el acto ilícito aumenta de manera directa con relación al grado de la jerarquía del funcionario y esta situación se agrava por pertenecer a una organización criminal, este incremento debe ser el doble del daño generado, sea patrimonial y/o extrapatrimonial por su condición.
- e. **La competencia de representación del sujeto responsable:** criterio que tiene conexión con el anterior, con el que se complementa, ya que se tiene en cuenta la especial posición del funcionario al representar al Estado, como es el caso de un ministro de Estado o gobernador regional frente a los ciudadanos y que este pertenecería a una organización criminal.
- f. **Naturaleza social y rol funcional del aparato administrativo estatal perjudicado:** así mismo, se complementa con los dos criterios anteriores, ya que se debe identificar la función

pública de la entidad estatal al interior de la cual se cometió el acto ilícito (Casación N.° 189-2019-Lima Norte, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, p 19). Con respecto a ello, es mayor la reprochabilidad por que se cometan actos ilícitos mediante organizaciones en gobiernos regionales o ministerios que en una municipalidad distrital.

- g. Difusión e impacto de los ciudadanos por el ilícito:** es necesario tener en cuenta el impacto mediático que ocasiona a los ciudadanos cuando se comete un delito de corrupción en concurso con uno de organización criminal. En ese sentido, la cuantía del resarcimiento también debe atender la magnitud de la difusión o conocimiento mediático de los hechos de corrupción en una estructura de organización criminal típica, pues tal información noticiosa genera un rompimiento o resquebrajamiento de la confianza que tiene la sociedad en el aparato estatal, lesionándose gravemente la identidad institucional del Estado; cuanto más se difunde la comisión de un delito de corrupción en concurso o en el contexto de una organización criminal, mayor es el incremento de esa percepción negativa que tienen los ciudadanos frente al Estado (Casación N.° 189-2019-Lima Norte, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, p. 41).

5. CONCLUSIONES

Imponer sanciones económicas ejemplares a los funcionarios públicos y particulares que cometen delitos de corrupción mediante organizaciones criminales que están enquistadas en gobiernos regionales y locales sería una forma de combatir a la corrupción. Frente a ello, el procedimiento civil frente al penal tiene sus ventajas,

pues permite tener un éxito asegurado, pero para ello se tiene que contar con herramientas para justificar nuestra pretensión civil.

Así, frente a este combate a la corrupción, hemos propuesto una serie de criterios que ayudarán al Ministerio Público, como al actor civil y en especial al juzgador, a establecer de forma motivada y objetiva un adecuado monto de la reparación civil por este tipo de daños extrapatrimoniales que se causa al Estado, esto es, por la comisión de delitos de corrupción mediante la criminalidad organizada.

REFERENCIAS

- Battista Ferri, G. (1985). *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*. En F. Busnelli y G. Scalfi, *Le pene private* (pp. 141-156). Giuffré.
- Enco Tirado, A. (2020). *Los delitos de corrupción en el Perú. Un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción*. 1.ª edición. Jurídica Gaceta S.A.
- Espinoza Espinoza, J. (2004). *Derecho de las personas*. 4.ª edición. Gaceta Jurídica.
- Gálvez Villegas, T. A. (2016). *La reparación civil en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. 3.ª edición. Instituto Pacífico.
- Insight Crime. (2014). *Cómo se cruzan el crimen organizado y la corrupción en Latinoamérica*. <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/crimen-organizado-corrupcion-latinoamerica/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (2018a). *La corrupción en los gobiernos regionales y locales*. En *Informe temático de la Unidad de Análisis de Información de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. 1.ª edición.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (2018b). *Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los*

delitos de corrupción. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.
1.ª edición.

Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública.* Idehpucp.

Mujica, J., Quinteros, V., Castillo, R. y Chávez, C. (2012). La Procuraduría Anticorrupción en perspectiva crítica: reparaciones civiles / investigación / sistema de información. En *El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las Procuradurías Anticorrupción* (pp. 198-221). 1.ª edición.


Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Criminalidad organizada. Parte especial.* 1.ª edición. Instituto Pacífico.

Roque Ventura, W. (2019). *La reparación civil en el delito de organización criminal. Estudio jurisprudencial y propuesta de criterios a partir de la concepción de los delitos de peligro abstracto.* Editoriales del Centro.

Shleifer, A. y Vishny, R. (1993). Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*, 108, N.º 3.

Transparencia Internacional. (TI, 2018). *Anti-glosary anticorruption.*
<https://www.transparency.org/es/press/p3>

ESTRATEGIAS Y MECANISMOS NECESARIOS EN LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA¹



PEDRO MIGUEL GALICIA PIMENTEL
PROCURADOR PÚBLICO DEL GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO

1. INTRODUCCIÓN

Como vemos en las noticias todos los días, la criminalidad organizada ha penetrado los más altos estamentos de la administración pública. Son más de 10 regiones a nivel nacional las que presentan altos índices de criminalidad organizada, según el informe PUCP-IDEA de Ojo Público (s.f.) del mapa de riesgo de la criminalidad organizada. Eso nos lleva a la premisa de que el avance de la criminalidad organizada a nivel nacional es preocupante; sin embargo, ahí no acaba el asunto: la criminalidad organizada ha puesto sus ojos la mayor parte de las veces en las entidades de esas regiones.

Ante todo, planteamos como premisa que la política criminal del Gobierno no es eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada,

¹ Documento elaborado por el Área Penal de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cusco, compuesta por el Procurador Público del Gobierno Regional de Cusco, abogado Pedro Miguel Galicia Pimentel; el responsable del Área Penal de la Procuraduría, abogado Joaquín Pacheco Cueva, y la abogada Amanda Ramos Puma, integrantes del Área Penal.

y las leyes no son lo suficientemente efectivas para frenar el avance de esta nueva forma delictiva.

Finalmente, las instituciones públicas encargadas de actuar contra el crimen organizado (Ministerio Público, Poder Judicial y procuradurías), ¿cuentan acaso con mecanismos eficaces y efectivos para combatir este delito? Y aquí nos referimos específicamente a las procuradurías públicas en todos sus niveles.²

2. ANTECEDENTES LEGALES Y NORMATIVOS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La criminalidad organizada está muy relacionada con la corrupción y nace ante la necesidad de ocultar la procedencia ilegal de los activos generados por la corrupción, así como del uso de estructuras organizadas para introducirse en el sector público y político con el fin de operar bajo un sistema de corrupción.

-
- 2 Artículo 25.- Procuradurías Públicas que conforman el Sistema
Las Procuradurías Públicas que conforman el Sistema son las siguientes:
1. Nacionales: aquellas que ejercen la defensa jurídica de las entidades que forman parte del Gobierno Nacional. Se encuentran comprendidas las siguientes:
 - a) Procuradurías Públicas de los Poderes del Estado.
 - b) Procuradurías Públicas de Organismos Constitucionales Autónomos.
 2. Regionales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de los Gobiernos Regionales. Se encuentran comprendidas las Procuradurías Públicas de los Gobiernos Regionales.
 3. Municipales: son aquellas que ejercen la defensa jurídica de las municipalidades. Se encuentran comprendidas:
 - a) Procuraduría Pública de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
 - b) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Provinciales.
 - c) Procuradurías Públicas de las Municipalidades Distritales.
 4. Especializadas: son aquellas que ejercen una defensa jurídica transversal y exclusiva de los intereses del Estado a nivel nacional o internacional.

2.1. Antecedentes internacionales

Ante este crecimiento de la criminalidad organizada, cada vez mejor estructurada y con mejores ideas para dañar a la sociedad, la comunidad internacional y los Estados propiamente diseñaron y formularon planes y estrategias para controlar su avance. Un ejemplo de ello es la que se dio en la Convención de Palermo en el año 2000, cuando se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, que promovió programas de acción contra del crimen organizado transnacional, instrumento internacional para que los países miembros se sientan obligados a hacerlo parte de su legislación. Este documento representa el ordenamiento internacional específico relativo a la delincuencia organizada transnacional.

2.2. Antecedentes en el Perú

El principal antecedente legal en el combate contra la organización criminal en el Perú es el Código Penal de 1991, donde nace la denominación de asociación ilícita. El artículo 317 señalaba que:

El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Este artículo fue modificado por la Ley N.° 28355, de fecha 6 de noviembre de 2004, cuyo artículo 317 decía: “(...) 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”.

Finalmente, este artículo fue modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077, de fecha 20 agosto 2013, que regulaba el artículo 317, asociación ilícita, de la siguiente manera: “(...) El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...)”.

3. CRIMEN ORGANIZADO EN EL PERÚ

En la actualidad, este fenómeno delictivo es una gran amenaza para la sociedad, al punto que ha sido calificado como uno de los flagelos más graves que azota a la gran mayoría de países, entre ellos el nuestro.

El 30 de agosto de 2013 se publicó la Ley N.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, que define al crimen organizado como un fenómeno social, estableciendo presupuestos para su configuración, incorporando las recomendaciones a la que se llegó en la Convención de Palermo, y estableciendo una lista de delitos considerados como crimen organizado. El objetivo de esta ley es perseguir determinadas conductas que con la ley penal no se pueden perseguir porque esta no cuenta con los mecanismos procesales requeridos.

El artículo 2 de esta ley define como:

(...) organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente ley (...).

Así mismo, el artículo 3 de la citada ley hace mención a una serie de delitos, entre los que se encuentran los delitos contra la administración pública (artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP; 19, delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del CP; delitos que normalmente son cometidos por funcionarios y/o servidores públicos que prestan servicios a una entidad pública.

4. PRINCIPALES CASACIONES Y ACUERDOS RESPECTO AL CRIMEN ORGANIZADO

Entre la principal jurisprudencia podemos señalar la siguiente:

- Casación N.° 02-2008-La Libertad, del 3 de junio de 2008 (fundamento 12), y 144-2012-Áncash, del 11 de julio de 2013 (fundamento 6). El plazo máximo en las investigaciones comunes y complejas no puede ser superior al límite máximo de la duración de la investigación preparatoria. El plazo máximo en una investigación a una organización criminal no debe superar los 36 meses.
- Casación N.° 599-2018-Lima, 11-10-2018, referente a las diligencias preliminares en organización criminal no mayor de

36 meses. Establece la ocurrencia de los hechos relativos a la infracción de especial gravedad. Se exige una mayor inversión de recursos personales y logísticos. Demanda un tiempo superior para investigarla, procesarla y juzgarla; así como que la disposición que dicte el fiscal debe justificar la necesidad del plazo y la razonabilidad de las diligencias ordenadas.

- Acuerdo Plenario N.° 08-2019/CIJ-116, referente a la diferencia hermenéutica entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal. Así mismo, este acuerdo plenario señala:

Crimen organizado: Conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones, así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los círculos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles, como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas).

- Acuerdo Plenario N.° 10-2019/CIJ-116, referente a la organización criminal, banda criminal y técnicas especiales de investigación.

5. DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En nuestro país, erróneamente se denominó asociación ilícita o asociación para delinquir a la organización criminal, como

aparece en el artículo 317 del Código Penal de 1991, error que posteriormente fue corregido mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1244 en 2016, donde pasó a llamarse *organización criminal*. Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional hace importantes definiciones en su artículo segundo,³ que fueron tomadas en cuenta en nuestra legislación.

5.1. Definición de organización criminal

Según el artículo 2 de la Ley N.º 30077, se define la organización criminal como:

la agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves”.

La organización criminal se encuentra motivada por el lucro y puede operar tanto en un ámbito nacional (en el territorio de un país) como transnacional (cuando actúa en más de un país). Así mismo, puede presentar una estructura vertical o una horizontal y, funcionalmente, adoptar otras formas flexibles.

3 “(...) a) Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos. Concepto abierto (...) c) Por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas. Concepto más cerrado (...)”.

5.2. Características del crimen organizado

El crimen organizado comprende características generales como:

1. Un grupo de individuos organizado para cometer delitos graves.
2. Esta organización supone una estructura, la división de roles, la jerarquización de los miembros que intervienen y la vocación de permanencia en el tiempo.
3. Controla un territorio, o un eslabón de este.
4. Penetra en los circuitos económicos formales o informales, para burlar el control estatal.
5. Introduce sus ganancias en los circuitos económicos para darles apariencia de legalidad.
6. Burla el control estatal.
7. Diversifica los delitos para aumentar su rentabilidad.
8. Paga sus impuestos.
9. Penetra en las instituciones del Estado.
10. Opera en territorio nacional o transnacional.
11. Tiene fin de lucro.
12. Su estructura es vertical u horizontal.

6. LAS CONTRATACIONES DE EMERGENCIA Y LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

El delito de crimen organizado en contrataciones públicas

Antes de ingresar al tema de fondo, se debe tomar en cuenta que el delito de crimen organizado se comete en relación con varios delitos, pero en este caso desarrollaremos este delito con incidencia en delitos de corrupción de funcionarios. En ese orden de ideas, según informa la Contraloría General de la República (2020, p. 32), el

perjuicio económico generado al Estado por hechos de corrupción a nivel nacional representa la suma de S/22 059 183 059, hecho que genera un grave perjuicio no solo al Estado, sino fundamentalmente a quienes deberían ser beneficiados con los bienes, servicios y obras que no se ejecutaron.

En nuestro país, la contratación pública para la adquisición de bienes, servicios y/o construcción de obras está regulada por la Ley N.° 30225, su respectivo reglamento y normas complementarias, todas las cuales regulan el proceso de contratación en todas las etapas, que son:

- a. Etapa de planificación.
- b. Etapa de actos preparatorios.
- c. Etapa de selección.
- d. Etapa contractual.
- e. Etapa poscontractual.

Las etapas recién mencionadas son reguladas por la norma antes indicada, que establece los pasos, pautas y demás reglas para la celebración de aquellas y en las que puede cometerse el delito de criminalidad organizada, con la finalidad de generar un perjuicio económico al Estado.

El tipo penal que sanciona el crimen organizado está regulado por el artículo 317 del Código Penal, que señala textualmente:

El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años (...).

Este tipo penal señala de forma clara y concreta cuatro conductas que serán sancionadas:

- a. **Constituir una organización criminal.** Implica dar nacimiento formal a la estructura criminal de la organización. En tal acto fundacional se define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar y las acciones inmediatas y futuras de la organización (Prado Saldarriaga, 2017, p. 153).
- b. **Organizar una organización criminal.** Comprende todo acto dirigido a diseñar y proporcionar una estructura funcional y operativa a la organización ya constituida. Quien la organiza construye el organigrama y la dota de un orden para su funcionamiento (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 153-154).
- c. **Promover una organización criminal.** Involucra la posterior realización de actos de difusión, consolidación y expansión de la ya creada organización e incluso en plena ejecución del proyecto delictivo. La persona que promueve se encuentra a cargo del proceso de planificación estratégica orientada al futuro del grupo. Buscará alianzas, así como impulsar la diversificación de las actividades ilícitas (Prado Saldarriaga, 2017, p. 154).
- d. **Integrar una organización criminal.** Comprende cualquier acto de adhesión personal y material a una estructura preexistente. De tal modo que la persona se somete a los propósitos de la organización, comprometiéndose, de manera expresa o implícita, a realizar las tareas que le sean asignadas (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 154-155).

Por otra parte, si revisamos la Ley N.º 30077, esta señala:

Artículo 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal. 1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.

Si revisamos el I Pleno Jurisdiccional del año 2017 (fundamento 17), en relación con la estructura de las organizaciones, establece textualmente lo siguiente:

- a. *Elemento personal*: esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- b. *Elemento temporal*: el carácter estable o permanente de la organización criminal.
- c. *Elemento teleológico*: corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.
- d. *Elemento funcional*: la designación o reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
- e. *Elemento estructural*: como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.
- f. La organización interna, división de roles y con la finalidad de cometer delitos en el tiempo (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 337-349).

Sin duda, estamos ante un delito grave y, a decir del Tribunal Constitucional:

Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos

bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental. (Sentencia dictada en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC Lima)

Entonces, la pregunta respecto de dicho delito es: ¿se podría cometer en un proceso de contratación pública? Por tratarse de una contratación pública compleja, se puede afirmar que sí podría cometerse este ilícito penal, y existen casos en los que, para lograr la buena pro, participan funcionarios públicos, el propio contratista e incluso los árbitros. Además, se trata de un tipo penal especial, pues requiere elementos propios para su comisión, como es el caso de estar integrado por más de dos personas, debidamente organizados con la finalidad de perpetrar ilícitos penales en el tiempo.

REFERENCIAS

Acuerdo Plenario N.° 10-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_10_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3

Acuerdo Plenario N.° 08-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_8_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c4c46100414a94e69b50bb5aa55ef1d3

Acuerdo Plenario N.° 10-2019/CIJ-116.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3/Acuerdo_Plenario_10_2019_CIJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01e49b00414ac4259d83bd5aa55ef1d3

Annan, K. (2004). Prefacio del documento Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. [http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC %20Convention/TOCebook-s.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf)
- Contraloría General de la República. (2020). Documento de política en control gubernamental: incidencia de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú 2020.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena (2004).
- Decreto Legislativo N.° 1326, Ley que Reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. Diario *El Comercio*, Lima, 11 de marzo de 2021, p. 8.
- Ley N.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.
- Metodología del Mapa de Riesgo, Indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel subnacional en Perú 2017. Documento de Investigación.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial PUCP.
- Prado Saldarriaga V. R. (2021). *Los delitos de crimen organizado*. Gaceta Jurídica.
- PUCP-IDEA. (s.f.). *Metodología del mapa de riesgo: indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel subnacional en Perú 2017*. Documento de Investigación. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccd/Documento+de+Investigaci%C3%B3n-Presencia+de+criminalidad+organizada+a+nivel+subnacional+Septiembre+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccdSentencia dictada en el Expediente N.° 0019-2005-PI/TC-Lima](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccd/Documento+de+Investigaci%C3%B3n-Presencia+de+criminalidad+organizada+a+nivel+subnacional+Septiembre+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7b9740804a990ff4a056e8d1306a5ccdSentencia+dictada+en+el+Expediente+N.+0019-2005-PI/TC-Lima).
- Vives Antón, T. S. (1996). *Comentarios al CP de 1995*. Volumen II. Tirant lo Blanch.

PERSPECTIVA INTERNACIONAL

EL AUTOLAVADO DE DINERO: ANÁLISIS COMPARADO Y CONSTITUCIONAL

ROBERTO DURRIEU

DOCTOR EN LEYES POR LA UNIVERSIDAD DE OXFORD

1. INTRODUCCIÓN

El “lavado de dinero” se puede definir como “el proceso mediante el cual activos derivados de una fuente criminal A, se transforman para aparecer como activos derivados de una fuente legal B” (D’Alessio, 2011, p. 1413). En virtud del proceso de lavado o reciclado, los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita.

Cuando el autor de un delito del cual se extraen activos (por ejemplo, robo a un banco) se encarga de “reciclar” estos activos (las ganancias derivadas de su delito), incurre en lo que se denomina “autolavado” (en inglés, *self-laundering*). Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona roba de un banco 1 millón de dólares que esconde en el sótano de su casa y luego decide someter ese dinero a un proceso de lavado de dinero, sin la colaboración o participación de terceros. Por el contrario, cuando la persona que cometió un delito determinado delega en un tercero la responsabilidad de reciclar los fondos derivados de su crimen, incurre en un “lavado de terceros” (*third-party laundering*). Esto sucede, por ejemplo, cuando quien robó un banco no confía en sus habilidades, conocimientos, ni logística

para reciclar él mismo el dinero derivado del robo, por lo que decide delegar tal responsabilidad en terceros.

El *problema jurídico* que aquí se analiza es así. A la fecha, no existe consenso entre la doctrina y el derecho comparado respecto de la necesidad y conveniencia —a la luz de las garantías fundamentales— de penalizar las operaciones de “autolavado”. La criminalización de las conductas de “autolavado” genera interrogantes sobre el respeto a principios del derecho penal y procesal penal, tales como el “derecho a no declarar contra sí mismos”, o bien “a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (*non bis in idem*), entre otras garantías que aquí se analizarán.

La divergencia planteada se ve reflejada nítidamente en el derecho penal internacional. Los tratados internacionales (*hard law instruments*)¹ indican que, si así lo exigen los principios fundamentales del derecho interno de cada Estado Parte, el delito de lavado puede *no* ser aplicable a las personas que hayan cometido el “delito previo”. Al no existir consenso sobre este aspecto, cada Estado Parte ha tenido discrecionalidad para tipificar en su fuero interno: (a) un delito de lavado de dinero que se pueda aplicar también a la(s) persona(s) que haya(n) cometido el delito previo (es decir, que penaliza el “autolavado”); o, (b) un delito de lavado que no pueda aplicar a la(s) persona(s) que cometieron el delito previo (es decir, que solo penaliza el “lavado de terceros”).

El *objeto principal* de estas líneas consiste, entonces, en analizar si el procesamiento o la condena por lavado de dinero del autor o partícipe del delito previo puede menoscabar el respeto de ciertas

1 Las normas internacionales *hard law* son las vinculantes para los países que las ratifiquen (tratados, convenciones, directivas UE); mientras que las normas *soft law* son meras recomendaciones o manuales con modelos de leyes sugeridos por agencias reconocidas internacionalmente. Para más, consultar Chinkin (2000).

garantías universales, como el derecho a no declarar contra sí mismo o la garantía del *non bis in idem*.

El debate propuesto es de gran actualidad. Numerosos especialistas en la materia, al igual que organismos multilaterales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), adjudican la baja cantidad de condenas por el delito de lavado a los países que no admiten la penalización del "autolavado".

Mi *hipótesis* sobre este tema es que la tipificación de un delito de lavado que aplique al autor de un delito previo no conculca principios del derecho penal y procesal penal. También se argumentará que los que plantean impedimentos de orden jurídico para no penalizar el autolavado confunden el concepto y efectos del proceso de lavado.

El *orden de la exposición* será el siguiente. Primero, analizo el tema desde una perspectiva global comparada (s. 2). Luego, explico los argumentos jurídicos a favor y en contra de nuestro debate (s. 3). Con posterioridad, examino cómo y por qué la no penalización del autolavado puede traducirse en casos de impunidad injustificados (s. 4).

2. UNA PERSPECTIVA GLOBAL COMPARADA

La denominada Convención de Viena,² primer instrumento internacional contra el lavado de dinero, no se refiere a este debate. Así, la primera en tratar este asunto fue la Convención de Estrasburgo,³ cuyo artículo 6, inciso 2, punto 'b', dispone que los delitos penales de lavado de dinero pueden no aplicarse a la persona

2 Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por más de 150 países a la fecha.

3 Convención del Consejo Europeo contra el lavado de activos y el embargo, seguimiento y confiscación de activos derivados del crimen. Se firmó en Strasbourg, Francia, el 8 noviembre de 1990 y entró en vigor el 1 de septiembre de 1993. A la fecha, los 47 miembros del Consejo Europeo, más Australia y Mónaco, ratificaron esta Convención.

que cometió el delito previo, si dicha tipificación es contraria a los principios del derecho nacional. En esta línea, el artículo 6, inciso 2, punto 'f', de la Convención de Palermo⁴ establece que, si así lo exigen los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, puede determinarse que la definición del delito de lavado de dinero no se aplique a la persona que cometió el delito previo. Esta misma cláusula fue incorporada en la Convención de Varsovia.⁵

Entre los instrumentos de derecho no vinculante, las versiones del 2003 y del 2012 de las 40 Recomendaciones del GAFI, así como las Disposiciones Modelo del 2009 sobre Lavado de Dinero, también apoyaron que cada país debe resolver el asunto a su manera.

Aun así, hay una recomendación internacional (instrumento de derecho no vinculante), emitida por la CICAD-OEA, que sugiere directamente la implementación de un delito de lavado que también se aplique al autor del delito previo. Específicamente, el artículo 2 (6) del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA dice que los delitos de lavado serán "investigados, enjuiciados, procesados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos *autónomos* de los demás delitos de tráfico ilícito, u otros delitos graves". Como se verá con mayor detalle en las secciones que siguen, los países que tipifican un delito de lavado de dinero que también se aplica al autor del delito previo suelen considerar al lavado de dinero como un delito autónomo, diferente del delito de encubrimiento, del delito previo y de cualquier otro ilícito penal.

4 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se firmó en Palermo, Italia, el 12 de diciembre de 2000 y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Ratificada, a la fecha, por más de 95 países.

5 Convención del Consejo Europeo contra el Blanqueo de Dinero y el seguimiento, embargo y decomiso de bienes procedentes del crimen y del financiamiento del terrorismo. Se adoptó el 16 de mayo de 2005 y entró en vigor el 1 de junio de 2008. A la fecha, más de 23 países del Consejo Europeo firmaron la Convención y más de 20 la ratificaron.

A nivel nacional, el debate puede clasificarse en *cuatro* grupos:

- a) Países como la Argentina (al menos durante el periodo 2000-2011), Austria, Alemania o Italia, que indican específicamente en la definición del delito que la persona que haya cometido el delito previo no puede ser perseguida penalmente por el lavado de los fondos obtenidos por sus propios delitos.
- b) Países en los que el tipo penal nada dice sobre el autolavado y se deja el asunto a discrecionalidad de sus altos tribunales constitucionales. Por ejemplo, en China, los tribunales resolvieron que el autor del delito previo no puede ser enjuiciado o condenado también por el lavado de los fondos que obtuvo a partir de la comisión de sus delitos. En cambio, los tribunales constitucionales de los Países Bajos confirmaron la penalización del autolavado.
- c) Países como Brasil, México, Rusia, España o el Reino Unido adoptaron un delito de lavado de dinero que se aplica explícitamente a la persona que cometió el delito previo.

3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE PENALIZAR EL AUTOLAVADO

Se suelen invocar *tres* importantes líneas argumentales, interconectados entre sí, en favor de un delito de lavado de dinero que no aplique a la persona que cometió el delito previo (es decir, contra la tipificación del autolavado).

A continuación, se explican y confrontan *in extenso* cada una de estas posiciones:

a) *Postura que promueve el “privilegio del autoencubrimiento” y del “derecho a no declarar contra sí mismo”*

Según el privilegio de autoencubrimiento o de *post factum delicti*, la persona que comete un delito del cual obtiene objetos o bienes tiene el derecho a no ser sancionada adicionalmente por una conducta posterior relacionada con el ocultamiento o la conversión de los fondos obtenidos a partir del delito que cometió. Este privilegio de autoencubrimiento se aplica, por ejemplo, cuando un homicida oculta el cuerpo de la víctima o cuando una persona asalta un banco y, luego, conserva y esconde en su propia casa el dinero robado. Otro ejemplo se relaciona con los conductores que escapan de un accidente y, más tarde, esconden el auto chocado en el garaje de su casa. En estos ejemplos, el reo no puede volver a ser condenado, de manera independiente, por el mero ocultamiento o conversión del derivado de sus crímenes, ya que eso implicaría forzar al autor a entregarse voluntariamente a las autoridades. No se puede esperar que quien cometa un delito contra la propiedad se entregue a la Policía o a las autoridades judiciales por su propia voluntad; tampoco puede esperarse que esa persona no intente ocultar, convertir o utilizar los fondos obtenidos por sus propios delitos, dándoles una forma no reconocible. Como consecuencia de este razonamiento, el ocultamiento, posesión y conservación de fondos provenientes de sus propios delitos no se interpretan como acciones propias de un delito posterior e independiente que justifique un castigo adicional.

Esta idea aparece explicada en el Informe de Evaluación Mutua de Alemania realizado por el GAFI:

148. [...] la imposibilidad de juzgar a una persona por el delito previo y por lavado de dinero al mismo tiempo

deriva de principios fundamentales del derecho interno alemán, como el principio general de inmunidad expresa frente a procesos penales en los casos en los que los autores se asisten a sí mismos luego del hecho (*Selbstbegünstigungsprinzip*), consagrado en los artículos 257 y 258 del CC (StGB). Según este principio, el autor de un delito (es decir, el que cometió el delito previo) no puede ser además condenado, de manera independiente, por una conducta posterior al delito que se relacione con los fondos obtenidos a partir de su propio delito. (GAFI, 2008, p. 38; 2010, p. 53)

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, doctrinarios como Blanco Cordero (1997, pp. 470-471), Aránguez Sánchez (2000, p. 172) y Zaragoza Aguado (2003) consideran que la no penalización del autolavado tiene su base, no solo en el privilegio de *post factum delicti*, sino también en la protección del “derecho a no declarar contra sí mismo”.

La garantía de “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” está explícitamente consagrada en el artículo 14, inciso 3, ‘g’, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, con una fórmula casi idéntica, en el artículo 8.2, ‘g’, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶ La esencia del derecho a no declarar contra sí mismo es que los ciudadanos no pueden ser forzados a producir prueba contra sí mismos, de manera que la persona que cometió el delito tenga el derecho a no inculparse (en latín, *nemo debet prodere se ipsum*).

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica) (aprobada el 22 de noviembre de 1969 y en vigencia desde el 18 de julio de 1978).

Sin embargo, no resulta convincente la aplicación del “derecho de autoencubrimiento” y del “derecho a no declarar contra sí mismo” como obstáculos para la tipificación o penalización del proceso de autolavado. No se observa la analogía entre los delitos de lavado y la aplicación de estos principios de derechos humanos. Esto es así, si tenemos presente que el lavado es un delito independiente, distinto de la ilicitud que dio origen a los fondos. Por lo tanto, si una persona comete un segundo delito a consecuencia del primero, ello implica, simplemente, un ilícito penal separado y nuevo, que exige una condena penal independiente.

En otros términos, el proceso de lavado de dinero no es una conducta continuadora o *sine qua non* del delito previo; por el contrario: el delito previo y el posterior proceso de lavado de dinero son conductas autónomas y distintas que violentan bienes jurídicos independientes.

Sobre la base de este análisis, resulta claro que condenar a una persona por conductas de autolavado no implica la violación de los principios o garantías antes mencionados, dado que ello no exige que los autores del delito posterior de lavado de dinero produzcan prueba contra sí mismos.

Dicho esto, una opinión equilibrada y prudente sería que el privilegio del autoencubrimiento y el derecho a no declarar contra sí mismo solo se aplican cuando los supuestos autores del delito previo “se asisten a sí mismos” después del delito; conservando, convirtiendo u ocultando para sí los fondos obtenidos mediante su propio delito. Este es el caso, por ejemplo, de la persona que roba un banco y luego conserva y oculta el dinero robado en el garaje de su casa. Otro ejemplo sería el caso en el que X roba una bicicleta, la usa y, finalmente, la oculta o la posee en su casa. Un tercer ejemplo se da cuando una persona comete un

delito tributario o de fraude y conserva los fondos derivados del delito en su casa. Pero debe quedar claro que estos ejemplos no pueden encuadrarse como operaciones de lavado de dinero. El lavado de dinero es una conducta activa, oculta y compleja, independiente del hecho ilícito del que provienen los fondos, que implica un nuevo hecho ilícito penal por parte de los autores del delito previo.

b) Postura defendida por cierta parte de la doctrina y algunos órganos legislativos según la cual el delito de lavado de dinero debe percibirse y tipificarse como un delito especial y agravado de encubrimiento

Un segundo argumento propone que el lavado de dinero debería verse y estructurarse como un tipo especial del delito de encubrimiento (también llamado, en algunas jurisdicciones, delito de “manejo de bienes robados” o de “encubrimiento de otro delito”). Según este punto de vista, el delito de legitimación de fondos provenientes del crimen, así como el denominado delito de encubrimiento, deberían clasificarse como herramientas jurídicas punitivas tendientes a enjuiciar y condenar solo al tercero que no cometió ni participó del delito subyacente o previo. De este modo, se busca penalizar a quien asistió al autor del delito previo en la conservación, el ocultamiento o la mera tenencia de los beneficios económicos de ese delito previo. En palabras de Stessens (2006): “la tipificación del lavado de dinero está destinada a disuadir a terceros de cooperar en el ocultamiento de fondos provenientes de delitos (...)” (p. 6).

Desde este punto de vista, la tipificación del lavado de fondos provenientes de la comisión de un delito, así como el manejo o la ocultación de esos fondos, tiene por objetivo principal desbaratar la cooperación provista por terceros (*gatekeepers*) en

la conservación y la ocultación de los fondos derivados de un delito previo. El siguiente ejemplo sirve para ilustrar esta idea: X1 robó un millón de dólares estadounidenses de un banco y se los entregó a X2 para que conserve y oculte el dinero del robo cometido por X1; razón por la cual se entiende que X2 cometió un delito independiente del robo: el de lavado de dinero que, según esta postura, debería verse y tipificarse como un tipo especial o agravado del delito de encubrimiento.

Esta posición contó con el apoyo de un amplio sector de la doctrina (por ejemplo, Gómez Pavón (1994), Bacigalupo Zapater (1998, p. 199), Stessens (2000, p. 121) y Palma Herrera (2000, p. 284), así como de ciertos tribunales constitucionales y órganos legislativos nacionales (por ejemplo, de Austria, Alemania, Italia y Argentina hasta hace unos años).

Pero esta opinión, que pretende penalizar solo el “lavado de terceros” por considerar que el lavado de dinero y el encubrimiento son esencialmente el mismo tipo de delito, es incorrecta. Quienes promueven esta posición confunden la naturaleza jurídica y las particularidades de los delitos de lavado de dinero con las del delito de encubrimiento. Ambos ilícitos penales son diferentes en su naturaleza jurídica y estructura fáctica. El tipo penal del encubrimiento tipifica conductas que no superan la etapa de prelavado o mero ocultamiento de activos derivados del crimen (en inglés: *pre-washing*); mientras que el delito de lavado de dinero debe criminalizar el resultado del proceso completo y autónomo de reciclado, que se da en la última etapa de integración o inversión de activos derivados del crimen en el mercado legal y regulado.

Sin embargo, el delito de lavado de dinero a gran escala debería verse como un crimen multiofensivo que protege varios derechos e intereses sociales que van más allá de la mera administración

de justicia. En particular, los delitos de lavado de dinero deberían proteger, principalmente, al sistema socioeconómico o a la competencia leal y transparente del mercado y a la administración de justicia, dado que las operaciones de gran envergadura de lavado suelen afectar todos estos intereses sociales.

c) Postura que se ampara en el concepto de la “conducta posterior doblemente sancionada” y en el “derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”

Un tercer y último argumento en favor de la adopción de un tipo penal de lavado de dinero que no aplique sobre el autor del delito previo surge de la idea de que el autolavado es una conducta “accesoria”, una “consecuencia natural” del delito previo, por lo que es “absorbido” por el delito previo. Más aún: este razonamiento implica que un acto punible (el delito previo) debería incluir otro acto simultáneo y derivado (el ocultamiento, la conversión o la utilización de bienes provenientes de dicho delito previo). Por ende, bajo esta visión —que, adelanto, no comparto—, se entiende que la pena para el acto que se castiga (el delito previo) cubre toda la ilicitud posible. En esta línea, autores como Guy Stessens creen que “sancionar a un delincuente por lavar los fondos del delito previo cometido por él mismo sería equivalente a imponer una pena por ser cómplice de su propio delito” (2000, p. 121). Queda claro, en síntesis, la idea central de esta posición: si la conducta de autolavado es “parte de la historia” del delito previo, sería injusto imponer a su autor una pena adicional (doble) por haber lavado los activos derivados de sus propios delitos.

Asumiendo que los actos de lavado de fondos de origen delictivo son parte del “mismo acontecimiento histórico” del delito previo, los legisladores argentinos concluyen que el autor de un delito del cual derivan activos que decide lavar u ocultar solo puede ser

perseguido y condenado por tribunales penales con competencia sobre el delito previo y por la comisión de un solo delito (el delito previo), en vez de por dos delitos independientes (el delito previo, por un lado, y el delito posterior de lavado de fondos de origen delictivo, por el otro).

La posición contraria a penalizar el autolavado, con el argumento de que tal criminalización implica “una conducta posterior doblemente sancionada”, tiene el apoyo de varios autores⁷ y de varios órganos legislativos nacionales (como Austria, China, Dinamarca, Italia y Alemania).

Sin embargo, esta idea de que el lavado de dinero es una consecuencia natural o una continuación del delito previo, como sostienen quienes apoyan la doctrina de la “conducta posterior doblemente sancionada”, es incorrecta. El delito previo, como acto punible, no incluye otro hecho independiente y posterior de lavado (es decir, no incorpora a la inversión e integración de activos criminales en un mercado determinado).

En términos similares, otros autores agregan que la *ratio iuris* para adoptar un tipo penal de lavado de dinero que excluya al autor-partícipe del delito previo se basa, principalmente, en la protección del “derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Según esta posición, las conductas posteriores de lavado dañan gravemente el mismo valor social protegido por el delito previo, dado que el proceso de lavado no es más que una “continuación del delito previo”. Por lo tanto, castigar ambas conductas violaría el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

⁷ Siguen esta posición, entre otros, Palma Herrera (2000, pp. 376-379); Blanco Cordero (1997, pp. 329 y ss.). Ver también Sancinetti (2008).

El derecho internacional prohíbe que la misma persona sea juzgada o condenada dos veces por el mismo delito. El espíritu de este principio surge, por ejemplo, del artículo 14, inciso 7, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, que establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.⁸ El artículo 4, inciso 1, del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece el mismo principio en términos similares.

Fundando su sentencia en el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, la Corte Federal de Justicia de Alemania falló que la *ratio iuris* tras la redacción del artículo 261 (9) del Código Penal de ese país, que tipifica solo el lavado de dinero de terceros, es evitar castigar a los autores dos veces: una vez por el delito previo y otra vez por el acto de lavado de dinero.

Sin embargo, esta última suposición es incorrecta. Como se concluyó anteriormente, el delito previo y la conducta posterior de lavado de dinero son ilícitos distintos y separados, que dañan gravemente diferentes valores sociales o intereses comunitarios.

En el caso Estados Unidos vs. Edgmon,⁹ que sentó precedente, el acusado fue condenado tanto por el delito previo como por el delito posterior de lavado de dinero; por lo que apeló la condena alegando una violación a la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. El tribunal rechazó el argumento de la defensa, sosteniendo que:

8 En vigor desde el 23 de mayo de 1976.

9 952 F. 2d 1206 (10th Cir. 1991).

la condena por el delito de lavado de dinero no implicó una violación a la garantía de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, porque el legislador parece haber tipificado el delito de lavado de dinero como un delito penal diferente del delito previo que generó el dinero sujeto al lavado.¹⁰

El delito previo y el lavado posterior *no* son “parte de la misma historia”.

4. NO CONDENAR A LOS “AUTOLAVADORES” PODRÍA GENERAR IMPUNIDAD

Un argumento final a favor de la tipificación de las conductas de autolavado se basa en un análisis de costo-beneficio. Imaginemos el siguiente ejemplo:

- El país A (por ejemplo, Argentina) aprobó en 2011 un tipo penal de lavado de dinero que penaliza las conductas de autolavado, mientras que el país B (por ejemplo, China) no penaliza el autolavado.
- En el país A, una organización criminal compuesta por 10 miembros secuestra al hijo de un político y recibe un millón de dólares a cambio de su liberación.
- Después, dos de los 10 miembros del grupo criminal – contadores especializados en lavado de dinero– ocultan, invierten y lavan los fondos del delito en la economía legal del país B, que, nuevamente, no penaliza el autolavado.
- Así, los dos contadores podrían mantenerse inmunes satisfactoriamente, dado que el país B carecería de jurisdicción para investigar y condenar la comisión del delito

10 *Ibid.*

previo ocurrido en el extranjero; y, por otra parte, tampoco podría perseguir a los dos contadores por lavado de dinero, ya que también fueron los autores del delito previo.

- La única alternativa para el país B es extraditar a los dos contadores al país A, pero solo ante la petición formal del país A. Si no hay un pedido formal del país A, el país B no puede siquiera arrestar a los dos contadores, ya que, conforme al régimen penal del país B, no cometieron ningún delito.

Este ejemplo demuestra, nuevamente, cómo las contradicciones en la adaptación del delito internacional de lavado de dinero a nivel doméstico pueden afectar la eficacia y la eficiencia de la respuesta al complejo fenómeno del lavado de dinero.

5. COMENTARIOS FINALES: LA SUPREMACÍA DEL ENFOQUE AUTÓNOMO

A lo largo de este escrito, defendí la idea de un tipo penal de lavado de dinero que se aplique a la persona que cometió el delito previo; admitiendo, así, la penalización de las conductas de autolavado. Dicho de otro modo, estoy en contra de la posición adoptada por países como Argentina (entre el periodo 2000-2011), Alemania y China que niegan la penalización del autolavado.

En resumen, además, sostuve que la adopción de un delito de lavado que no aplique a la persona que cometió el delito previo (es decir, la no penalización del autolavado) puede otorgar a la delincuencia organizada un amplio resquicio para continuar enriqueciéndose impunemente en la economía legal.

REFERENCIAS

- Aranguéz Sánchez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons.
- Bacigalupo Zapater, E. (1998). Estudio comparativo del Derecho Penal de los Estados miembros de la UE sobre represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido. En E. Bacigalupo Zapater (ed.), *Curso de derecho penal económico*. Marcial Pons.
- Blanco Cordero, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona, Aranzadi.
- Chinkin, C. (2000). Normative development in international legal systems. En D. Sheldon (ed.), *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*.
- D'Alessio, A. (2011). *Código Penal comentado y anotado*. 2.^a edición actualizada y ampliada. La Ley.
- GAFI. (2008). *Informe de evaluación mutua de Austria*, p. 38.
- GAFI. (2010). *Informe de evaluación mutua de Alemania*, p. 53.
- Gómez Pavón, P. (1994). El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de capitales y encubrimiento. *Cuadernos de Política Criminal*, 53.
- Palma Herrera, J. M. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa.
- Sancinetti, M. A. (2008, julio 14). Por qué razón y en qué medida la defraudación tributaria puede ser "hecho previo" del delito de lavado de dinero. *El Dial, Suplemento de Derecho Penal*, año XI.
- Stessens, G. (2000). *Money laundering: a new international law enforcement model*. Cambridge University Press.
- Zaragoza Aguado, J. A. (2003). El blanqueo de bienes de origen delictivo. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. CeCPLA.

LA NECESARIA DISCUSIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS COMO CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL



PRISCILA CANEPARO DOS ANJOS
PROFESORA DE LA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la trata de personas ha cobrado sus propios matices y conceptos. Además, a partir de la globalización se observó una complejidad aún mayor en el desarrollo de tal práctica, al punto que sus términos se han adecuado al propio concepto de delincuencia transnacional. Tanto es así que la sociedad internacional, en un principio, trató de construir un instrumento para la (posible) lucha contra el crimen transnacional y, más tarde, dispuso un documento específico para la lucha contra la trata de personas.

La agenda internacional, desde los tiempos remotos cuando el Estado emerge como sujeto de derechos y obligaciones a nivel global, ha venido a atender las inquietudes y expectativas que han de regir a toda la sociedad mundial.

En este ámbito, surge la indispensable necesidad de que los Estados actúen de manera conjunta, con base en instrumentos cooperativos tendientes a combatir la delincuencia transnacional. En el año 2000, Naciones Unidas lideró las negociaciones para que se pudiera

llegar al establecimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Sin embargo, aun en esas circunstancias, las aspiraciones sociales también exigían la consecución de una ley dura para combatir la trata de personas —especialmente de mujeres y niños— y, así, en el mismo año, se estructuró el Protocolo Adicional a la citada Convención, conocido como el Protocolo de Palermo.

De tal forma, este trabajo analiza el panorama de la trata de personas, sus contornos conceptuales y las consecuencias de la globalización en la práctica. Para ello, se eligieron los siguientes métodos: deductivo, inductivo y dogmático.

Este estudio tiene como objetivo no ser un punto de llegada, sino un conjunto estructurado de conceptos, datos e instituciones capaces de garantizar bases científicas para el desarrollo de medios adecuados, proporcionados y realizables para enfrentar no solo el crimen transnacional, sino también la trata de personas, corroborando la idea de consolidar ambos documentos: la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado y el Protocolo de Palermo.

2. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Desde 1998, la agenda de combate al crimen organizado transnacional ya estaba latente en la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Tanto es así que, según A/55/383, de la Asamblea General de la ONU, la Resolución 53/111, del 9 de diciembre de 1998, fue adoptada en este órgano con el propósito de elaborar un documento en el ámbito del derecho internacional capaz de combatir, al menos a nivel teórico, la delincuencia transnacional.

El 15 de noviembre de 2000, mediante la Resolución 55/25 de la Asamblea General, se adoptó, en el marco de la ONU, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Según los propios términos de la Organización, la Convención representa el mayor esfuerzo jamás visto en la lucha contra el crimen organizado transnacional; en última instancia, apunta al establecimiento de esfuerzos cooperativos entre los Estados que han ratificado el mencionado instrumento (UNODC).

Hoy, este instrumento cuenta con 188 Estados signatarios (Tratados de la ONU) y, en términos conceptuales, traduce lo que serían los delitos transnacionales: debe entenderse que la Convención se aplicará para prevenir, investigar y perseguir algunos tipos de delitos; y, en relación con tales delitos, se establece la provisión de delitos graves (*grave crime*).

Según Polimeni (2017, p. 59), el concepto de delito grave estaría previsto en el artículo 2 'b' de la Convención, que establece, en términos generales, que el delito grave sería aquella conducta que podría ser sancionada con una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años. Por lo tanto, Polimeni (2017, p. 60) entiende que no existe una descripción de la naturaleza de tal infracción, por lo que no permite calificar la gravedad del delito a partir de su acto en sí, sino solo teniendo en cuenta su castigo.

En vista de todas estas perspectivas conceptuales de la citada Convención, también es necesario comprender su participación en la lucha contra la trata de personas. Si bien no existe en su reglamento el establecimiento de una regla en relación con dicha tipificación, la Resolución 53/111, de 1998, prevé, en el primer párrafo de su exposición de motivos, la necesidad de discusión para que se elabore un documento internacional destinado a combatir algunos tipos de trata, como la trata de mujeres y niños, el tráfico ilegal y el transporte de migrantes.

Aun así, hasta el Protocolo Adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, más conocido como Protocolo de Palermo (adoptado el 15 de noviembre de 2000), el camino social e institucional se convirtió en el pavimento que, en este momento, se examina.

3. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS

Conceptualizar la trata de personas no es una tarea sencilla. Varios matices, variaciones terminológicas, objetos de análisis y estadísticas son considerados por la doctrina cuando luego se busca un concepto para el instituto. Burke (2013, p. 4) advierte de las diferentes expresiones que se pueden observar: trata de personas, trata de personas y/o esclavitud moderna, a su juicio, sería sinónimo de trata de personas; para Smith y Kangaspunta (2011, p. 25), la trata de personas encuentra su confusión conceptual específicamente presente en la legislación nacional e, igualmente, en las diferencias culturales —para el autor, algunas prácticas pueden corresponder o no a la trata de personas: en Líbano, permite que los empleadores conserven los documentos de los empleados, mientras que en otras culturas y legislaciones sería este un acto capaz de consolidar la trata de personas—; finalmente, realizando un examen minucioso del Informe Global sobre Trata de Personas, UNODC (2018), observamos la incidencia de varias estadísticas que permiten (aunque dificulten su comprensión al lector sin conocimientos previos sobre el tema) conceptualizar la trata de personas a partir del perfil de la víctima, las formas de explotación, el perfil del traficante, los flujos de tráfico y la respuesta institucional al tema.

Para que sea posible un diseño conceptual del instituto, en tiempos modernos es fundamental analizar el documento que había establecido específicamente al instituto en el ámbito internacional:

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), también conocida como Protocolo de Palermo.

A partir de esta definición, como señala Muraszkievicz (2019, p. 17), se encuentran tres elementos: i) la acción, ii) los significados, y iii) los propósitos. En relación con los actos, la trata de personas se ha configurado cuando hay captación, transporte (que no necesariamente tendrá en cuenta el tránsito de fronteras estatales), traslado, alojamiento o recepción de personas; en cuanto a los medios, pueden establecerse a partir de la amenaza o uso de la fuerza, coacción, secuestro, fraude, abuso de poder o vulnerabilidad de la víctima y garantía de pagos y/o beneficios; finalmente, en lo que concierne a los fines, pueden recaer en la prostitución, la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas, la servidumbre y la extracción de órganos.

Según Statista, para agosto de 2018, el 93 % de un universo de 179 Estados había desarrollado una legislación que combate la mayoría y/o todas las formas de trata de personas; mientras que este dato, en 2003, sería de solo el 18 % de los Estados. Por otro lado, el 2 % en 2018 no había establecido una legislación nacional que contemplara formas de trata de personas, cifra sustancialmente inferior a la observada en 2003, cuando el 59 % de los Estados no contaba con una legislación capaz de combatir esta práctica. Además, el 5 % de la legislación nacional en 2018 tiene solo una cobertura parcial de los actos y prácticas que, según el Protocolo, pueden dar lugar al delito de trata de personas.

Con base en los datos anteriores, se puede entender que los esfuerzos de la UNDOC, desde el establecimiento del Protocolo de Palermo y la Ley Modelo contra la Trata de Personas, han tenido

impactos significativos en la legislación nacional y en la búsqueda de la mejor y más eficiente forma de combatir la trata de personas.

4. LA TRATA DE PERSONAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

La trata de personas es sin duda uno de los grandes problemas a los que se enfrenta y combate la sociedad internacional: según datos de Steverson y Wooditch (2019), aproximadamente un millón de personas al año son traficadas a nivel mundial, con innumerables y graves violaciones de derechos humanos.

Sucede que, a diferencia de lo que inicialmente se puede imaginar, el instituto en cuestión no es un problema fruto de la globalización: para Allain (2017, p. 1), el problema contemporáneo de la trata de personas está ligado a la esclavitud misma. En este sentido, se señala que la preocupación internacional por la trata surge a partir de la denominada “trata de esclavas blancas”.

En esa línea, el autor continúa ensalzando la evolución del instituto a partir de tres momentos históricos, que datan del siglo XIX: i) la era anterior a la Sociedad de las Naciones, que dio lugar, en 1904, al Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas y, posteriormente, en 1910, al Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, trasponiendo la obligación del Estado de sancionar la trata, tanto nacional como internacional; ii) la era de la Sociedad de las Naciones, con repercusiones en la revisión del último documento, cambiando su nombre por el de Convención Internacional sobre la Trata de Mujeres y Niños (1921) y garantizando, a partir de entonces, la protección plena a todas las mujeres, independientemente de su etnia o raza, víctimas de trata de personas e, igualmente, abrazar la debida y necesaria protección a los niños que se encuentran en medio de tal práctica; y, iii) la era de las Naciones Unidas, cuando, ya en 1949, se aprobó el Convenio

para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena.

Aun en este último momento, que ya está en el dominio de la profundización de la globalización y la creación de la sociedad internacional, vale la pena señalar que otros dos documentos fueron esenciales para el alcance global del tema: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Transnacional y la Corrupción (2000), y el Protocolo Facultativo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (2000).

Un primer punto, relativo a las raíces de la trata de personas, está vinculado a causas sociales: la falta de empleo, oportunidades, pobreza, desequilibrios económicos entre regiones del mundo, corrupción, disminución de los controles fronterizos, discriminación por género y raza, inestabilidad política. Y los conflictos son puntos cruciales para el aumento de la trata de personas (Shelley, 2010, p. 37).

Corroborando la comprensión de que la globalización había traído un camino fértil no solo para la práctica de la trata de personas sino también para la preocupación por tal delito, están las palabras de Makei (2013). Para este autor, durante la Guerra Fría la trata de personas no era un tema relevante de discusión, precisamente porque las fronteras físicas de las dos ideologías estaban muy bien cerradas, no ocurriendo —como sucede hoy— el alto flujo de personas entre los (supuestos) dos mundos. Igualmente, poco se discutió sobre los intereses transnacionales —punto inseparable, como se verá más adelante, en la búsqueda del combate al tráfico—, dado el predominio de los intereses nacionales, especialmente vinculados a cuestiones de seguridad.

Otro punto sumamente relevante para la correcta lectura de los datos estadísticos radica en la cuestión de que, hasta la década de 1990,

la trata de personas no se estructuró desde un instituto autónomo, quedando englobada en los conceptos de tráfico y migración ilegal (Laczko y Gramegna, 2003, p. 180). El término trata de personas (o trata de seres humanos) solo llamó la atención y se consolidó como tal a principios del siglo XXI, aunque ya habían surgido preocupaciones previas sobre la práctica (Kempadoo, 2005, p. vii).

5. CONCLUSIÓN

En vista de todo el análisis que este trabajo ha pretendido presentar, algunas precisiones merecen ser señaladas. La primera de ellas pretende explicar que, una vez que la sociedad en su conjunto comienza a preocuparse por el tema de los delitos transnacionales, este repercute en las instituciones internacionales —más específicamente, en las Naciones Unidas—, generando, en consecuencia, una ley dura que pretende regular el tema interno e internacional, es decir, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

A pesar de su importancia, era necesaria la aparición de otro documento, complementario a este, para que el tema de la trata de personas pudiera ser abordado en el ámbito internacional. Así, en el año 2000, surgió el Protocolo de Palermo.

En este sentido, comenzamos con el análisis de la comprensión de la trata de personas en sí misma, que invariablemente necesita acción, medios y fines. Además, se concluye que el problema es endémico en la historia de la humanidad: a diferencia de lo que inicialmente se podría pensar, la trata de personas no es resultado de la globalización, aunque se haya visto profundamente afectada por ella. Sin embargo, fue apenas en el año 2000, con el establecimiento del Protocolo de Palermo, que la comunidad internacional comenzó a tomar acciones efectivas en la lucha contra el crimen.

Finalmente, se puede decir que este trabajo se ha dignado presentar un aparato teórico –cualitativo y cuantitativo– indispensable para el desarrollo de acciones robustas, coherentes y certeras, a nivel estatal e internacional.

REFERENCIAS


- A/55/383. *Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions.* https://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383e.pdf
- Ali, Habib M. (2010). Data collection on victims of human trafficking: An analysis of various sources. *Journal of Human Security*, v. 6, pp. 55-69.
- Allain, J. (2017). White slave traffic in international law. *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, v. 1, N.º 1, pp. 1-40.
- Boonpala, P. y Kane, J. (2002). *Unbearable to the human heart – Child trafficking and action to eliminate it.* International Labour Organization.
- Burke, Mary C. (2013). Introduction to human trafficking: Definitions and prevalence. En M. C. Burke (ed.), *Human trafficking: interdisciplinary perspectives* (pp. 3-23). Routledge.
- D’Estrée, C. (2011). Voices from victims and survivors of human trafficking. En J. Winterdyk, B. Perrin y P. Reichel, *Human trafficking – Exploring the international nature, concerns and complexities* (pp. 79-102). CRC Press.
- Hannum, H. (2019). *Rescuing human rights: A radically moderate approach.* Cambridge University Press.
- Held, D. y A. McGrew(2001). *Prós e contras da globalização.* Jorge Zahar.
- IOM. (2005). *Data and research on human trafficking: A global survey*, 43(1/2). International Organization for Migration.

- Kaye, J. y Winterdyk, J. (2011). Explaining human trafficking. En J. Winterdyk, B. Perrin y P. Reichel (2011). *Human trafficking – Exploring the international nature, concerns and complexities* (pp. 57-78). CRC Press.
- Kempadoo, K. (2005). From moral panic to global justice: Changing perspectives on trafficking. En K. Kempadoo (ed.), *Trafficking and prostitution reconsidered: New perspectives on migration, sex work and human rights* (pp. vii-xxxiv). Paradigm Publisher.
- Kiellan, A. (2011). The exploitation equation: Distinguishing child trafficking from other types of child mobility in West Africa. En J. Winterdyk, B. Perrin y P. Reichel, *Human Trafficking – Exploring the international nature, concerns and complexities* (pp. 149-182). CRC Press.
- Laczko, F. y M. A. Gramegna (2003). Developing better indicators of human trafficking. *Brown Journal of World Affairs*, 10(1), pp. 179-194.
- Llobasz, J. K. (2019). *Constructing human trafficking – Evangelicals, feminists and an unexpected alliance*. Palgrave Macmillan.
- Long, L. D. (2004). Anthropological perspectives on the trafficking of women for sexual exploitation. *International Migration Journal*, 42(1), pp. 5-31.
- Makei, V. (2013). Human trafficking in the post-Cold War period: Towards a comprehensive approach. *Journal of International Affairs*. <https://jia.sipa.columbia.edu/online-articles/human-trafficking-post-cold-war-period-towards-comprehensive-approach>. Acceso em: 09 dez. 2021
- Muraszkiewicz, J. M. (2019). *Protecting victims of human trafficking from liability – The European approach*. Palgrave Macmillan.
- Obokata, T. (2005). Trafficking of human beings as a crime against humanity: Some implications for the international legal system. *The International and Comparative Law Quarterly*, 54(2), pp. 445-457. www.jstor.org/stable/3663256
- Polimeni, G. (2017). *The notion of organised crime in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. En S. Carnevale, S.

- Forlati y O. Giolo (eds.), *Redefining organised crime: A challenge for the European Union?* (pp. 57-74). Hart Publishing.
- Pourmokhari, N. (2015). Global human trafficking unmasked: A feminist rights-based approach. *Journal of Human Trafficking*, 1(2), pp. 156-166.
- Shelley, L. (2010). *Human trafficking – A global perspective*. Cambridge University Press.
- Smith, C. J. y K. Kangaspunta (2011). Defining human trafficking and its nuances in a cultural context. En J. Winterdyk, B. Perrin y P. Reichel (2011). *Human trafficking – Exploring the international nature, concerns and complexities* (pp. 19-38). CRC Press.
- Statista. *Total number of human trafficking victims identified worldwide from 2008 to 2019*. <https://www.statista.com/statistics/459637/number-of-victims-identified-related-to-labor-trafficking-worldwide/>
- Steverson, L. A. y A. C. Wooditch (2021). *Human trafficking*. Ecyropaedia Britannica. <https://www.britannica.com>
- The Ohio State University. *Human trafficking law*. <https://u.osu.edu/osuhtblog/2017/01/27/human-trafficking-law/>
- Unites Nations (1989). *Convention on the Rights of the Child*.
- United Nations Treaty Collection. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en. Acceso em: 04 dez. 2021
- UNODC. (2000). *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*.
- UNODC. (2009). *Model law against trafficking in persons*.
- UNODC. (2018a). *Global report on trafficking in persons*. United Nations publication. Sales N.° E.19.IV.2.
- UNODC. (2018b). *Global study on smuggling of migrants*. United Nations publication.

Winterdyk, J. y Jones, J. (eds.) (2010). *The palgrave international handbook of human trafficking*. Palgrave Macmillan.

TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO: LA MATERIALIZACIÓN DEL IMPERATIVO LEGAL INELUDIBLE DEL ESCRUTINIO PÚBLICO



DANIEL SANSÓ-RUBERT PASCUAL

DIRECTOR DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN SOBRE POLÍTICAS
PÚBLICAS, SEGURIDAD INTERNACIONAL Y GOBERNANZA GLOBAL.
UNIVERSIDAD EUROPEA

La interacción entre la delincuencia organizada y el régimen democrático es compleja, máxime cuando esta erosiona por igual la dimensión formal y sustancial de la democracia, a través de la promoción de contratendencias democráticas y procesos deconstituyentes, que generan divergencias entre el proyecto constitucional (deber ser) y el ejercicio fáctico de los poderes políticos y económicos, poco proclives a someterse al mandato del Derecho.

La huida de la transparencia y la publicidad de la mano de la corrupción ha minado la raíz de las democracias constitucionales, deteriorando tanto las formas de la representación política, como los contenidos impuestos por las Constituciones. En otra época, nadie hubiera imaginado que los sistemas políticos democráticos —incluso los más consolidados— iban a entrar en un proceso de degradación interna (Greppi, 2005), acompañados de la mano de un fenómeno

como la criminalidad organizada. Una tendencia degenerativa de la democracia contemporánea, hacia la que continuamente somos empujados por el crimen organizado en su afán de hacerse con el poder en consonancia con su propósito de interferir en los procesos democráticos para promover regímenes políticos lo suficientemente deficitarios como para poder someterlos a su control.

La democracia es idealmente el gobierno de un poder visible. el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública. En su calidad de gobierno visible, la democracia ha sido en todo momento contrapuesta a cualquier forma de gobierno en las que el poder es ejercido de tal manera que sea sustraído, en mayor o menor medida, al escrutinio público; invisibilizado de la mirada de los administrados. En los regímenes democráticos la rendición de cuentas está relacionada, entre otros factores, con el sistema de representación política y sus mecanismos de funcionamiento electoral. El control del poder político se materializa con la rendición de cuentas, que puede ser horizontal o vertical (O'Donnell, 2004). El reciente interés por este tema aparece directamente vinculado con la preocupación por la calidad de la democracia y por la constatación de la necesidad de hacer partícipe a la sociedad civil en este proceso.

Recientes investigaciones empíricas y elaboraciones teóricas sustentan la idea de que aquella sociedad capaz de auto organizarse y de participar en la decisión y gestión de los asuntos colectivos puede llegar a convertirse en un ariete que, bajo la bandera de la rendición de cuentas, contribuye decididamente al combate de importantes rémoras para las democracias como son la corrupción, la falta de transparencia y el clientelismo. La incorporación de la sociedad civil a los procesos de rendición de cuentas cobra especial relevancia, porque la forma tradicional de entender este proceso se ha centrado básicamente en la aplicación de herramientas institucionales de control, ignorando o relegando su contribución a esta práctica de

vigilancia, que tiene como fin último verificar, supervisar, restringir y distribuir el ejercicio del poder (Schedler, 2010).

A la hora de exponer la rendición de cuentas a efectos explicativos, ha sido muy común recurrir a una metáfora espacial, empleando términos como “rendición de cuentas vertical” cuando el contexto es electoral y “rendición de cuentas horizontal” para contextos interinstitucionales (Morlino, 2007). Sin embargo, las expresiones neutras (electoral e interinstitucional), quizá resulten académicamente más correctas.

Bajo el rubro *accountability* se identifica la confluencia de todos los mecanismos diseñados para garantizar que los gobernantes rinden cuentas de sus actos ante las diversas instancias de control del poder, sean estas de naturaleza jurídica o política, estén institucionalizadas o no lo estén (controles difusos). En concreto, podría definirse la rendición de cuentas como un proceso a través del cual los gobernantes, los representantes y los servidores públicos informan, responden y justifican sus actos, sus decisiones y sus planes de acción de cara a los gobernados, asumiendo las sanciones y recompensas que procedan (Crespo, 2001; Ackerman, 2006). Durante este dinámico proceso, los ciudadanos observan, analizan, verifican y juzgan, mediante su reconocimiento, crítica o rechazo, la actuación del representante, gobernante o funcionario público, haciendo uso de mecanismos e instrumentos de control institucional, electoral y/o social para ello. Definición útil, pero que no debe inducir a error, ya que, si bien su objetivo es ocuparse y preocuparse de observar detenidamente a aquellos que toman las decisiones públicas y de hacer transparente el ejercicio del poder, también lo es el hecho de que resulte imposible aspirar a conocer y a vigilar absolutamente todo. Por lo que se debe asumir sus limitaciones frente al poder, al que se le reconoce que atesora parcelas de opacidad difícilmente franqueables, como ha tenido el acierto de advertir Andreas Schedler

en su trabajo *En la niebla de la guerra. Los ciudadanos ante la violencia criminal organizada* (2004), que se ha convertido en un referente (2004).

Por lo tanto, en línea con la capacidad de interferencia de la criminalidad organizada para evitar y, en caso de producirse, poder superar las limitaciones de una gestión desviada o inadecuada de lo público, las democracias tienen la capacidad (siempre que esta vaya acompañada de la voluntad política correspondiente) para crear agencias estatales con la autoridad legal y la capacidad pertinente para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta sanciones judiciales, en relación con actos u omisiones de otras entidades estatales, que puedan ser calificados como ilegales. Para que este tipo de *accountability* horizontal resulte efectivo, deben existir agencias estatales autorizadas en el desempeño de supervisar, controlar, rectificar y sancionar actos ilícitos de otras agencias estatales del Estado, donde las primeras posean no solo la autoridad legal para proceder de tal forma, sino también, *de facto*, autonomía suficiente respecto de las segundas (O'Donnell, 1998). De esta forma, la creación de la modalidad de institución pública destinada al control, funcionamiento y procura de eficacia en la gestión del gobierno (control de presupuestos, administración fraudulenta o desleal y la exigencia de transparencia de la mano de los Tribunales de Cuentas, Defensorías del Pueblo y las propias Cortes, respectivamente), varía adoptando diversidad de morfologías, como las auditorías auditorías generales, procuradurías, comités o comisiones especiales parlamentarias, consejos especializados anticorrupción, entre otras modalidades de agencias.

La idea de *accountability* contempla de antemano a las dos partes involucradas y supone, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas públicamente, respondiendo con ello a las solicitudes de información

y los cuestionamientos de los gobernados al respecto. Y, de otro, la capacidad de sancionar a los políticos y funcionarios, en caso de que se demuestre que hayan transgredido u omitido (comisión por omisión) sus deberes públicos.

Schedler, subraya que la *accountability* o responsabilidad política, tiene tres aspectos centrales: la información, la justificación y el castigo o la recompensa. El primer elemento, la información sobre el acto político o el conjunto de la actividad de un político, o incluso de un órgano político (el gobierno, el parlamento...), es la premisa indispensable para evaluar la eventual responsabilidad; el segundo aspecto se refiere a las razones suministradas por el gobernante por su comportamiento y, por lo tanto, por su decisión; el tercero es la consecuencia que extrae de ello el elector o quién quien esté designado para dar esa valoración cuando reflexiona sobre las informaciones, sobre las justificaciones y sobre sus propias expectativas e intereses. En todos estos aspectos es fundamental la existencia de una dimensión pública independiente.

En la literatura académica, la expansión de la rendición de cuentas vertical a un ámbito social, complementario del electoral, recibe la denominación de "rendición de cuentas social". Peruzzotti y Smulovitz la definen como "un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, así como también en acciones mediáticas" (2002, p. 30). Actuaciones que tienen como objetivo observar detenidamente el comportamiento de los funcionarios y de los políticos, exhibir los errores del gobierno y denunciar sus actos ilegales. Se activa discrecionalmente, siempre que la sociedad civil lo considere oportuno. Por otro lado, existen formas verticales de *accountability*, resultado de la creciente insatisfacción con respecto al control de transparencia efectuado por las agencias gubernamentales. Mecanismos de

control y rendición de cuentas igualmente relevantes articulados a través de la participación ciudadana en mecanismos de control y vigilancia social, recogidos en algunas Constituciones. Mecanismos de control social que engloban una variedad de acciones sociales donde el protagonismo reside en las organizaciones sociales, que se reconocen como poseedoras legítimas de derechos para reclamar la aplicación de sanciones por la mala praxis de las autoridades políticas. Para lograr estos objetivos se articulan mecanismos no institucionalizados de rendición de cuentas, diferenciándose notablemente en este aspecto de sus homólogos mecanismos de control horizontal imprescindibles para exponer y denunciar actos ilegales o éticamente reprochables.

La rendición de cuentas como práctica abarca diferentes formas para prevenir y corregir los abusos de poder. *Grosso modo*, obliga al poder a que abra sus puertas al público para que este pueda ejercer su supervisión. Exige explicaciones y justificaciones sobre sus acciones y cuenta con medios jurídicos, políticos y económicos, para ejercer la potestad sancionadora. Mulgan (2000) destaca que la naturaleza externa de este tipo de supervisión es fundamental para su éxito (2000). En este sentido, las iniciativas de la sociedad civil y las investigaciones realizadas por los medios de comunicación (especialmente aquellos identificados como medios independientes) podrían, incluso podría ampliarse esta participación a universidades y centros de investigación. De esta menara, la rendición de cuentas social, como aducen Wences Simón y Manuel Villoria (2010), además de contribuir a que las acciones de gobierno se enmarquen dentro de la ley, pueden coadyuvar a que las decisiones gubernamentales se ajusten a las preferencias ciudadanas, representativas de una sociedad civil fuerte. Sin embargo, llevarlo a la práctica no está exento de escollos. Cuando la criminalidad organizada ha logrado acceder al poder político, fomenta políticas y prácticas ocultas a la comunidad, negándoles el derecho a evaluar las decisiones que les afectan y a

recibir información con pleno conocimiento de causa de cómo se les gobierna y a través de qué políticas. Las amenazas a la prensa libre y la manipulación informativa son otro componente importante de estas actividades de ocultamiento, que impiden a la ciudadanía el autogobierno responsable y el debate con transparencia. A esto hay que añadir el recurso a estrategias de injerencia y entorpecimiento legal como el *fórum shopping*, que introduce la posibilidad de cambiar, según la ventaja o conveniencia, el marco jurídico de referencia, buscando siempre la normativa más benigna y garantista y la *jurisdiction hopping* (literalmente, “salto continuo de jurisdicción”), que consiste en implicar el mayor número posible de naciones en el ciclo de la actividad criminal, de manera que los investigadores y los jueces se vean obligados a tener que enfrentarse con una amalgama de jurisdicciones y ordenamientos implicados concurrentes, que enreda extraordinariamente la judicialización del caso a través de las múltiples complicaciones legales internacionales que se suceden a lo largo de la puesta en marcha del proceso legal, dificultando sobremanera el acceso a los verdaderos y últimos responsables de la actividad criminal: las cúpulas y sus dirigentes.

El panorama presente, a pesar de los esfuerzos, no es precisamente halagüeño en aras al logro de la instauración de la transparencia en la gestión pública. Por ello, resulta imprescindible subrayar que el razonamiento del mantenimiento de los *checks and balances* descansa en la afirmación contundente de que no hay democracia sin transparencia, sin visibilidad, sin control. La existencia de la criminalidad organizada contradice el espíritu de la misma democracia, entendida por Bobbio (1981) como el “Gobierno de un poder visible”, el “Gobierno cuyos actos se realizan en público bajo la supervisión de la opinión pública” (1981, pp. 65-66). Nos sumamos a Bobbio al reconocer con franqueza, que no se ha producido, como se esperaba, la *debellatio* del poder invisible. Lo que el autor identifica con el fenómeno del subgobierno: “Los poderes invisibles”,

inmersos en el proyecto de desestabilización y eversión del orden constitucional, conformando el laberinto del anti-Estado (Bobbio, 1981). Poder invisible, criminal, que mantiene un conflicto sempiterno con los fundamentos de la democracia: la opacidad del poder es la negación de la democracia.

Por ello, en respuesta al empoderamiento de la criminalidad organizada resulta indispensable apostar por el gobierno democrático: el gobierno del poder público ante el público. El ejercicio del poder debe ser necesariamente visible para que los ciudadanos puedan establecer los controles preceptivos. Tras el velo de la invisibilidad, maduran las raíces de los sistemas antidemocráticos, caracterizados por la corrupción, el desgobierno de lo público y todo tipo de comportamientos ilícitos, que denotan intereses privados en relación con la explotación de la *res publica*. Comportamientos y actitudes, que desgastan inexorablemente la confianza de la ciudadanía en la democracia como sistema válido.

En conclusión, para contrarrestar esta tendencia, las nuevas fórmulas constitucionales de entender la democracia abogan por articular un control más exhaustivo del ejercicio del poder y, para lograrlo, la transparencia ha cobrado un protagonismo preponderante. En especial, como antídoto a la opacidad, la corruptela y el déficit democrático de las instituciones.

REFERENCIAS

- Ackerman, John. (2006). Sociedad civil y rendición de cuentas. *Elecciones y ciudadanía en el Distrito Federal* (pp. 13-52). Instituto Electoral del Distrito Federal.
- Bobbio, N. (1980). La democrazia e il potere invisibile. *Rivista Italiana di Scienza Política X*, pp. 181-203.

- Bobbio, N. (1981). I poteri invisibili. *Nuova Antologia*, 546(116), vol. 546, fasc. 2139, pp. 22-24.
- Bobbio, N. (1981, domingo 24 de mayo). Nel labirinto dell'anti-Stato. *La Stampa*, p. 1.
- Bobbio, N. (2013). *Democracia y secreto*. Fondo de Cultura Económica.
- Crespo, J. A. (2001). *Fundamentos políticos de la rendición de cuentas*. Auditoría Superior de la Federación, Serie: Cultura de la Rendición de Cuentas N.º 21.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2017). Transparencia y amenazas internacionales de seguridad. *Revista Española de Transparencia*, N.º 5, pp. 128 y ss.
- Greppi, A. (2005). Democracia como valor, como ideal y como método. En M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 341-364). Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Morlino, L. (2007). Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias? *Revista de Ciencia Política*, 7(2), pp. 3-20.
- O'Donnell, G. (1998). Accountability horizontal. *La Política*, N.º 4, pp. 173-174.
- O'Donnell, G. (2004a). Accountability horizontal: la institucionalización de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, 11, pp. 11-31.
- O'Donnell, G. (2004b). Why the rule of law matters. *Journal of Democracy*, 15(4), pp. 32-46.
- O'Donnell, G. (2022). Acerca de varias *accountabilities* y sus interrelaciones. En E. Peruzzotti y C. Smulovitz (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas* (pp. 87-102). Temas.

- Peruzzotti, E. y Smulovitz, C. (2002) (coord.). *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*. Temas.
- Schedler, A. (2004). ¿Qué es la rendición de cuentas? *Cuadernos de Transparencia*. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.
- Schedler, A. (2015). *En la niebla de la guerra. Los ciudadanos ante la violencia criminal organizada*. Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Villoria, M. (2006). *La corrupción política*. Síntesis.
- Villoria, M. y Wences, M. I. (eds.). (2010). *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*. Libros de la Catarata.
- Wences, M. I. (2010). Cultura de la legalidad y rendición de cuentas social. En M. Villoria y M. I. Wences (eds.), *Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras*. Catarata.

**SECCIÓN MISCELÁNEA:
Reflexiones desde la defensa
jurídica del Estado**

LAS DECLARACIONES DEL PROCURADOR ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN O ANTE TERCEROS



ÁNGEL AUGUSTO VIVANCO ORTIZ

PROCURADOR ADJUNTO DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

1. INTRODUCCIÓN

En una revista semanal, un comentarista recogía un dicho que reza: “Cuando estalla la guerra, lo primero en caer es la verdad”. Esta afirmación podría aplicarse a otra clase de conflictos, como aquellos que se dilucidan ante órganos jurisdiccionales. Otro comentarista decía que hay “Una prensa de guerra”, donde los medios de comunicación juegan un papel importante, muchas veces distorsionando los hechos en favor de uno de los contendientes.

Esto mismo ocurre en los procesos judiciales. Cada medio de prensa cuenta con reporteros y comentaristas especializados en procesos judiciales, quienes se encargan de mediatizarlos. Pero la divulgación de estos procesos no siempre es objetiva, sino que obedece a los intereses de las partes, quienes utilizan los medios para generar una adhesión favorable en la opinión pública y presionar a los jueces, fiscales y demás operadores del Derecho.

El escenario natural donde se publicita y divulga el proceso es el de los tribunales, sobre todo cuando confluyen las partes y

sus abogados en los actos procesales, sean estos audiencias probatorias o informes orales. Los procuradores no son ajenos a esta situación y son abordados por los reporteros para obtener declaraciones sobre el proceso. En estas circunstancias, los defensores del Estado podrían brindar declaraciones, pero limitados por los deberes que les impone el Decreto Legislativo N.º 1326 y demás normas concordantes, porque, de no observar el marco jurídico, pueden ser objeto de sanción.

2. LA PUBLICIDAD DE LOS PROCESOS

La divulgación de los procesos es natural; tanto más si el Derecho procesal garantiza su difusión con base en el principio de publicidad, aunque con ciertas limitaciones, sobre todo en cuanto al acceso a los expedientes. Además, en materia penal hay etapas cubiertas por su carácter reservado. Así, Devis Echandía considera que: “La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo y a su publicación, y a la intervención de las partes y sus apoderados y a la notificación de las providencias” (1984, p. 25).

La prensa, al divulgar los acontecimientos del proceso, no hace más que cumplir con su rol fiscalizador. Lógicamente, los reporteros deben observar las normas éticas que garanticen su imparcialidad y un trato igualitario hacia las partes involucradas. Los procuradores, en tanto defensores de una de las partes, suelen ser protagonistas de las noticias judiciales que se divulgan.

3. LA EXPOSICIÓN MEDIÁTICA DEL PROCESO

En determinadas circunstancias, los abogados, en particular los procuradores, son expuestos frente a los medios de comunicación. Esto ocurre generalmente cuando un caso judicial o arbitral se ha

mediatizado. Los reporteros y comentaristas buscan obtener la versión de las partes involucradas en el proceso y, así, recurren a entrevistas, pedidos de entrega de copias de documentos, citas para hacer reportajes y otros.

Muchas veces, sin embargo, la prensa ni siquiera busca información del procurador que lleva determinado proceso; sin embargo, se propalan noticias, comentarios y reportajes de manera parcializada sobre la base de la versión de la contraparte. La mediatización de un proceso judicial o arbitral tiene lugar por su impacto en la opinión pública, como por ejemplo los procesos de corrupción que involucran al Consorcio Odebrecht.

Llegar a los medios de comunicación no es fácil; tampoco gratuito. La divulgación se consigue de diferentes formas, como auspicios, canjes y otros. Si una de las partes que interviene en un proceso opta por recurrir a los medios y es acogida, significa que tiene mejor capacidad de maniobra.

Hay ocasiones en las que, lamentablemente, el público se deja llevar por informaciones tergiversadas o no confirmadas por la prensa, con lo que se genera una corriente de opinión favorable a la parte procesal que ha logrado acceder a los medios de comunicación. Los procesos judiciales en los que el Estado es parte no son ajenos a esta situación. La prensa genera corrientes de opinión, y en ocasiones hace uso de la libertad de expresión sin límite alguno, al punto que llega a propalar versiones inexactas sobre los procesos judiciales y puede afectar los intereses de las partes, incluyendo al Estado cuando está en esa posición.

Los efectos de la mediatización de los procesos judiciales se producen de diversas formas. En muchos casos el proceso se paraliza o se resuelve con suma celeridad, según el interés del

favorecido con la mediatización. No pocas veces las resoluciones o los fallos se expiden en favor de quien movió o recurrió a los medios.

Los conflictos se verifican en distintos frentes. En los procesos ocurre algo similar, porque trascienden al exterior, mucho más si se trata de aquellos en los que el Estado es parte. Esto ocurre cuando los medios de comunicación, foros profesionales y académicos propalan información concerniente al desarrollo del proceso, involucrando a los operadores que participan en él, lo que da lugar a que tengan que ejercitar sus derechos en este “frente”.

4. LAS DECLARACIONES DEL PROCURADOR ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Cuando el Procurador logra acceder a un medio de comunicación para dar a conocer la posición del Estado en determinado proceso y la secuencia que viene siguiendo su trámite, simplemente está cumpliendo con su rol de abogado y con su deber de funcionario público, dentro de las facultades que le confiere la ley, en virtud de su representación en un proceso ante un órgano jurisdiccional, tanto más si tiene autonomía funcional. Inclusive la declaración espontánea del Procurador ante la prensa sería un deber, por ejemplo, al desmentir o aclarar eventuales declaraciones inexactas que efectúe algún medio o el abogado de la contraparte.

Así mismo, si el procurador accediera a los medios por su propia iniciativa para declarar sobre aspectos de un proceso que merezca celeridad, imparcialidad u otra necesidad, su actitud contribuiría positivamente en la estrategia de defensa y más bien se tomaría el hecho como inherente a su función.

Esta práctica es usual en otras actividades profesionales en las que se precisa defender, transparentar o publicitar su labor. Esto

ocurre, por ejemplo, en el caso de los auditores respecto de sus informes, los ingenieros con relación a sus obras, los arquitectos cuando diseñan algún proyecto, o los economistas cuando publicitan las proyecciones y políticas de la economía. Incluso los profesionales de la salud, cuando reportan la situación de algún paciente que, por ejemplo, se está recuperando en una unidad de cuidados intensivos.

Cuando se trata de procesos en contra del Estado, la capacidad de maniobra de la contraparte muchas veces se hace más notoria, sobre todo cuando llegan a los medios para que toquen el desarrollo de algún proceso.

Cuando el asunto concierne a procesos en los cuales el Estado es parte, lamentablemente sus defensores, los procuradores y otros operadores no cuentan con mecanismos para tener igual o mayor capacidad de maniobra en relación con su contraparte, cuando se trata de acercarse a la prensa o enfrentar a las versiones que dan los medios sobre el proceso, ya sea desmintiendo o rebatiendo las versiones de la parte contraria. Son muy pocos los casos en los que se da cobertura a los procuradores.

5. LIMITACIONES DE LOS PROCURADORES EN SUS DECLARACIONES FORMULADAS ANTE MEDIOS Y ANTE TERCEROS

Para evitar algún eventual exabrupto o actuación desatinada, se han dado dispositivos que regulan las declaraciones que efectúan los procuradores para proteger los intereses de la parte que defiende. Hay normas que establecen límites a este actuar, que tienen que ver con el procurador en su condición de defensor del Estado, otras como abogado, y también las que son inherentes a todos los funcionarios públicos.

Como profesional del Derecho, el procurador se somete al Código de Ética del Colegio de Abogados de Lima, el cual rige para todos los colegios de abogados del Perú. Se trata de una norma deontológica que regula la conducta de los abogados en el ejercicio de su profesión. La limitación que contiene este Código concierne a guardar el secreto profesional, que le impide al abogado divulgar los hechos del proceso. Se basa en el principio de confidencialidad (artículo 30), concordante con el de lealtad (artículo 6, inciso 1). Claro está que existen excepciones, como la develación facultativa, develación obligatoria y la difusión académica sin identificación de las personas involucradas.

Como abogado defensor, está sujeto a la observancia de varias normas. Así, en la defensa penal debe guardar reserva en determinado estadio del proceso; en su artículo 293, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla el deber de guardar secreto profesional y abstenerse de difundir aspectos reservados del proceso; en la Ley de Arbitraje, el artículo 51 establece que las partes deben observar la confidencialidad del proceso.

En su calidad de servidor público y, además, de funcionario, su actuación está regulada por las normas del servicio civil, tanto las referidas al régimen disciplinario como las contenidas en el Código de Ética de la Función Pública. Del mismo modo, existen regímenes especiales para quienes prestan servicios en su calidad de miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

6. LA REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL PROCURADOR ANTE LOS MEDIOS Y TERCEROS

Como antecedentes legislativos debemos mencionar al DL N.° 17537, el cual no contenía norma limitativa alguna, entendiéndose que ante alguna inconducta funcional vinculada a la declaración

ante los medios por parte de los procuradores, les eran aplicables los dispositivos inherentes al servicio civil que regían el régimen disciplinario.

Por otro lado, el reglamento del Decreto Legislativo N.° 1068 establecía la infracción cuando el procurador declaraba a los medios sin contar con autorización para hacerlo. Esta inclusión daba lugar a que los procuradores se vean atados de manos en su accionar, restándoles capacidad de maniobra en la defensa de los casos a su cargo.

En el régimen disciplinario actual, el numeral 3 del párrafo 31.3 del artículo 31 del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1326 considera como falta grave formular declaraciones a los medios o a terceros “que afecten la defensa jurídica del Estado”. En esta oportunidad no pretendemos desarrollar la morfología de esta infracción, sino únicamente hacer una aproximación a los alcances de esta falta disciplinaria en la norma que la regula y que reproducimos a continuación:

31.3 Constituyen faltas al desempeño funcional:

3. Formular declaraciones a los medios de comunicación y/o terceros que afecten la defensa jurídica del Estado, revelando la estrategia de defensa o brindando información de carácter secreta, reservada, confidencial, o que establezcan por adelantado responsabilidades o que afecten la integridad de la función.

Es necesario aclarar que las faltas también alcanzan a los abogados que actúan por delegación. Sin embargo, es necesario hacer notar que ellos no pueden declarar sobre temas vinculados a la gestión de la Procuraduría donde laboran, ni asumir la representación de la Procuraduría fuera

del escenario de los tribunales. Es decir, la subordinación a la que están sometidos limita su accionar cuando declara ante los medios, por lo que en una eventual modificación normativa debe considerarse esta particularidad.

7. DE LA INFRACCIÓN

7.1. La afectación

La tipificación de la infracción comprende: a) Información concerniente a la entidad pública involucrada, como las de carácter secreta, reservada, confidencial; y, b) Aquella concerniente a la estrategia de defensa, como el adelantar responsabilidades (la prognosis desfavorable) y la integridad de la función.

La primera infracción está dirigida a la violación de determinados deberes, como la reserva y discreción, vinculada al principio de lealtad, que es inherente a todo funcionario público y esencial para el funcionamiento del aparato del Estado, como refiere Dromi¹ (1987, p. 336). En nuestro ordenamiento jurídico está vinculada a la infracción contenida en el artículo 39 de la Ley N.º 30057, referida al hecho de brindar declaraciones sin contar con autorización.

1 "(....) Es una obligación esencial del empleado o funcionario público la reserva y discreción respecto de los hechos e informaciones a que tenga acceso. Más allá de lo que establezcan las normas sobre 'secreto o reserva administrativa', es un requisito para el fiel desempeño del cargo y hace a la lealtad para con el Estado (....)".

La segunda infracción está vinculada directamente al ejercicio de la defensa. En este caso, se estarían trastocando no solo los deberes inherentes a la función pública, sino también aquellas referidas a la abogacía en general.

7.2. Los medios utilizados

Comprenden los medios de prensa, escritos, televisivos, radiales y virtuales. En cuanto a la divulgación ante terceros, estarían referidos a las redes sociales, la intervención en foros académicos, conferencias, clases académicas u otros. Del mismo modo, estaría incluida la publicación de artículos periodísticos y en revistas especializadas.

En cuanto a las actividades académicas del procurador en general, sea como conferencista o docente, debe tenerse en cuenta que primaría el principio de lealtad como funcionario, antes que otros como la libertad de expresión o la libertad de cátedra. En este último supuesto se podría considerar a las que se efectúan en eventos académicos, reuniones e inclusive en conversaciones verbales o a través de mensajes, siempre que todos estos actos se hayan hecho públicos. El Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1326 no ha considerado de manera específica esta forma de declaración y debería normarlo tomando en cuenta los límites naturales que podría imponer.

De acuerdo con los alcances de esta norma, las declaraciones deben afectar la defensa durante el desarrollo del proceso, en el entendido de que el acto reprimido ponga en riesgo la posición que tenga en ese momento el Estado como parte en el proceso y que sea un factor que pueda influir en la decisión

del juez. Pero los actos de divulgación que constituyan falta también pueden producirse luego de concluido el proceso, porque pueden ser utilizados por la contraparte o terceros en otro proceso, generalmente conexo o común en trámite, o servir para que pueda iniciarse uno nuevo sobre el mismo tema, sin que la jurisprudencia haya establecido criterios uniformes.

La afectación lleva a que la infracción cause perjuicio a la defensa, debilitando la posición de la Procuraduría en el proceso o fuera de él, dando ventaja a la contraparte, la cual puede utilizarla en su estrategia. Claro que sería un agravante si la declaración ha sido un factor determinante para que se expida una resolución adversa.

Se debe entender que el perjuicio se da con la sola declaración y su consiguiente recepción o divulgación, al margen del resultado que posteriormente tenga el proceso, a favor o en contra del Estado, e inclusive sin que tome en cuenta si el órgano jurisdiccional o la contraparte la hayan utilizado.

A manera de conclusión, podemos afirmar que la norma en comento es una infracción especial concerniente a la actuación del Procurador al exteriorizar hechos que tienen que ver con el proceso y que afecten la defensa del Estado. Quiere decir que perjudiquen, entre otras, la estrategia, la capacidad operativa, las relaciones con las distintas entidades públicas, así como las relaciones internas dentro de la Procuraduría.

Lo positivo es que la misma norma tácitamente permite a los procuradores hacer declaraciones ante los medios, con las limitaciones que hemos expuesto, como medida preventiva para resguardar la defensa de los intereses del Estado.

Al margen de lo desarrollado en las líneas precedentes, es necesario que la defensa del Estado cuente con un soporte de información pública para tener una mejor capacidad de respuesta ante la divulgación inexacta de lo que ocurre dentro del proceso en perjuicio del Estado. Es tarea de los equipos de prensa de la Procuraduría General del Estado, así como de las entidades involucradas.

8. CONCLUSIONES

- a. A manera de conclusión, podemos afirmar que la norma en comento es una infracción especial concerniente a la actuación del Procurador al exteriorizar hechos que tienen que ver con el proceso y que afecten la defensa del Estado. Quiere decir que perjudiquen, entre otras, la estrategia, la capacidad operativa, las relaciones con las distintas entidades públicas, así como las relaciones internas en la Procuraduría. Lo positivo es que la misma norma tácitamente permite a los procuradores hacer declaraciones ante los medios, con las limitaciones que hemos expuesto, como medida preventiva para resguardar la defensa de los intereses del Estado.
- b. Es importante que se incluyan en el reglamento las declaraciones en foros académicos, así como en la producción literaria.
- c. Del mismo modo, consideramos que debe precisarse los alcances y limitaciones en las declaraciones de los abogados que actúan por delegación.
- d. Al margen de lo desarrollado en las líneas precedentes, es necesario que la defensa del Estado cuente con un soporte

de información pública para tener una mejor capacidad de respuesta ante la divulgación inexacta de lo que ocurre dentro del proceso en perjuicio del Estado. Es tarea de los equipos de prensa de la Procuraduría General del Estado, así como de las entidades involucradas.

REFERENCIAS

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del contrato*. Editorial Universidad.

Dromi, J. (1987). *Manual de derecho administrativo*. Editorial Astrea.

PERFILANDO EL APORTE POR REGULACIÓN AL OSIPTEL DESDE LA JURISPRUDENCIA

KELLY SILVANA MINCHÁN ANTÓN
PROCURADORA PÚBLICA DE OSIPTEL

1. INTRODUCCIÓN

En la defensa jurídica del Estado atendemos controversias que se despliegan en procedimientos administrativos y judiciales de diferente temática. Una de ellas es la defensa de la recaudación de los tributos que administran aquellas instituciones que han sido establecidas por ley como acreedores tributarios. El Organismo de Supervisión de la Inversión Pública en las Telecomunicaciones (OSIPTEL) presenta esta condición jurídica respecto del tributo denominado “aporte por regulación”, que viene siendo cuestionado por los contribuyentes de este en la vía administrativa y judicial, motivando el ejercicio de acciones de defensa por parte de la Procuraduría Pública que persiguen cautelar la recaudación de este tributo y la obtención de pronunciamientos jurisprudenciales que permitan resolver de forma definitiva las controversias que inciden en los conceptos que son gravados por el mencionado tributo.

Justamente haremos una breve explicación de la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema respecto de procesos seguidos

por la Procuraduría del OSIPTEL¹ sobre el aporte por regulación, específicamente en lo relativo a *los ingresos por cargos de interconexión* que perciben las empresas operadoras. Mediante un análisis interdisciplinario,² estos pronunciamientos analizan la aplicación del principio de reserva de ley tributaria en relación con los métodos interpretativos en el ámbito tributario, partiendo del análisis de las características que definen la naturaleza jurídica del servicio cuestionado, independientemente del nombre asignado por los contribuyentes.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El aporte por regulación al OSIPTEL es una obligación de naturaleza tributaria, aplicable a las empresas y entidades bajo su ámbito de regulación, conforme lo establece el artículo 10 de la Ley N.º 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos:

Artículo 10.- Aporte por regulación. Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

1 Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

2 Desde el artículo 74 de la Constitución vigente, la Norma VIII del Código Tributario y las normas especiales de Telecomunicaciones.

En ese marco legal, se emitió el Decreto Supremo N.° 12-2002-PCM y la Resolución N.° 085-2015-CD/OSIPTTEL, y sus modificaciones posteriores, donde se establecen las normas complementarias y los procedimientos a los que están sujetas las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones.

Así, las personas naturales o jurídicas que cuentan con un contrato de concesión o con registro para la explotación de servicios públicos de telecomunicaciones (empresas operadoras) deben cumplir con esta contribución tributaria,³ que se calcula sobre el valor de la facturación anual correspondiente a las operaciones relacionadas con la actividad de supervisión y regulación del OSIPTTEL; deduciendo el IGV, impuesto de promoción municipal y los cargos de interconexión. En ese marco, dichas empresas están obligadas a presentar declaraciones juradas del aporte, aun cuando en un periodo no exista la obligación de pago de este porque la empresa no obtuvo ingresos gravados. De lo contrario, las empresas se encuentran sujetas a un régimen de infracciones y sanciones.

De acuerdo con la ley, si una empresa percibe ingresos por la prestación de servicios telefónicos, debe pagar el aporte al OSIPTTEL.⁴ El hecho generador de la obligación tributaria del aporte tiene su origen en las actividades de supervisión, fiscalización, reguladoras y normativas, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad.⁵

3 El aporte por regulación es una contribución que se cobra como consecuencia de una actividad estatal: supervisión de las actividades realizadas por las empresas concesionarias de un servicio público de telecomunicaciones.

4 Artículo 1 del Decreto Supremo N.° 012-2002-PCM, artículo 12 de la Ley de Telecomunicaciones y 2 de su Reglamento.

5 Así mismo, en otros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional reitera lo siguiente: "(...) En conclusión, el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen básicamente en las actividades de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental que desarrolla el OEFA, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad de protección ambiental y que genera beneficios no solo para la sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación,

Sobre lo expuesto, el Tribunal Constitucional, en la STC N.° 05202-2015-PA/TC, señala, sobre la naturaleza del aporte por regulación, que “la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos” (fundamento 18). En este caso, las actividades realizadas por el OSIPTEL encajan en el rubro de actividades estatales, al supervisar y fiscalizar la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Además, este tributo se creó con el propósito de financiar las funciones asignadas a los organismos reguladores,⁶ esto es, su sostenimiento institucional, tanto más si la norma que lo crea no establece alguna limitación dirigida a financiar únicamente las funciones de supervisión y fiscalización.

pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado” (fundamento 39 de la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N.° 05410-2015-PA/TC).

“(…) En conclusión, el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen, básicamente, en las actividades de supervisión, fiscalización, reguladoras y normativas, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad en el subsector minero, y que generan beneficios no solo para la sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado, en particular, del mercado minero-energético, evitando de este modo que las empresas que no cumplan con sus obligaciones normativas, de seguridad y de acciones en general, compitan en una situación de desigualdad respecto de las que sí cumplen. A ello se debe agregar la prevención de los conflictos sociales que puedan generarse a consecuencia de la actividad minera en ciertos sectores del país” (fundamento 18 de la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N.° 03559-2015-PA/TC).

6 Artículo 3 de la Ley 27332, Funciones:

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: (...)
- b) Función reguladora: (...)
- c) Función normativa: (...)
- d) Función fiscalizadora y sancionadora: (...)
- e) Función de solución de controversias: (...)
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

El OSIPTEL, como administrador tributario del aporte por regulación, ejerce las facultades de recaudación, de determinación, de fiscalización y de imposición de sanciones del tributo, al amparo de las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 133-2013-EF (en adelante, Código) y las normas especiales contenidas en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), aprobado mediante Decreto Supremo N.° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General).

3. EL SERVICIO TELEFÓNICO COMO CONCEPTO GRAVADO

Para determinar si el “ingreso por cargos de interconexión” generado por un servicio de telecomunicaciones debe gravarse con el aporte, debemos analizar las características que definen su naturaleza, con independencia del nombre que le hayan asignado las partes. Así, el artículo 13 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁷ precisa que “se considera teleservicios o servicios finales a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios”. Además, indica que forman parte de los servicios finales, entre otros, los servicios telefónicos.

Por su parte, el artículo 53 del Reglamento del TUO de la Ley⁸ señala respecto de la clasificación de los teleservicios públicos que se consideran teleservicios públicos al servicio telefónico, el cual permite a los usuarios la conversación telefónica en tiempo real, en ambos sentidos de transmisión, y a través de la red de telecomunicaciones, y proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios (servicio telefónico,

7 Aprobada por Decreto Supremo N.° 013-93-TCC.

8 Aprobado por Decreto Supremo N.° 020-2007-MTC y sus modificatorias.

fijo y móvil; servicio télex; servicio telegráfico, etcétera) (Alcázar y Pollarolo, 2000, p. 24).

De lo expuesto, se advierte que el servicio telefónico es un tipo de servicio de telecomunicaciones, específicamente un servicio final o teleservicio (que permite la capacidad de comunicación completa entre usuarios) y califica como servicio público al permitir una comunicación *en tiempo real, a través de la red de telecomunicaciones y en ambos sentidos de transmisión*.

Por otro lado, cada vez que un usuario de una empresa de telefonía realiza una llamada al usuario de otra empresa operadora, esta se encuentra obligada por ley⁹ a prestar en su red el servicio telefónico que permita la comunicación entre los usuarios de distintas empresas operadoras.

En ese caso, a dicho servicio telefónico también se le conoce como “terminación de llamada”, y por cada segundo que dure cada llamada telefónica la empresa operadora cobra una contraprestación que se denomina “cargos de interconexión”. Además, si otra empresa efectúa el cobro del servicio a su usuario y luego se lo transfiere a otra empresa operadora, no cambia la naturaleza del servicio prestado ni deja de ser un servicio telefónico.

4. LA RESERVA DE LA LEY TRIBUTARIA Y LA NORMA VIII DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Otro tema cuestionado es la aplicación del Principio de Reserva de Ley tributaria según el artículo 74 de la Constitución vigente, así

⁹ Según el artículo 4, conforme lo establece la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, establece que la interconexión es de interés público y social, y, en consecuencia, es obligatoria.

como lo dispuesto en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario al aplicar el aporte, porque para determinar si un hecho se encuentra gravado con un tributo debemos ceñirnos al texto expreso de la norma, pues en vía de interpretación no podrán concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley.

Respecto de la reserva de la ley, si bien el Tribunal Constitucional ha perfilado que “la reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración –entre otros– de tributos queda reservada para ser actuada mediante una ley” (fundamento 33, STC N.º 2302-2003-AA/TC), también es cierto que:

(...) el Tribunal Constitucional ha admitido la relativización de la reserva de Ley, en el entendido de que exigir una regulación extremadamente detallista o condiciones rigurosas en algunos casos concretos podría resultar o antitécnico e incluso inconveniente para la propia protección de otras finalidades constitucionales igualmente valiosas, como es el caso de la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal. (Fundamento 26, STC N.º 03769-2010-PA/TC)

Así mismo, del texto de la Norma VIII¹⁰ se puede advertir que esta no niega el carácter interpretativo de las normas tributarias; por el contrario, al aplicar las normas tributarias se puede usar todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. En esa línea, podemos señalar que la reserva de ley en materia tributaria es relativa,

10 NORMA VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al Reglamento, siempre y cuando los parámetros estén establecidos en la propia Ley. Esta lógica queda evidenciada en la STC N.º 2762-2002-AA/TC – Caso British American Tobacco, la cual expresa lo siguiente:

Primeramente, ha de señalarse que la reserva de ley en materia tributaria es, *prima facie*, una reserva relativa. Salvo para el caso previsto en el último párrafo del artículo 79 de la Constitución, que está sujeto a una reserva absoluta de ley (ley expresa), para los supuestos contemplados en el artículo 74 de la Constitución, la sujeción del ejercicio de la potestad tributaria al principio de reserva de ley –en cuanto al tipo de norma– debe entenderse como relativa, pues también la creación, modificación, derogación y exoneración tributarias pueden realizarse previa delegación de facultades, mediante Decreto Legislativo. Se trata, en estos casos, de una reserva de acto legislativo. (...)

Así pues, en cualquier caso, nuestro texto constitucional habilitará remisiones de elementos esenciales del tributo a normas reglamentarias, única y excepcionalmente, cuando la ley misma establezca parámetros y límites de actuación a dicha norma, la razonabilidad así lo justifique, y se haya superado el análisis de proporcionalidad; es decir, cuando la referida remisión quede sustentada como una medida necesaria e ineludible. Sin embargo, en ninguno de estos casos podrá aceptarse la deslegalización de la materia tributaria, lo que significa la entrega abierta al Ejecutivo de facultades para determinarla.

Ahora bien: para el caso específico del aporte por regulación, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la no vulneración de los principios de legalidad y reserva de ley de los aportes por regulación en reiterada jurisprudencia, como es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 3303-2003-AA/TC y N.º 1520-2004-AA/TC:

3. Respecto al alegato de la recurrente sobre la vulneración de la reserva de ley, cabe señalar que en la STC 3303-2003-AA/TC (aportes por regulación), el Tribunal Constitucional precisó que la reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir excepcionalmente derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley. Asimismo, se indicó que el grado de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible y menor cuando se trata de otros elementos; pero que, en ningún caso, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Ejecutivo para regular la materia.

4. Entonces, cuando el artículo 10° de la Ley N.° 27332 establece que: "Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo (...), se configura una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento, sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota —originalmente creada por Ley— únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere; es decir, sin exceder del tope del 1%".

Además, la Resolución del Tribunal Fiscal de Observancia Obligatoria N.° 0416-1-2009 analizó los aportes previstos en el inciso 'g' del artículo 31 del Decreto Ley N.° 25844, y señala que la reserva de ley en materia tributaria es relativa. En consecuencia, el aporte por regulación cumple con el principio de reserva en materia tributaria al establecer claramente los parámetros para su reglamentación por parte del Ejecutivo.

Por otro lado, el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones establece tres requisitos para considerar a un servicio como “servicio público de telecomunicaciones”, siendo que para “los ingresos por los cargos de interconexión” se tiene:

1. Que esté declarado como tal en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Las empresas operadoras cobran los “cargos de interconexión” por un “servicio telefónico”. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 13 de la Ley de Telecomunicaciones, así como en los artículos 21 y 53 de su Reglamento citado, el “servicio telefónico” es un tipo de “servicio público de telecomunicaciones”, como parte de la categoría “teleservicios o servicios finales”.

2. Que esté a disposición del público en general

Una empresa de telecomunicaciones se encuentra obligada por ley a brindar el servicio telefónico en el tramo que corresponde a su red, tanto a sus clientes como a todos los clientes de los demás operadores de telecomunicaciones (es decir, al “público en general”), sin discriminación alguna dentro de sus posibilidades de oferta técnica (conforme establece el artículo 20 del Reglamento indicado). Basta que cualquiera de nosotros llame de un celular de cualquier empresa de telecomunicaciones a un usuario de otra operadora, para que esta se encuentre obligada a prestarnos el servicio de terminación de llamada por el que cobrará los “cargos de interconexión”.

3. Se preste a cambio de una contraprestación

De acuerdo con las normas regulatorias, el servicio telefónico de “terminación de llamada” se presta a cambio de una contraprestación denominada “cargos de interconexión” que se calcula por cada segundo de duración de la llamada y es pagada por los usuarios que originaron las llamadas. Si no hay llamadas telefónicas, no hay ingresos por cargos de interconexión.

Sentencias de la Sala Suprema

La Sala Suprema,¹¹ al analizar las referidas características, concluye que la interconexión constituye un *servicio público de telecomunicaciones*, en tanto cumple con las tres características que el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones exige. Para ello, precisa además que:

La interconexión o servicios de interconexión constituye un servicio público, siendo que cumple con las tres características del artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones exige.

5.5. Respecto a los teleservicios, se encuentran descritos en el artículo 13 de la Ley mencionada, manifestando lo siguiente: “Se considera teleservicios o servicios finales a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de estos servicios finales, entre otros, los siguientes: a) El servicio telefónico, fijo y móvil. b) El servicio télex. c) El servicio telegráfico (telegramas). d) Los servicios de radiocomunicación:

11 La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, así como la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en los Expedientes CAS N.° 17772-2016, 16510-2018 y 32809-2019, resolvieron declarando infundado e improcedente los recursos de casación de interpuestos por el Tribunal Fiscal y las empresas operadoras.

radioaficionados, fijo, móvil y busca personas. (...)”. Así también, el artículo 53 del Reglamento referido, señala que: “Se consideran teleservicios públicos a los siguientes: 1. Servicio telefónico.- Es el que permite a los usuarios la conversación telefónica en tiempo real, en ambos sentidos de transmisión, a través de la red de telecomunicaciones”. Entendiéndose entonces, teleservicios como aquellos servicios que proporcionan la capacidad completa, que hace posible la comunicación entre usuarios, definición que justamente es compatible con la función de los servicios de interconexión. Cumpliéndose de esta forma con la primera característica para ser considerado como servicio público.

(...)

5.7. Así, el artículo 110 del Reglamento citado señala que: “Los concesionarios para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, están obligados a aplicar los diseños de arquitectura de red abierta orientada hacia el establecimiento de una red digital integrada de servicios y sistemas que facilite la interconexión”. En ese sentido, el servicio de interconexión se encuentra a disposición del público en general, en la medida [en] que el operador de telecomunicación Entel Perú S.A., está en la obligación de brindar el servicio telefónico en el tramo que corresponde a su red, tanto a sus clientes como a los clientes de otros operadores, sin discriminación alguna; es decir, al público en general. Verificándose la segunda característica del servicio público. 5.8. Finalmente, el pago que generan los ingresos por “cargos de interconexión” obedece a una contraprestación, que es regulada en el límite máximo por el Estado; así, los servicios de terminación de la llamada tienen una compensación económica que se denomina cargos de interconexión. Siendo la última característica que igualmente se cumple.

5.9. Bajo esa línea, se concluye que la interconexión (o servicio de interconexión) constituye un servicio público dado que cumple con las tres características que el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones exige. En consecuencia, los denominados cargos de interconexión forman parte de la base imponible para

determinar los tributos de pago de “Aporte de Regulación al OSIPTEL” y del Derecho Especial destinado a FITEL.

No hay infracción normativa por indebida interpretación de los artículos 20 y 106 del Reglamento General de la Ley.

6.2. (...) Asimismo, no se advierte una infracción normativa de los artículos 20 y 106 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Las normas señaladas no han sido mal interpretadas por el Tribunal Superior, por el contrario, fueron interpretadas conforme a derecho de manera conjunta sirviendo así de apoyo al argumento central donde se afirma que el servicio de interconexión tiene naturaleza de servicio público.

6.3. En cuanto a la causal c) del recurso de casación de Entel Perú S.A., el Colegiado Superior determinó que el término “deducción” utilizado en los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N.º 012-2002-PCM, no debe entenderse como excluido o como que no debe formar parte de la base imponible, sino en su real significado en el contexto del ámbito tributario. Así, el que se permita su deducción evidencia por el contrario que son los ingresos que perciben las empresas operadoras por cargos de interconexión los que forman parte de la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, mientras que será materia de deducción los gastos que por dicho concepto realicen las empresas operadoras, esto es, que en los hechos, la diferencia positiva entre los ingresos y gastos formará finalmente parte de la base imponible y sobre la cual se aplicará la alícuota o porcentaje a efectos de determinar el quantum del tributo.

6.4. Conforme se advierte, la interpretación efectuada por la Sala Superior no es indebida, por el contrario, se ha establecido acorde con lo expuesto en la presente ejecutoria, ya que conforme a lo prescrito en los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N.º 012-2002-PCM, los operadores de telecomunicaciones reciben ingresos por el uso de la red, e igualmente paga o cancela por dicho servicio de otro operador (intercambio), por lo que en determinado momento, Entel Perú S.A., recibirá un ingreso por el servicio de interconexión

por el uso de su red; y como contrapeso soportará un egreso por los pagos que tuviera que realizar por la utilización de la red de otro operador, por lo tanto, a efectos de totalizar lo que realmente se percibe por este concepto (servicio de interconexión), es que la norma reglamentaria permite deducir de la base imponible los cargos por interconexión que paga por la utilización de la red de otro operador; en consecuencia, la denuncia de infracción de las normas contenidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N.º 012-2002-PCM, corresponde ser desestimada. Estando a lo analizado, se puede afirmar que la sentencia impugnada no incurre en las causales de infracción normativa alegadas por los recurrentes.

En suma, la Sala Suprema concluye que los servicios de interconexión:

- i. Están considerados como servicios públicos de telecomunicaciones¹² por el Reglamento, tal como la ley lo exige, puesto que están dentro de la definición¹³ de teleservicio o servicio final.
- ii. Se encuentra a disposición del público en general en su calidad de esencial y la obligación que tiene la empresa operadora de brindar el servicio telefónico en el tramo que corresponde a su red, tanto a sus clientes como a los clientes de otros operadores, sin discriminación alguna.
- iii. Se efectúa a cambio de una contraprestación (cargos de interconexión) que es regulada en el límite máximo por el Estado. El servicio de terminación de la llamada tiene una compensación económica que se denomina cargos de interconexión.

12 Conforme el artículo 21 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

13 Como aquellos servicios que proporcionan la capacidad completa, que hace posible la comunicación entre usuarios (definición que justamente es compatible con la función de los servicios de interconexión). La que se encuentra en el artículo 13 de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 53 del Reglamento.

5. CONCLUSIONES

- El OSIPTEL es un organismo regulador cuyas actividades son financiadas principalmente con recursos directamente recaudados, provenientes de un tributo denominado “aporte por regulación”.
- Al respecto, el origen del hecho generador del aporte por regulación está constituido por la actividad supervisora y reguladora que OSIPTEL desarrolla dentro del sector telecomunicaciones a nivel nacional, vale decir, las labores institucionales que realiza y que generan beneficios, no solo repercuten en la sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza el funcionamiento del mercado.
- La Corte Suprema viene perfilando la naturaleza jurídica e hipótesis de incidencia del aporte por regulación al OSIPTEL, como es el concepto de servicio de interconexión, habiendo realizado un análisis conjunto de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, verificando concluir que —efectivamente— cumple con los requisitos para ser considerado como un servicio público, conforme a ley.
- Los servicios telefónicos de terminación de llamada prestados por la empresa operadora a los clientes de las demás empresas de telefonía, que son retribuidos por los “cargos de interconexión”, cumplen con los tres requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley para ser considerados “servicios públicos de telecomunicaciones” y, por lo tanto, se encuentran gravados con el Aportes por Regulación al OSIPTEL.

REFERENCIAS

- Alcázar, L. y Pollarolo, P. (2000). *La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad: un análisis institucional comparativo*. Instituto Apoyo.
- Izaguirre, G. y León, W. (2022). ¿Debemos seguir preocupándonos por la legitimidad del aporte por regulación del OEFA? Una respuesta desde tres frentes para las empresas mineras y energéticas. *8.ª Revista Peruana de Energía*, 1-56.
- Laos, G. (2018). Análisis de los argumentos a favor y en contra del aporte por regulación en las empresas mineras a partir de la Resolución N.º 0425-2014/CEB-INDECOPI. *Revista Minas & Derecho del Centro de Estudios de Derecho, Minería, Energía y Recursos Hídricos de la Facultad de Derecho de la USMP*, 1-10.
- Moscol, A. (2001). La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, XVI(53).

LA DEFENSA JUDICIAL DEL ACTOR CIVIL Y SU IMPACTO EN EL PROCESO PENAL



IVON DE LOURDES MARTÍNEZ SIMBALA
ABOGADA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL RENIEC

1. INTRODUCCIÓN

La defensa jurídica del Estado en la administración de justicia es una labor importante y necesaria en un Estado convencional y constitucional de derecho, más aún si se trata de un servicio que realizan los/as procuradores/as públicos/as en el marco del ejercicio de la acción y persecución de la sanción civil. En esta defensa judicial, la obtención de sentencias favorables constituye la garantía principal del ejercicio efectivo de la defensa jurídica de los intereses y derechos del Estado. Este último enfoque es de vital interés para las entidades que representan para reclamar u objetar su extensión e incremento de la reparación civil, cuando el pronunciamiento sea ínfimo.

Sobre el ejercicio de la acción civil, se señala que:

El actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial, un perjuicio; es el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito y la persecución de la sanción civil y su resarcibilidad integral. (San Martín, 2003, pp. 257-259)

Según Ricardo Núñez (2013):

La acción civil que se promueve en el proceso penal, detenta una naturaleza jurídica distinta, es económica, por ende, compensatoria. Es un interés de naturaleza patrimonial que directa, y preponderantemente, atiende al daño de ese carácter inferido por el delito de una persona. (p. 56)

No obstante, esta aspiración indemnizatoria integral efectiva no se viene cumpliendo en nuestro sistema de justicia (en particular en la Procuraduría Pública), debido a las notificaciones defectuosas de las disposiciones de formalización de investigación preparatoria, acusación directa, la recargada carga procesal de la defensa jurídica, la alta litigiosidad en el Estado, la poca difusión de la cultura jurídica de las figuras e instrumentos jurídicos del actor civil, la falta de implementación de un sistema informático del expediente de defensa jurídica que permita que los operadores den el seguimiento, monitoreo, supervisión y tengan información en tiempo real sobre el progreso de sus actividades y el control del resultado.

Esto nos permite concluir que existe un problema jurídico que se ve reflejado en los bajos índices de solicitudes de constitución en actor civil por dicho órgano de defensa en el proceso penal, lo que evidencia inobservancia en el ejercicio de la acción y persecución de la sanción civil. Ello ocasiona que se emitan sentencias desfavorables con reparaciones civiles exiguas, brechas que en mi opinión generan indefensión a los intereses y derechos del Estado peruano de las entidades donde ejercen su función.

Por ello, el motivo de esta investigación es analizar y reflexionar jurídicamente sobre la siguiente interrogante: ¿por qué es importante que el/la procurador/a público/a se constituyan en actor civil durante el proceso penal?

2. LA PRETENSIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

El enfoque histórico del sistema procesal penal peruano corresponde a un proceso de acumulación heterogénea de pretensiones, que se divide en dos acciones: una penal, que reprime el daño público causado por el delito, y otra civil, que repara el daño privado ocasionado por el mismo hecho ilícito.

Del Acuerdo Plenario n° 4-2019/CIJ-116, de fecha 10 de septiembre de 2019, se precisó las siguientes definiciones

Para el magistrado peruano César San Martín Castro (2020), define al «actor civil como el sujeto afectado por el delito que ejercita la acción de la pretensión civil en el proceso acumulado al penal». Así pues, el objeto civil acumulado en el proceso penal recae sobre los intereses directos de la víctima a ser reparada por el daño sufrido» (p. 274).

Al respecto, el profesor peruano Neyra Flores (2010), citando a Moreno Catena señala que: “el actor civil es todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una pretensión patrimonial, por la comisión de hechos delictivos imputados al autor, su naturaleza jurídica es de índole civil, el interés que persigue es de índole económico y se requiere de toda una formalidad para su intervención en el proceso penal” (p. 259).

Por otro lado, el jurista español Vicente Gimeno Sendra (2007) sostuvo que:

el fundamento de la acumulación de la acción civil, a la penal derivada del delito, es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que

podiera surgir, como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil. (p. 257)

Que a decir del magistrado peruano César San Martín Castro (citando a Gómez Orbaneja y a Herce Quemada (2015): “El delito es una especie de acto ilícito. La conducta que la ley penal califica de delito es a la vez fuente de obligaciones civiles, si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados (...) (p.p 266-267).

Siguiendo a Cortez, es evidente que el delito no nace de la acción civil, como tampoco hay obligaciones civiles que nazcan de los delitos. Esa responsabilidad no nace porque el hecho de que sea delito, sino porque el hecho produce un daño o porque él implica un menoscabo patrimonial de la víctima. (Cortez, 2017, p. 175). La relación jurídica material, siempre es de derecho privado y participa del carácter dispositivo de las acciones reguladas en la ley procesal civil. No pierde su naturaleza civil por el hecho de ser ejercida en el proceso penal.

Actualmente, la naturaleza jurídica de la acción civil es de índole civil, y nace de la verificación de los daños (*ex damno*): «daños patrimoniales y no patrimoniales». El primero corresponde a una pérdida, disminución, menoscabo y detrimento económico en la esfera patrimonial del Estado; y el segundo está referido a la lesión de los bienes, derechos materiales e inmateriales, valores e intereses jurídicos, que constitucionalmente resguarda el Estado. En otras palabras, el interés que persigue es de carácter económico-patrimonial (Núñez, 2003, p. 56).

Su objeto civil se rige por los artículos 98 al 101 del Código Penal. Este último precepto señala que: “La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”. Además, debe tenerse en cuenta los acuerdos plenarios (N° 006-2006/CJ-116, N° 005-2011/CJ-116 de fecha 13 de octubre del 2006, 6 de diciembre del 2011, respectivamente) sobre la reparación civil y la naturaleza jurídica, características de las pretensiones civiles en el proceso penal.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N.° 4-2019/CIJ-116, de fecha 10 de septiembre de 2019, precisa en forma concreta que ambas acciones (penal y civil) derivan de los hechos. Aclara, además, que la segunda no es consecuencia de la primera. Luego precisa que la responsabilidad civil no nace porque se trate de un delito, sino porque se verifica un daño.

Así mismo, destaca Cobo Vives, amparándose en Mantovani (1997) que:

El daño resarcible, o *daño civil*, es distinto del que pudiera denominarse daño penal. Este último se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, mientras que el primero consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por las víctimas. Los fines de la sanción penal y de la reparación civil del daño son diferentes. En el primer caso, persiguen primordialmente, aunque no exclusivamente, fines preventivos para evitar futuros delitos. Por el contrario, la responsabilidad civil busca únicamente reparar el daño causado a los perjudicados. Son, pues, dos obligaciones autónomas con presupuestos, contenido y finalidades distintos. (pp. 967-968)

Menciona al respecto Gómez Colomer (2014, p. 124) que de todas las consecuencias jurídicas punibles en cuanto acción ilícita, la ley penal solamente considera que pueden acumularse en el proceso

penal: *la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios* derivados de la comisión de ese hecho. Se trata, entonces, de las prestaciones estrictamente necesarias para reparar el daño causado a los particulares.

En palabras de Peña Cabrera Freyre (2016), el actor civil:

es aquel que se apersona, ante la jurisdicción, como agraviado o como directo perjudicado por la comisión del delito, quien pretende obtener un resarcimiento económico por parte del imputado o de terceros responsables, proporcional a la magnitud del daño ocasionado. Puede o no coincidir con el ofendido según el delito y los efectos que haya producido. (p. 281)

En suma, podemos decir que la acción civil tiene fines procesales estrictos, goza de plena autonomía, posee su propia estructura, presupuesto, contenido, finalidad, plazos de prescripción, objeto, daño, responsabilidad, sanción civil y criterios de imputación diferente de la penal.

Es preciso destacar que el juez cumple la función principal de garantizar la reparación civil juntamente con la pena; visto que es un derecho de la víctima que debe hacerse efecto para asegurar la satisfacción, restitución de la cosa e indemnización de perjuicios

En consecuencia, los/las procuradores/as públicos y sus equipos de litigio penal, como sus actores principales, deben petitionar tutela jurisdiccional efectiva, a efectos de que la justicia penal reconozca la pretensión y sanción civil, reclamando la reparación civil con valoración equitativa, justo arbitrio, y la indemnización del perjuicio producido por hecho criminoso.

Ello apunta a la mejora de la gestión pública por una defensa jurídica efectiva, rápida y pronta y al cumplimiento de uno de los objetivos

principales en el proceso penal, referido al “cobro de las reparaciones civiles” razonables y proporcionales al daño ocasionado a las entidades públicas.

3. MARCO DOCTRINARIO, NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL AGRAVIADO Y ACTOR CIVIL

En cuanto al agraviado

El siguiente punto para tratar es el *agraviado*, debido a que, es él quien goza de plena tutela de sus derechos y en el proceso penal es aquel que resulte directamente perjudicado u ofendido por el delito. Sobre la legitimación del agraviado en el proceso penal, en la Casación N.° 353-2011-Arequipa, del 4 de junio de 2013, en su fundamento 4, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante las facultades y derechos procesales autónomos siguientes derechos:

- Goza del derecho de acceso a la información de los resultados de la actuación en el procedimiento en el que haya o no intervenido; siempre y cuando lo solicite.
- A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal.
- A recibir protección constitucional, trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.
- Actuar con todas las garantías de defensa jurídica: motivación, derecho, tutela jurisdiccional efectiva y respeto al principio de interdicción de la arbitrariedad (Casación N.° 1089-2017-Amazonas, 10 de septiembre de 2020, fundamento 37).
- A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (Casación N.° 966-2017, de fecha 20 de abril de 2018), en la que se analizó el caso, los acusados fueron absueltos y

quien apeló fue el agraviado. La Sala Suprema estableció que el derecho del agraviado a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria no está condicionado a que el fiscal también impugne estas decisiones.

- A obtener la tutela de sus derechos materiales o sustantivos, lo que importa, a su vez: a. El derecho a la verdad, esto es, a conocer lo que en efecto ocurrió y tener legitimidad para instar este derecho y reclamar por su efectiva concreción. b. El derecho a la justicia, es decir, a que no se produzca situación alguna de impunidad, ya que el Estado tiene la obligación constitucional y convencional de respetar y garantizar plenamente la efectividad de todos los derechos fundamentales. c. El derecho a la reparación integral. (Casación N.° 966-2017, de fecha 20 de abril de 2018),

En cuanto al actor civil

Moreno (1996) señaló que:

Es el órgano o la persona que deduce, en un proceso penal, una pretensión patrimonial, por la comisión de hechos delictivos imputados al actor. Su naturaleza jurídica es de índole civil, el interés que persigue es económico y requiere de formalidades para su intervención en el proceso penal. (p. 350)

De acuerdo con Vicente Gimeno Sendra (2007b), el actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular frente al responsable civil de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito (p. 181).

Al respecto, el profesor peruano Sánchez Velarde amparándose en Moreno Catena V, con Gimeno Sendra (1997) señala que: “el actor

civil es la parte legitimada para intervenir en el proceso penal y reclamar la reparación civil. Es todo órgano o persona que deduce en un proceso penal una “pretensión patrimonial” ante la comisión de un delito imputado al autor su naturaleza jurídica es de índole civil, su interés es económico y se requiere de toda una formalidad para su intervención en el proceso penal” (p. 178).

Igualmente, se coincide con el magistrado peruano César San Martín Castro (2003), cuando sostiene que:

El actor civil es aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido el daño criminal y en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito. Tiene el derecho de intervenir sólo para acreditar los hechos y los daños y perjuicios que le hayan ocasionado. (pp. 257-259)

La definición de corte procesal que da Vélez Mariconde indica que el actor civil:

es el sujeto secundario y eventual de la relación procesal, quien, mediante una acción civil accesoria a la penal, deduce la pretensión de resarcimiento basada en el mismo hecho que constituye el objeto de esa relación, requiriendo una sentencia favorable. (p. 183)

Para el profesor Oré Guardia, el actor civil:

es la persona física o jurídica, [agraviado o perjudicado por la comisión del hecho delictivo], que se encuentra facultado para ejercer la acción civil dentro del proceso penal (2021, pp.337-338); es decir, el sujeto que pretende la restitución de la cosa, la

reparación del daño o de la indemnización del perjuicio material o moral. Interviene en el proceso de manera secundaria y eventual.

En el fundamento séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N.° 0828-2005-HC/TC, del 7 de julio de 2005, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, señalando que el actor civil no solo puede ser quien ha sufrido directamente el daño criminal, sino que puede ser además el perjudicado o el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito.

Por otro lado, el legislador peruano ha incluido un capítulo completo denominado “El actor civil, que empieza desde el artículo 98 al 106 del Código Procesal Penal. Al mismo tiempo, la jurisprudencia tuvo la oportunidad de definirla como *doctrina legal* en el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N.° 5-2011/CJ-116, “Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma”, en el que se establece:

(...) El actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, (...), esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito (...).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Casación N.° 655-2015-Tumbes, de 16 de agosto de 2017, en su fundamento décimo octavo, se dice: “La acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito; [...]”.

Esta acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, si este último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio

Público para intervenir en el objeto civil del proceso (artículo 11, inciso 1, del Código Procesal Penal).

Así mismo, se prevé el ejercicio alternativo de la acción civil, y el perjudicado podrá ejercer la acción civil por el delito en el proceso penal o ante el órgano jurisdiccional civil. Sin embargo, una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional (artículo 12, inciso 1, del citado texto legal).

En ese sentido, el Estado o la entidad estatal correspondiente, es quien tiene tal condición y cuya representación se encuentra a cargo del procurador público/a respectivo, es el sujeto pasivo del daño indemnizable, titular del interés directo lesionado, quien debe presentar la solicitud de constitución en actor civil ante el juzgado de investigación preparatoria con la finalidad de hacer valer la pretensión como perjudicado y ser resarcido por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, potestad que, de acuerdo a ley, le concede la facultad de reclamar por medio del proceso penal los derechos que han sido conculcados con el comportamiento típico, antijurídico y doloso del imputado, persiguiendo la sanción civil y una sentencia favorable.

Además, se concedan *los derechos y facultades* establecidas en los artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal y se incorpora como pretensión civil una proporcional, razonable, justa y equitativa suma dineraria, como *monto indemnizatorio postulatorio* a favor de la entidad agraviada que representa.

Por otro lado, el procurador público, una vez constituido en actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen como agraviado, está facultado para deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba (de prueba personal, documental, pericial, testimonial, anticipada, preconstituida) útiles,

pertinentes, conducentes, legítimos e lícitos, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé, intervenir —cuando corresponda— en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos.

Así mismo, sobre el contenido del derecho del actor civil, nuestra Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.° 413-2014-Lambayeque, de fecha 7 de abril de 2015, en los fundamentos décimo sexto al vigésimo tercero, en síntesis, garantiza el derecho a la instancia plural cuando señala lo siguiente:

- Que el actor civil puede interponer los recursos que la ley prevé sin perjuicio de los derechos que le corresponden al agraviado, como es el de impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. El actor civil tiene legitimidad para activar la persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna la sentencia absolutoria.
- A formular la pretensión civil en la sentencia absolutoria y en el sobreseimiento, aun cuando este haya prescrito. Ello no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible (Casación N.° 413-2014-Lambayeque, del 7 de abril de 2015, fundamento décimo sexto al vigésimo tercero) (artículo 12.3 del CPP).
- Interponer recurso de casación por causal de nulidad absoluta, prescrita en el artículo 150, literal 'd', del Código Procesal Penal. La Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.° 49-2021-Puno, de fecha 23 de marzo de 2022, señaló que el Tribunal Superior inobservó los derechos de la actora civil, con lo que vulneró la garantía de la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y dejó sin respuesta razonada y razonable la demanda sobre el derecho indemnizatorio, que integra la

reparación civil, conforme a los artículos 93 del Código Penal y 11 del Código Procesal Penal.

El actor civil también tiene deberes y facultades adicionales, como la de colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y participar en los actos de investigación y prueba, declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral. Le está permitido ejercer la acción civil y pedir sanción civil. Por otro lado, si el actor civil no concurre a la instalación de juicio o a dos sesiones, se tendrá por abandonada su constitución en parte.

4. OPORTUNIDAD Y FORMA PARA SU CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

Vencido el plazo de las diligencias preliminares, el fiscal debe comunicar al juez su decisión formal de continuar con la investigación preparatoria, a efectos de que asuma competencia material.

A su vez, dichos órganos deben cumplir oportunamente con notificar a la Procuraduría Pública con la disposición y auto que tiene por comunicada la formalización de la investigación preparatoria, con el fin de poder formular inmediatamente la solicitud de constitución en actor civil ante el órgano competente.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.º 613-2015-Puno, del 3 de julio de 2017, estableció como doctrina jurisprudencial que el ejercicio de la acción civil debe ser promovida “hasta antes de la emisión formal de la disposición de conclusión de la investigación preparatoria” (fundamentos 11 y 12).

Así mismo, el Acuerdo Plenario N.º 05-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011, señaló que: “solamente puede ser promovida

durante la etapa de Investigación Preparatoria con formalización” (fundamento 17).

Según el magistrado peruano Giampol Taboada Pilco (2010):

La oportunidad de la constitución de las partes, en el proceso penal, se encuentra limitada hasta antes de la culminación de la etapa de la investigación preparatoria, operando la *preclusión* de todo pedido formulado en las siguientes etapas del proceso [etapa intermedia o de juzgamiento]. (p. 312)

Por otro lado, actualmente la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N.° 205-2019-Del Santa, estableció que si durante la investigación preparatoria el perjudicado no se ha constituido en actor civil y en etapa intermedia se dispuso una investigación suplementaria, “es posible solicitar la constitución en actor civil durante este plazo suplementario de la investigación”, en aras de garantizar en un proceso justo la igualdad de armas, que otorgue a las partes condiciones igualitarias en pro de una defensa eficaz.

En definitiva, cuando la Procuraduría Pública es notificada con la resolución judicial que tiene por comunicada la formalización de la investigación preparatoria, inmediatamente se debe presentar la solicitud de constitución en actor civil ante el Juzgado de Investigación Preparatoria, hasta antes de ser notificada con la disposición de la conclusión de la investigación preparatoria o dentro del plazo de los 10 días para la absolución del requerimiento de acusación directa en el proceso inmediato, o durante la investigación suplementaria- etapa intermedia- para hacer valer la pretensión civil como perjudicado y ser resarcido por los daños ocasionados.

Requisitos del actor civil

La solicitud de constitución en actor civil se presenta por escrito ante el juez de la investigación preparatoria, observando los requisitos establecidos en el artículo 100 del Código Procesal Penal y el plazo perentorio, bajo sanción de inadmisibilidad e improcedencia:

a) Las generales de Ley de la persona jurídica y de la representación procesal del Estado

Con respecto a la representación procesal del Estado, la Constitución Política del Perú y la normatividad jurídica vinculada al Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado peruano autoriza a los procuradores públicos a ejercer con efectividad la defensa jurídica de los intereses y derechos en las investigaciones y procesos penales en representación de la entidad donde ejerce sus funciones, encontrándose facultado para ejercer la acción civil en el proceso penal y perseguir la sanción civil por los perjuicios ocasionados a la entidad que representa.

b) Sobre la identificación del imputado contra quien se procede

En el artículo 100, inciso 2, literal 'b', del Código Procesal Penal, se señala que se debe proceder a la identificación del imputado del proceso, con los datos generales que lo identifican (nombre y apellido, documento nacional de identidad, sexo, fecha, lugar de nacimiento, edad, estado civil y domicilio real).

c) Sobre el relato circunstanciado del suceso fáctico en agravio del Estado y exposición de razones que justifican pretensión resarcitoria

En armonía con lo dispuesto en el artículo 100, inciso 2, literal c, del Código Procesal Penal, se deben exponer las circunstancias del delito en agravio del Estado y las razones que justifican la pretensión; de esa manera se detallan las circunstancias precedentes, concomitantes, posteriores y las razones que justifican la pretensión resarcitoria.

5. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Código Procesal Penal asumió el Sistema de la autonomía de la acción civil frente a la acción penal, en tanto en cuanto reconoció que ambas acciones están sujetas a distintos criterios de imputación. La acción civil es de naturaleza civil: privada y patrimonial, el delito o la falta no es el fundamento de la responsabilidad sino el daño causado (la acción civil es *in damno*); es decir, la responsabilidad civil se rige por el daño causado. Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son la capacidad de imputación, la contrariedad a la norma, el factor de atribución, el nexo causal y el daño (Espinoza, 2002, p. 55).

Está regulada en el artículo 92 al 101 del Código Penal. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento. Comprende: i) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y ii) la indemnización de los daños y perjuicios.

En esa misma línea en el Acuerdo Plenario N.º 5-2011/CJ-116 y 4-2019/CJ-116 se precisó que la obligación de reparar nace como consecuencia de la producción de un daño ilícito y atribuible al sujeto mediante el oportuno criterio de imputación. El daño es el único factor esencial para que concurra el ilícito civil

La tendencia jurisprudencial que ha sido recogida en el ámbito civil en el artículo 1969 del Código Civil, consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la República en el fundamento tercero de la Casación N.° 3470-2015-Lima Norte, del 9 de diciembre de 2016, Casación N.° 595-2019/Lima, del 7 de junio de 2021, y en el fundamento undécimo de la Casación N.° 340-2019-Apurímac, del 28 de octubre de 2020, se precisó cinco elementos de la responsabilidad civil: 1) la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, 2) el daño causado, 3) la relación de causalidad, 4) los factores de atribución y 5) la cuantía de los daños y perjuicios.

Requisitos que acreditan la responsabilidad civil del acto ilícito en el proceso penal

- a) *Antijurídica o hecho ilícito*: se define como aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye a su vez el delito. Infracción al ordenamiento jurídico que causa un daño dará lugar a una responsabilidad civil (Roig, 2000, p. 128).

- b) *Daño ocasionado*: acentuada por el Acuerdo Plenario N.° 6-2006/CJ-1168.
Se refiere a la lesión de un derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, de carácter patrimonial (daño emergente y lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona), conforme al artículo 1985 del Código Civil – comprende un menoscabo efectivo de algún interés privado, es un evento lesivo y sus consecuencias, y es el fundamento de la responsabilidad civil (Roig, 2000b, 121 y 130).
 - *Daño patrimonial emergente* es decir, los gastos razonables o pérdidas sufridas por la entidad estatal agraviada como consecuencia del hecho lesivo -el empobrecimiento

del patrimonio del Estado- materializado en que se ha tenido que disponer de recursos humanos, herramientas logísticas, económicas, personal administrativo, especializado (peritos) y la propia asunción de la defensa legal, involucrando al Estado en un detrimento económico en la esfera patrimonial del estado y *lucro cesante*, se corresponde con las utilidades frustradas como consecuencia del hecho dañoso -ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo también comprende el abono de los intereses moratorios, además de los legales o procesales que procedan tras el dictado de la sentencia (Musco, Enzo – Fiandaca, Giovanni, 2006, p. 864).

- *Daño extrapatrimonial, e inmaterial* referido a la lesión del bien jurídico y derechos, principios, bienes y valores constitucionales, afectando a las personas *jurídicas en su reputación, identidad institucional, prestigio, imagen institucional, credibilidad, fiabilidad, intangibilidad, integridad, confiabilidad, seguridad y legitimidad* por parte de la ciudadanía, el perjuicio social o institucional derivado de la mediatización del rol de una entidad pública y de la consiguiente pérdida de confianza ciudadana en su funcionamiento y servicios afectaciones concretas a diversos ámbitos de la administración
- c) *La relación de causalidad* es entendida como la relación de antecedente-consecuencia que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado
- d) *Factores de atribución*: consiste en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo, es decir, la conducta del imputado se realizó con pleno conocimiento y de forma voluntaria.

- e) *Cuantificación del daño causado*: según lo prescrito en el Acuerdo Plenario N.° 005-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre del 2011, en el fundamento jurídico 15, se establece lo siguiente:

Que, el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y los daños cuyo resarcimiento pretende y cuando corresponda a cada tipo de daño que afirma haber sufrido.

Actualmente, la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.° 189-2019-Lima, del 17 de noviembre de 2020, fijó ocho criterios objetivos y subjetivos a considerarse para determinar el *quantum* indemnizatorio de la responsabilidad extracontractual.

Del mismo modo, la prueba del daño y la magnitud de los perjuicios sufridos por la entidad agraviada se acentúa en lo establecido en el artículo 1332 del Código Civil cuando dispone lo siguiente:

(...) el monto indemnizatorio debe ser justipreciado con espíritu equitativo y valorativo, donde el juez tiene la facultad de precisar el monto cuando no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

La línea pacífica en la jurisprudencia de esta instancia suprema la imposición de reparación civil en los delitos de peligro, como se recoge en el Recurso de Nulidad N.° 1895-2016-Callao, del treinta de mayo de dos mil diecisiete, en cuyo fundamento tres punto cuatro se reconoce que existen daños a la sociedad que no pueden ser viables de cuantificar, por lo que cabe de que la reparación se determine objetivamente en consideración a “la gravedad del delito”, su trascendencia y de tal forma que no resulte un monto ínfimo.

6. PRUEBA DOCUMENTAL QUE LEGITIMA LA CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

Es la copia de la resolución de su nombramiento y DNI. Actualmente la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.° 164-2019-Moquegua, del 4 de febrero de 2022, ha fundado que no se puede inadmitir una solicitud de constitución en actor civil si no se presenta el DNI.

7. CONCLUSIONES

Podemos concluir que el agraviado no solo tiene derechos económicos sino que también goza de plena tutela de sus derechos. Por ello goza de los siguientes derechos: a) A conocer de las actuaciones del proceso penal y a que se le instruyan de sus derechos. b) A participar en el proceso, a intervenir en las decisiones que le afecten, a constituirse en actor civil, sin condición, limitación o dificultad alguna, a interponer los remedios procesales que estime convenientes y, en su caso, a la protección de sus derechos y bienes jurídicos, si se ve afectada. c) A obtener la tutela de sus derechos materiales, lo que importa, a su vez, que se garanticen sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral del daño.

Por otro lado resalto la importante labor que ejerce el/la procurador/a público/a bajo la dirección de la Procuraduría General del Estado peruano cuando se constituye en actor civil en el proceso penal cuyo objetivo principal es el cobro de las reparaciones civiles a favor de las entidades que representa.

La solicitud debe formularse por escrito, expresar la causa *petendi*, identificar al imputado, detallar los requisitos de la responsabilidad civil (conducta antijurídica, daño patrimonial emergente y lucro cesante, extrapatrimonial, la relación de causalidad, factores de

atribución, cuantificación), ofrecer los medios de prueba personal, documental, pericial y testimonial.

Presentarse dentro del plazo y cumpliendo con los requisitos que estipula la Ley, con el propósito de evitar la inadmisibilidad, extemporaneidad e indefensión del Estado.

En concreto, los/las procuradores públicos, como teoría del caso del ejercicio de defensa jurídica efectiva, deben decantarse por el ejercicio efectivo de la acción civil y la persecución de la sanción civil en el proceso penal, motivando y oralizando los requisitos de la responsabilidad civil con el fin de obtener de los operadores de justicia sentencias favorables en las que se fije una reparación civil adecuada, razonable y proporcional.

Asegurar que la reparación civil sea establecida como regla de conducta. En caso de incumplimiento, que se le apliquen todos los efectos y apercibimientos de ley, y una vez consignada, se gestione la entrega virtual de las órdenes de pago de los depósitos judiciales electrónicos debidamente endosado a favor de las entidades públicas que representa, notificándola a través de la casilla judicial electrónica de la Procuraduría Pública.

8. ACCIONES Y APORTES CIENTÍFICOS

1. Después de haber analizado y reflexionado jurídicamente sobre los ejes temáticos abordados, invito a todos/as los/as procuradores/as públicos/as, adjuntos y equipos de litigio penal, a constituirse en actor civil para que se les concedan todas las facultades establecidas en los artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal, como una de las acciones de defensa jurídica de actuación procesal efectiva.

2. Además, *interponer* una serie de actos procesales durante las siguientes etapas:

a. *Diligencias preliminares*

- Recurso de elevación (artículo 334.5 CPP).
- Nulidad de transferencias (artículo 15, 149 CPP).
- Indagación sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil -Aseguramiento del bien incautación y decomiso (artículo 302 del CPP).
- Instar la aplicación de un criterio de oportunidad y terminación anticipada.

b. *Formalización de la investigación preparatoria*

- Absolver el traslado del requerimiento de terminación anticipada (artículo 468.3 del CPP).
- El control del plazo (artículo 323.e, 343 CPP).

c. *Intermedia: absolver el traslado*

- Requerimiento acusatorio, objetar la reparación civil y reclamar su incremento o extensión; ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en juicio oral; argumentar sobre el agravio, el hecho imputado, demostrar la reparación y descartar la cuantía que estima el monto de la indemnización (artículo 350.g del CPP).
- Excepciones procesales (artículo 8.3 CPP).
- Requerimiento de sobreseimiento, formulando oposición (artículo 345.2 del CPP).
- Formular la pretensión civil en la sentencia absolutoria y en el sobreseimiento aun cuando este haya prescrito. Ello no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible (Casación N.° 413-2014-Lambayeque, de 7 de abril del 2015, fundamento décimo sexto al vigésimo tercero) (artículo 12.3 del CPP).

d. *Juzgamiento*

- Oralizar los alegatos de apertura y cierre del actor civil (artículo 371.2, 386.b CPP).
- Observar la cuantía fijada por el fiscal objeto de conformidad en el debate de la conclusión anticipada (artículo 372.5 CPP).
- Interrogar y contrainterrogar en el debate probatorio del juicio oral.
- Ofrecer nuevos medios de prueba (artículo 373 CPP).
- Ser examinado como testigo en el interrogatorio (artículo 378 CPP).
- Solicitar la lectura de prueba documental (artículo 383 CPP).
- Actualizar las órdenes de ubicación, persecución y captura a nivel nacional (artículo 79 CPP).

e. *Impugnativa*

- Interponer recurso de reposición, apelación, casación y queja (artículo 413-438 CPP).
- Impugnar la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia; terminación anticipada en el extremo de la reparación civil (artículos 413, 414, 420, 421, 468.7 del CPP).
- Tiene legitimidad para activar la persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna la sentencia absolutoria (Casación N.º 906-2017-lca, de 20 de abril de 2018).
- Interponer recurso de casación, y su absolución.

f. *Ejecución de sentencia*

- Solicitar la facultad jurisdiccional de incluir la reparación civil del daño como regla de conducta (Expediente

N°03657-2012-PHC/TC, 12 de octubre de 2012, f.7 y Casación N°1945-2018/Ventanilla, 04 de diciembre de 2020, f.17)

- Requerir el cumplimiento del pago de la reparación civil, bajo apercibimiento de amonestación, prórroga, revocatoria de la suspensión de la condicionalidad de la pena suspendida a privativa de la libertad previsto en el artículo 59 del Código Penal y artículo 488.2 CPP y su inscripción Registro de Deudores de Reparaciones Civiles REDERECI.
- Adopción de medida de coerción real de embargo en forma de depósito, inscripción (artículo 303, 488.2 CPP).
- Finalmente, animar a todos/as los/las procuradores/as públicos/as constituidos en actor civil a participar activamente en sus diligencias y audiencias judiciales formulando su teoría del caso de la responsabilidad civil tendiente lograr exitosamente defender la reparación civil integral a favor del Estado peruano.

REFERENCIAS

Acuerdo Plenario N.° 06-2016/CJ-116. Asunto: Reparación civil y delitos de peligro.

Acuerdo Plenario N.° 05-2011/CJ-116. Asunto: Constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.

Acuerdo Plenario N.° 04-2019/CJ-116. Asunto: Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal.

Cobo del Rosal, V. A. (1999). *Derecho penal. Parte general*. 5.ª edición.

Cortez Domingo, V. et al. (2017). *Derecho procesal penal*. 8.ª edición. Tirant lo Blanch.

- Espinoza Espinoza, J. (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Gimeno Sendra, V. (1997). *Derecho procesal penal*.
- Gimeno Sendra, V. (2007). *Derecho procesal penal*. 2.^a edición. Editorial Colex.
- Gómez Colomer, J. et al. (2014) *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. 22.^a edición. Editorial Tirant lo Blanch.
- Moreno Catena, V. (1996). *Derecho procesal civil*. Editorial Colex.
- Musco, E. y Fiandaca, G. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Temis.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Código Procesal Penal & de Litigación Oral*. IDEMSA.
- Núñez, R. (2013). *La acción civil en el proceso penal*, (27), pp. 297-304.
- Oré, A. (2011). *Manual de derecho procesal penal*. Editorial Reforma.
- Pérez Cabrera Freyre, A. R. C. (2016). *Derecho procesal penal*. 4.^a edición. Instituto Pacífico S.A.C.
- Poder Judicial. (2017). Casación n.º 966-2017-lca: 20 de abril de 2018.
- Poder Judicial. (2019). Casación n.º 189-2019-Lima: 17 de noviembre de 2017.
- Poder Judicial. (2019). Casación n.º 340-2019-Apurímac: 28 de octubre de 2020.
- Poder Judicial. (2020). Casación n.º 1089-2017-Amazonas: 10 de septiembre de 2020.
- Poder Judicial. (2019). Casación n.º 164-2019- Moquegua: 4 de febrero de 2022.
- Poder Judicial. (2019). Casación n.º 205-2019-Del Santa: 28 de junio de 2022.

- Poder Judicial. (2019). Casación n.º 49-2021-Puno: 23 de marzo de 2022.
- Roig Torres, M. (2000). *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch.
- San Martín Castro, C. (2003). *Derecho procesal penal*. 2.ª edición. Grijley.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. INPECCP-CENALES. Juristas Editores.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. 2.ª edición. INPECCP.
- Taboada Pilco, G. (2010). *Jurisprudencia y buenas prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*.
- Vélez, A. (1975). El actor civil en el proceso penal. *Revista del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM*, (24), p. 1083.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉFS.: 424-8104 / 424-3411

DICIEMBRE 2022

LIMA - PERÚ



REVISTA JURÍDICA DE LA
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

N°2