



“UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN”

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“EL PROCESO ESPECIAL DE COLABORACIÓN EFICAZ EN LOS
CASOS DE CRIMEN ORGANIZADO DEL DISTRITO FISCAL DE
LAMBAYEQUE, PERIODO 2019- 2020”**

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

TORREJON RODRIGUEZ HILDEMARO

ASESOR:

DR. REINALDO MARINO ALARCON CUBAS

CHICLAYO – PERÚ 2021

“El proceso especial de colaboración eficaz en los casos de crimen organizado del distrito fiscal de Lambayeque, periodo 2019- 2020”, presentada por el Bachiller Sr. Torrejón Rodríguez Hildemaro, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado”.

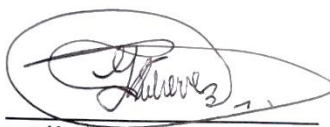


Bachiller



Asesor

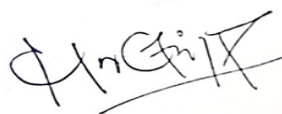
Aprobado por:



Presidente



Secretario



Vocal

Dedicatoria

A Dios, mis padres y familia.

Agradecimiento

“A la Universidad de Chiclayo, sus catedráticos”.

RESUMEN

El planteamiento del problema a nivel nacional: se enfoca en la actualidad procesal penal actual, nos muestra que en el procedimiento de colaboración eficaz, el carácter del proceso contradictorio es negado y sustituido por un proceder inquisitivo incompatible con la esencia misma del Estado de Derecho. Dentro de los aspectos a tener en cuenta de cara a ponderar la verdadera eficacia de este tipo de procedimiento vale referimos, en primer lugar, a la ausencia de contradicción al interior de la colaboración eficaz. Esta característica hace que el procedimiento en cuestión se aproxime a mecanismos autocompositivos en los que no existe un tercero imparcial que resuelva de manera definitiva e irrevocable.

Objetivo general: Determinar la efectividad de la participación del colaborador eficaz en casuística de crimen organizado en el distrito fiscal de Lambayeque. El tipo de investigación es aplicada, pues se encuentra relacionada en buscar conocimientos procesales respecto a la colaboración eficaz que se otorga con el derecho penal premial en los procesos anticorrupción, situación que es de interés jurídico y social en la provincia de Chiclayo; por lo tanto se trabajara de forma descriptiva, debido a que tiene como objeto de estudio a una situación concreta, analizar e interpretar la naturaleza actual, respecto a la problemática de la Colaboración eficaz.

Se concluye, que el sumario de colaboración eficaz, viene a ser un proceso especial, separado y sumarísimo que se lleva a cabo en el entorno de la consensualidad, que quiere decir el acuerdo suscrito entre Fiscalía y quien postula o aspira a colaborador eficaz. Por un extremo, la Fiscalía está obligada en otorgar favores procesales y por otro, el colaborador está obligado a ofrecer información trascendental respecto al delito realizado o por realizarse.

ABSTRACT

The approach to the problem at the national level: it focuses on the current criminal procedure, it shows us that in the effective collaboration procedure, the character of the contradictory process is denied and replaced by an inquisitive procedure incompatible with the very essence of the Rule of Law. . Among the aspects to take into account in order to weigh the true effectiveness of this type of procedure, we refer, first of all, to the absence of contradiction within effective collaboration. This characteristic makes the procedure in question approximate to self-composing mechanisms in which there is no impartial third party to resolve definitively and irrevocably.

General objective: To determine the effectiveness of the participation of the effective collaborator in cases of organized crime in the fiscal district of Lambayeque. The type of investigation is applied, as it is related to seeking procedural knowledge regarding the effective collaboration that is granted with the award right in anti-corruption processes, a situation that is of legal and social interest in the province of Chiclayo. Therefore, it will work in a descriptive way, because its object of study is a specific situation, analysis and interpretation of the current nature, with respect to the problem of effective Collaboration.

It is concluded that the process for effective collaboration, becomes a special, autonomous and summary process that is carried out in the context of consensuality, which means the agreement signed between the Prosecutor's Office and whoever applies as an aspiring effective collaborator. On the one hand, the Prosecutor's Office is obliged to provide procedural benefits and, on the other hand, the collaborator is obliged to provide effective information related to the crime committed or to be committed.

ÍNDICE

Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
I. INTRODUCCIÓN.....	8
2.1.- Realidad Problemática	8
II.- MARCO TEÓRICO.....	14
El “derecho premial”.....	18
Colaboración Eficaz	46
Crimen organizado.....	62
La ley N.º 30077 contra el crimen organizado	98
III.- METODOLOGÍA.....	118
3.1. Tipo y “Diseño de Investigación”.....	118
3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización apriorística.	118
3.3.- Escenario de estudio.	119
3.4.- Participantes	119
3.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos	120
3.6.- Procedimientos.	120
3.7.- Rigor científico.	120
CONCLUSIONES.....	122
RECOMENDACIONES.....	123
BIBLIOGRAFÍA	124

I. INTRODUCCIÓN.

2.1.- Realidad Problemática

En Inglaterra, el derecho británico, la colaboración eficaz es conocida como “witness crown (testigo de la Corona) pues, debido a su manifestación, testificando contra los otros coimputados, consigue exención (grant of immunity), más allá en reducir la sanción penal, mediante transacción penal (plea bargaining).

En Estados Unidos de Norteamérica, se le conoce como *State's evidence* (testigo fiscal), lo que se conoce como confesión de culpa propia, permitiendo rebaja de pena por el alegato que ayude en condenar a los coautores del procesado.

En Italia, ésta consagrado un Decreto L.Nº152 del año 1991, mediante donde se adoptan medidas premiales a quienes colaboran con la justicia. Los mismos efectos son usados en las leyes de Alemana, España, boliviana y en nuestro país, la figura del terrorista arrepentido”. (Sintura, 2000, p.12)

En Colombia, “existe la manera de la aplicación del derecho penal premial, la cual es conocida cómo manejo de resignación a la justicia, mediante la cual se brinda a quien delinque, después de su colaboración específica, un merced que, en otro caso, no recibiría”. (Jiménez, 2010, p.28)

En Chile, existe la ley 18.403 del año 1994 la cual consagró varias políticas que instalan “como paliativo de responsabilidad penal la contribución eficaz con el mando policial / judicial que permita conducir determinando lo concreto del delito o de los autores o cómplices también encubridores o dicha colaboración que logre prevención o impedir la realización o consumación de otros delitos contemplados en esta ley”. (Prado, 2000, p.124).

El planteamiento del problema a nivel nacional: se enfoca en la actualidad procesal penal actual, nos muestra dentro de la “manera de colaborar eficazmente, el forma del proceso contradictorio se niega y se sustituye mediante procedimiento inquisitivo disconforme con la particularidad misma del Estado de Derecho. Lo que se entiende, que ésta situación es en razón del propósito de dicha institución, pues, enfrenta el fenómeno del crimen complejo a través del empleo de acusaciones,

situación que demuestra la insuficiencia del proceso acusatorio ordinario, en donde sí se valora planamente las garantías y principios del proceso que tienen los justiciables”.

Ante tal “se tiene un procedimiento sin objeto procesal además sin imputación que pueda cotejar con la de un proceso, no resulta válido referirnos a un posible escenario de litispendencia: el objeto del procedimiento de colaboración eficaz es exclusivamente el acuerdo sobre una declaración, mientras que el proceso tiene como fin el hecho imputado a un sujeto”

Dentro “de los aspectos a tener en cuenta de cara a ponderar la verdadera eficacia de este tipo de procedimiento vale referirnos, en primer lugar, a la ausencia de contradicción al interior de la colaboración eficaz. Esta característica hace que el procedimiento en cuestión se aproxime a mecanismos autocompositivos en los que no existe un tercero imparcial que resuelva de manera definitiva e irrevocable, no se pueda hablar de partes en situación de igualdad y se garantice el derecho de defensa derivado de la dualidad de posiciones” contrapuestas.

Se evidencia, ciertas tipologías sui generis contienen ciertos problemas particulares: Que sujetos inocentes se perjudiquen después del contenido de la acusación; que los sujetos realmente con culpabilidad logren impunidad o beneficiarse inmerecidamente; que el presente procedimiento sea convertido en un camino para cubrir grandiosos responsables, situación que desvía la investigación; que provenga en manera de vengarse o un ajuste de cuentas pasando a ser una fuente de hechos de corrupción”

Estos acontecimientos son los que aún, más allá de una corroboración de las declaraciones del postulante a colaborador eficaz, se deben de tener en cuenta para una posible presunción de inocencia.

La primordial problemática que se traza en el derecho penal premial viene a ser su legitimidad, lo cual (Benítez, 2004) indica:

Premiando al delincuente por su contribución procesal, “la ofensa al bien jurídico lastimado o puesto en peligro permanece intacta: el hecho no está menos antijurídico tampoco el sujeto tiene menor culpabilidad. Siendo así, lo único que se quedaría perturbando es la punibilidad como aparato abstracto en la concepción

delictuosa. Así, recompensar al culpable confeso que favorece vivamente con la justicia logra chocar con la misma finalidad de la sanción penal y con el mismo oficio del Derecho Penal”, (p. 44).

(Benítez, 2004) indica: al citar a Ferrajoli: “el premio rompe con el principio de proporcionalidad de la pena respecto a la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente y, además, pierde el carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal” (p. 45).

San Martín, C (2003) indica que: “El Derecho Premial descansa en la figura del arrepentido, se exige que esta persona apunte a un comportamiento post patratum delictum orientado a un cambio futuro. De esta manera, el arrepentido deberá reconocer ante la autoridad los hechos delictivos en los que ha participado, proporcionando información suficiente y eficaz para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas o sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado”.

Según se acopia literalmente en el “inciso 1 del artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-2017-JUS - Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 La colaboración eficaz, es “un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia”.

Consecutivamente, según los artículos 2° y 3° del Reglamento, da a entender que “la colaboración eficaz tiene carácter autónomo, lo cual quiere decir que se rige por sus propias reglas y no depende de otro proceso común o especial, requiriéndose de la formación de una carpeta fiscal y expediente judicial propio, al no tramitarse como un incidente del proceso común”.

Por tal autonomía “resulta un problema complejo analizar la forma y contextos que consiguen trasladarse y ser incorporados al proceso penal ordinario, teniendo afectación en la escases de contradicción del primero, situación no concurrente con los fundamentales del proceso común; así, es imposible la aplicación simple y mecánica de aquello discurrido para la manera especial del proceso ordinario. De tal manera, se considera que la apreciación perpetrada en el 1° artículo del reglamento, de discurrir a la colaboración eficaz como un proceso, choca con el

pensamiento presentado por Mellado, toda vez que quedamos ante un contexto donde se hallan alejados las garantías fundamentales de un proceso penal ya explicadas anticipadamente, estando lo correcto, emplear de la designación procedimiento”.

Se necesita mostrarse de acuerdo la exagera confusión referida por dicho autor, en esta clase de forma, dado el desconcierto derivado de normatividades especiales que colisionan directamente con los organismos fundamentales del proceso penal predichas en el código

Así pues, se puede considerar que “en el procedimiento de colaboración eficaz, el carácter del proceso contrario es negado y suplantado por un provenir inquisitivo disconforme con la esencia misma del Estado de Derecho. Lo que se entiende, motivado del fin de dicha institución, pues busca afrontar el anómalo criminal complicado mediante la ocupación de acusaciones, situación que demuestra una ausencia del proceso acusatorio ordinario, donde, sí valoran de forma plena las garantías y principios procesales que asisten a los justiciables”.

A nivel local.

La existencia de carpetas fiscales que involucran a bandas criminales que vienen siendo investigadas en las fiscalías anticorrupción del Distrito Fiscal de Lambayeque; permite demostrar que un colaborador eficaz, viene participando como tal, en varias investigaciones distintas, si bien es cierto existe un vacío de la norma del D.L. 1301, existe un aprovechamiento por parte del colaborador el cual goza de cierta manera la protección judicial, pero en el fondo no brinda las garantías de que se encuentre realizando un doble papel, de colaborador y seguir delinquiendo.

Entre los casos judiciales se puede tener en cuenta lo que en su momento era un secreto a voces”, que finalmente se confirmó capturando “a quienes integraron la organización criminal Los Temerarios del Crimen o Los Corchines de la Corrupción, donde también se encontraba funcionarios, regidores y operadores políticos de la región Lambayeque” .

Un aspirante a colaborador eficaz con código de reserva *el Moralista* reveló los nombres de los integrantes de esta supuesta mafia, resaltando entre todos en

su momento el electo alcalde de Olmos, Willy Serrato Puse y los hermanos del congresista fujimorista Héctor Becerril Rodríguez.

Además de confesar los delitos cometidos y confirmar los actos de corrupción en la gestión del alcalde de Chiclayo, David Cornejo Chinguel, el Moralista, involucró a un fiscal de Lima y a tres parlamentarios.

La **formulación del problema** que se plantea, “es: ¿En qué medida es efectivo la participación del colaborador eficaz en los casos de crimen organizado del distrito fiscal de Lambayeque?

¿Puede un colaborador eficaz formar parte de otros procesos de colaboración eficaz?

Así mismo, la presente investigación **se justifica** para la comunidad estudiantil de la rama jurídica procesal penal, ya que permite analizar la importancia de quienes colaboran con la justicia, ya que componen un instrumento eficaz contras organizaciones de la criminalidad, al mismo tiempo resulta ser instrumento muy complejo en su manejo,” la cual se debe reglamentar y utilizar adecuadamente.

La presente investigación es importante ya que permitirá analizar la normatividad procesal que enmarca la figura procesal de colaboración eficaz como es el Decreto legislativo 1301 (2017); la Ley 30737, y lo útil de la afirmación del colaborar y los sucesos que se corroboran (acuerdo plenario N° 02-2017-SPN).

Los **objetivos** a los que se pretende llegar son: “Objetivo general: “Determinar la efectividad de la participación del colaborador eficaz en los casos de crimen organizado del distrito fiscal de Lambayeque.

Y los objetivos específicos son: a) Analizar la normatividad procesal Decreto legislativo N° 1301 de la colaboración eficaz; b) conocer si la normatividad procesal permite que un colaborador eficaz forme parte de otros procesos de colaboración eficaz; c) explicar la doctrina y marco legal respecto al crimen organizado del Distrito Fiscal de Lambayeque”.

La alternativa de solución (***hipótesis***) a llegar son: “Si, la participación del colaborador eficaz es efectiva y corroborada, entonces se logra hacerle frente las casuística de criminalidad organizada dentro del distrito fiscal de Lambayeque”.

Si la normatividad procesal Decreto legislativo 1301 de la colaboración eficaz permite que un colaborador eficaz forme parte de otros procesos de colaboración eficaz, entonces se logrará desarticular “los procesos de crimen organizado del distrito fiscal de Lambayeque”.

II.- MARCO TEÓRICO.

Los **antecedentes** a nivel internacional:

(Villarroel Rojas, 2015), señala en su investigación: “La indagación se realizó en la búsqueda de la siguiente interrogante: Si el paliativo específico de cooperación eficaz, comprendida en el apartado 22 de la Ley N° 20.000, puede ser aprovechada de manera conjunta con el evento común de responsabilidad penal de asistencia importante a esclarecer de los hechos determinada en el artículo 9 del Código Penal, o si por el contrario, ésta exceptúa aquella, al instituir ambas en el mismo apócrifo fáctico, esto es, la cooperación fundamental que facilita el imputado a la indagación, debiendo elegir por la más conveniente”.

Entre las interrogantes a responder, se inspeccionaron textos oportunos; casuísticos, que permiten la forma como piensa el legislador, entender el raciocinio del legislador; la doctrina respecto al asunto- y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Asimismo se reflexionó para manifestar, los efectos atenuatorios en cuanto a rebaja del marco punitivo definitivo, que consiente una u otro suceso modificadorio”.

(Rodríguez, 2019), “El presente, se despliega desde un perímetro general del derecho penal, respecto a su carácter premial, que, a lo largo de su progreso hacendoso, ha creado nuevas escrituras para combatir las conductas relevantes penalmente. Las conductas que causan tanta consecuencia a los bienes jurídicos que los diferentes Estados investigan proteger mediante sistematización jurídica íntegra. Sin embargo, así como las diferentes esferas del Derecho han avanzado, paralelamente también coexisten nuevas maneras de delinquir, las infracciones acostumbradas han oculto cimientos difíciles de suprimir por completo.”

(Romero, 2010), “analiza la institución de los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, está concluyente por la penuria de luchar la arbitrariedad existente en la generalidad de los métodos donde no se ha podido identificar a los autores o partícipes, romper el silencio que impera en la criminalidad organizada y valer de instrumento de suspicacia de el cometido de ilícitos de gran dañosidad social”.

(Trejo, 2015), “El actual trabajo sujeta un estudio de la figura del colaborador eficaz, esta figura surge como una medida que concede ciertos beneficios a las personas que fueron parte de una estructura criminal y que hayan proporcionan al administrador de justicia algún tipo de información relevante que tienda a desarticular bandas delictivas. El colaborador eficaz es una figura relativamente nueva, por lo tanto es necesario analizar la figura desde el punto de vista doctrinario en donde se determinen las causas sobre las cuales se sustenta la creación del sujeto como colaborador eficaz y desde el punto de vista legal, cómo se establece dentro del ordenamiento jurídico dicha figura, cuales son los requisitos que deben de reunirse para que se apliquen los beneficios concedidos por el mismo cuerpo normativo, así como también en qué casos puede ser otorgado”.

(Carlos Ortiz, 2018), “Junto con los clásicos debates jurídicos referidos a la atribución o no al Ministerio Fiscal de la fase de investigación, junto con la introducción en nuestro sistema procesal del principio de oportunidad penal, cada vez cobra mayor atención en España la conveniencia de articular medidas legales que incentiven la colaboración con la Justicia, y en especial, las confesiones y delaciones de criminales arrepentidos, como instrumentos que favorecerían la obtención de valiosa información y fuentes de prueba, sobre todo en lo que se refiere a la delincuencia económica. El presente estudio expone las distintas figuras jurídicas utilizadas actualmente como incentivos para premiar la delación de colaboradores, testigos y acusados, y examina su evolución de cara a su futura incorporación a la normativa procesal española”

(Escobar Aguirre, 2019), señala que “El Código Orgánico Integral Penal, ha incorporado en su texto la figura denominada cooperación eficaz con el fin de lograr destruir, investigar, combatir, sancionar las nuevas modalidades de la delincuencia organizada nacional y transnacional, dando énfasis en lo referente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, donde tiene como finalidad, promover la cooperación eficaz para prevenir y combatir la delincuencia y su alto grado de peligrosidad organizacional. El ámbito de aplicación de la cooperación eficaz constituye un medio probatorio para la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los miembros de las estructuras criminales que

operan en los países de forma nacional y transnacional". Ahora bien, "la cooperación eficaz, por ser un medio utilizado por La Fiscalía como una técnica especial de investigación a que se somete el procesado, por medio de ésta, se obtiene un beneficio de reducción o rebaja de la pena principal y accesoria, siempre y cuando el procesado luego de su arrepentimiento, contribuya con la justicia y el órgano investigador la Fiscalía General del Estado, con datos precisos y relevantes para erradicar la delincuencia organizada, dismantelar su organización y sancionar a los infractores".

A nivel nacional se cuenta con los siguientes antecedentes:

(Jiménez, 2018), en su tesis considera que, "para enfrentar los casos de crimen organizado, tanto el Ministerio Público se vale entre otras de figuras jurídico-penales que le permite investigar y perseguir el delito. Siendo una de ellas, colaboradores eficaces, testigos, piezas clave para la recopilación y/o verificación de información relevante con la finalidad de llegar a la persecución de casos complejos. Surge la importancia del colaborador eficaz y de los testigos".

(Rocha, 2019), "en la actualidad se viene aplicando el proceso especial de Colaboración Eficaz por parte de Fiscales en diversos tipos penales con la finalidad de recopilar información relevante que permita sustentar una condena", siendo necesario la intervención de un "Colaborador Eficaz" o conocido como delator, quien "es un investigado, que a cambio de beneficios premiales releva información contundente y de calidad la cual es corroborada, permitiendo obtener elementos de convicción. En la presente investigación se analiza la figura de la Colaboración Eficaz, relacionada a las implicancias en los procesos por delitos de Corrupción de Funcionarios. Como objetivo se determinó estudiar la regulación del proceso de colaboración eficaz en el Perú, con la finalidad de determinar sus implicancias en las investigaciones por delitos de corrupción de funcionarios".

(Damian, 2019), señala, "que la Región Tumbes, desde 2016 hasta 2019, la Fiscalía contra la Criminalidad Organizada, viene desbaratando seis grupos criminales, siempre con la oportuna participación de colaboradores eficaces; pero la problemática se acentúa en la evaluación de aplicar criterios por parte de jueces y fiscales, todo ello en ocupación al contorno en los casos representativos de crimen organizado en Tumbes, los abogados de la defensa rotulan abandonar el

estadío o si existe el proceso de colaboración eficaz, cuestionando de alguna manera criterios utilizados por parte de fiscales y de jueces; por lo que se evaluará la aplicación de criterios al seleccionar al colaborador eficaz”.

(De Gennaro, 2018), su tesis cuyo tema es: “Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas, obedece al deseo de brindar una visión múltiple de una herramienta procesal que consideramos ha sido utilizada con gran éxito para combatir delitos de gran gravedad en diversos países. En esa línea, se ha optado por abordar la colaboración eficaz desde un punto de vista mucho más práctico que teórico, y orientado a una nueva tendencia que es su aplicación a la criminalidad empresarial o de cuello blanco. Este tipo de criminalidad, que muchas veces pasa desapercibida, representa hoy uno de los mayores retos para el crecimiento económico y la lucha contra la corrupción. En los últimos años, la corrupción de las instituciones públicas generada por algunas empresas privadas ha tenido como resultado cuantiosas pérdidas al erario y, lo que es más grave aún, la confianza de los ciudadanos en sus autoridades”.

Por esta razón, “resulta fundamental abordar críticamente el problema de la lucha contra la corrupción – especialmente la generada por empresas – desde una perspectiva interdisciplinaria. Si bien esto deberá tomar en consideración un número de factores ajenos al derecho, consideramos que una gran parte del problema puede ser abordado a través de un marco jurídico que brinde herramientas innovadoras a las autoridades gubernamentales, para perseguir y sancionar la comisión de determinados delitos”.

(De La Cruz, 2018), indica: actualmente “el Derecho Penal ha tomado mayor relevancia debido a las conductas realizadas por la sociedad que traen consigo resultados que son importantes para el sistema jurídico los cuales deben tener una sanción para los responsables, con ello las organizaciones criminales se posicionan en un primer lugar de preocupación debido a su manera conductual, gracias a ello se busca diferentes mecanismos procesales que ayuden a combatirla, por tanto en el caso planteado se pretende evidenciar si existe la vulneración del Derecho de defensa del imputado dentro del proceso especial del colaboración eficaz, la igualdad de armas con las que llega tanto imputado y agraviado al proceso penal. En el presente trabajo se tratará de determinar la

posible vulneración del derecho de defensa, derecho que es de carácter universal y que debe ser utilizado por parte agraviada y parte imputada de manera completa, sin restricción alguna, a raíz de ello surge la siguiente hipótesis: Al no permitir al imputado conocer la identidad del colaborador eficaz durante el proceso penal, se vulnera de manera directa el derecho de defensa que le asiste, ya que no puede hacer uso del principio de contradicción y por tanto no puede realizar un contrainterrogatorio, quedando aislado de poder desvirtuar lo que el colaborador eficaz sostiene dando como resultado un desbalance en el proceso penal que no favorece al imputado, deduciendo una gran desventaja de partes; teniendo como objetivo general: determinar si existe vulneración del derecho de defensa del imputado en el proceso especial de colaboración eficaz dentro del proceso penal, al desconocer su identidad”.

Antecedente a nivel local:

(Mondragón, 2017), plantea: “el Sumario de colaboración eficaz, mediante decreto Legislativo N°1301, analiza la normativa nacional, así como doctrina para entender las consecuencias como herramienta procesal. la aplicación de dicho proceso especial, se intensifica a raíz del crecimiento de las organizaciones criminales, en la localidad de Jaén partiendo desde 2012, por el desarrollo económico que se registran en la región”

El derecho premial

Un nuevo “enfoque del derecho penal y de la clasificación jurídica consecuencia de los giros sociales, y hechos nuevos de delinquir (terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, corrupción de funcionarios, entre otros.), no solo se da por un planteamiento cuantitativo y cualitativo de los delitos y sus penas, sino de llegar al llamado derecho penal premial.

El derecho penal premial tiene relación con la función promocional del derecho. El pensamiento promocional del derecho penal es base del modelo y fines de promoción social que se establecen en la constitución”.

No obstante, están presentes los conceptos de premio y recompensa, esto resulta indiferente para los penalistas quienes abordan su atención a la pena y sus fines, obviando que el premio es parte de las consecuencias jurídicas.

El premio y la recompensa son parte del sistema penal a través de sus diferentes naturalezas, aplicando una definitiva sanción o pena conforme al comportamiento del imputado o condenado, conforme el caso, como circunstancias atenuantes, no punibilidad o de “no procedibilidad de la acción penal”.

Como característica del derecho penal premial sustantivo es otorgar un beneficio a una persona que por medio de su acción crea una conducta típica que pone en peligro un bien jurídico y después tiende a resarcirla, atenuando las consecuencias o reparando el bien jurídico afectado, con su comportamiento demuestra que ya no existe un peligro para la sociedad o que es un agente que puede resocializarse fácilmente. Cambiando la posición de la conducta del imputado de ir contra un bien jurídico a luego reparar el daño, valorando su comportamiento.

La norma penal de carácter premial es convergente con la prevención del delito, siempre que exista la voluntad de reparar el daño, desistimiento, que como consecuencia da la atenuación o eliminación de la sanción penal. Estas normas son diferentes a comparación de la clásica tutela de los bienes jurídicos, ya que como premisa es que el arrepentimiento y colaboración en el proceso no tiene mayor importancia luego de cometer un delito.

A nivel penal, la recompensa o premio por la conducta resarcitoria positiva está intrínsecamente de una clase de punibilidad del delito. Reuniendo las circunstancias internas y externas del ilícito (injusto culpable) que reducen, excluyen o fundan la sanción penal. El no sancionar no imponer una pena o este sea de menor proporción esta reforzada en la política criminal.

La no punibilidad puede darse por circunstancias concomitantes al delito o por causas posteriores al delito. En lo que concierne a la asistencia eficaz, esta es nacimiento de no punibilidad o de disminución de sanción penal, después de cometer el delito”.

Su evolución histórica en el Perú

La delación premiada tiene en la historia del derecho comparado una singular trayectoria e importancia que marca su contenido y particularidades, según la civilización y el país donde floreció. (Guzmán, 2012, p.180).

En el Perú la llamada colaboración eficaz tiene antecedentes históricos particulares que se remontan hasta hace aproximadamente 30 años. La colaboración eficaz fue introducida en el derecho peruano por la Ley N° 24651 del 06 de marzo de 1987 para abordar la problemática de los delitos de terrorismo. El artículo 2 de dicha ley incorporó el artículo 85-A del CP de 1924.

Dicha ley en el artículo 2, c señalaba que:

Artículo 85 A.- En los delitos de terrorismo serán circunstancias eximentes o atenuantes para la graduación individual de las penas, las siguientes: En los supuestos mencionados en los apartados anteriores el tribunal impondrá pena inferior a la fijada para el delito. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de los grupos terroristas, siempre que se le haya sancionado al mismo, en concepto de autos, por acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones graves. En este último caso la pena que se le aplique no lo priva de los beneficios de la libertad provisional, semilibertad, libertad vigilada, reducción de la pena por el trabajo o el estudio, conmutación de la pena o indulto”.

Este envío permanecerá “condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley; y el integrante, colaborador o cooperador de grupos terroristas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional sin los requisitos exigibles por el artículo 58 del Código Penal, si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado de este artículo.

Por su parte, la ley 25103 del 04 de octubre de 1989 estableció la reducción, exención o remisión a la que podrían acogerse las personas que hubieran participado o que se encuentren incurso en la comisión del delito de terrorismo.

La exención de pena se disponía: cuando alguien comprendido en delitos de terrorismo, esté o no involucrado en un proceso penal o en una investigación policial, proporcione información eficaz que permita revelar los detalles de la organización terrorista o de grupos terroristas y su funcionamiento, posibilitando la identificación de los cabecillas y/o de sus integrantes” (artículo 1, II, a).

La “remisión de la pena se fijaba: cuando la persona que haya sido sentenciada por la comisión de delitos de terrorismo y se encuentre internada cumpliendo condena a pena privativa de la libertad, solicite declarar y proporcione información eficaz que permita descubrir la organización y funcionamiento de bandas terroristas, así como establecer la identidad de sus cabecillas e integrantes, posibilitando su captura. La petición a declarar deberá hacerse al director del establecimiento penal, y ella será actuada por el Juez de Ejecución Penal, en presencia del representante del Ministerio Público.

Dicha ley regulaba el procedimiento por el cual se buscaba verificar la eficacia de las informaciones obtenidas en los casos de exención y remisión de pena (artículo 2). Luego de verificada la información la exención o remisión de pena se sometía también a un procedimiento propio (artículo 2).

Luego, el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 748, del 13 de noviembre de 1991, regulaba también los beneficios de reducción, exención o remisión a la que podrían acogerse las personas que hubieran participado o que se encuentren incurso en la comisión del delito de terrorismo. Los beneficios que consagraba dicha disposición legal en relación con el instituto de la colaboración eficaz eran dos. La excepción de la pena procedía cuando alguien involucrado en delito de terrorismo esté o no incurso en un proceso penal o en una investigación policial, proporcione información eficaz que permita revelar detalles de organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los cabecillas y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen.

Se establecía que la declaración se debía hacer ante la Policía, en presencia del representante del Ministerio Público o ante el Juez de la causa, según sea el caso. Si la persona o personas no estuvieran sujeto a investigación policial o incurso en un proceso penal, la declaración deberá efectuarse necesariamente

ante el Fiscal Provincial o Fiscal Superior de cualquier lugar de la República. En las zonas declaradas en Estado de Excepción, la declaración, debía hacerse necesariamente ante las autoridades del Comando Político Militar, en presencia de un representante del Ministerio Público”.

El beneficio de expedición de pena procedía si el sentenciado por la comisión de delito de terrorismo se halla consumando pena privativa de libertad asignada y facilite “información eficaz que luego de ser estimada por las autoridades adecuadas permita revelar la organización y ejercicio de terroristas, así como señalar la identificación de sus cabecillas y/o principales integrantes, posibilitando su captura, así como descubrir futuras acciones que con dichas informaciones se impidan o neutralicen evitando los daños que hubieren podido ocasionar. La solicitud se hará llegar al director del Establecimiento Penal, quien deberá efectuar las coordinaciones del caso con el Fiscal Provincial, en el término de veinticuatro horas, bajo responsabilidad personal. La declaración será actuada por el Representante del Ministerio Público, contando para el caso con el auxilio de las dependencias especializadas de la Policía Nacional”.

La eficacia de la información se comprobará a través de un procedimiento. Por ejemplo, en los casos de excepción de pena, “si no hubiere proceso penal en curso, el representante del Ministerio Público que interviene en la declaración, dispondrá de inmediato la correspondiente acción policial, procediendo con arreglo a sus atribuciones. Si existiese proceso penal en curso, el Juez o Tribunal, según sea el caso, dispondrá la inmediata intervención policial, debiendo el Representante del Ministerio Público proceder con arreglo a sus atribuciones. En los casos de remisión de pena la verificación de la información será ordenada por el Representante del Ministerio Público que intervino en la declaración, disponiendo de inmediato la correspondiente intervención policial (artículo 2).

Las disposiciones del Decreto Legislativo no eran de aplicación a los cabecillas, dirigentes nacionales y regionales, mandos militares o integrantes de pelotones de aniquilamiento de las organizaciones terroristas (artículo 3). Por su parte, el Decreto Ley 25499 del 12 de mayo de 1992, conocida como Ley de Arrepentimiento, disponía los beneficios a los que podían acceder quienes

hubieren participado o se encuentren incurso en la comisión de los delitos de terrorismo y que eran la reducción, exención y remisión” de pena.

La prerrogativa de pena se otorgaba: “cuando alguien involucrado en delito de terrorismo, se encuentre o no comprendido en un proceso penal, proporcione voluntariamente información oportuna y veraz que permita conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento, la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen (artículo 1, II).

La remisión de pena se otorgaba cuando el sentenciado por delito de terrorismo se encuentre cumpliendo pena privativa de libertad y proporcione información veraz y oportuna, luego de ser evaluada por las autoridades pertinentes, que permita descubrir la organización y funcionamiento de grupos u organizaciones terroristas, establecer la identidad de sus cabecillas, jefes, dirigentes y/o principales integrantes, haciendo posible su captura, así como conocer de futuras acciones que con dichas informaciones se impidan o neutralicen los daños que podrían haberse producido. La solicitud se hará llegar al director del Establecimiento Penal, quien deberá coordinar con el Fiscal Provincial, en el término de veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La declaración será efectuada ante el representante del Ministerio Público contando para el caso, con el auxilio de las dependencias especializadas de la Policía Nacional”. (artículo 1, III).

La energía y autenticidad de las averiguaciones logradas en los casos de exención de pena y remisión de pena, se verificaba con acomodo a la siguiente manera:

- En “los casos de exención de pena, si no había proceso penal en curso, el representante del Ministerio Público que interviene en la manifestación dispondrá de inmediato la correspondiente declaración judicial, procediendo con arreglo a sus atribuciones. Si existía proceso penal en curso, el Juez o la Sala Especializada, según sea el caso podía disponer la inmediata intervención policial, debiendo el representante del Ministerio Público proceder con arreglo a sus atribuciones.

- En los casos de la remisión de pena del artículo primero, la verificación de la información era ordenada por el representante del Ministerio Público que actuaba en la declaración, disponiendo de inmediato la correspondiente intervención policial (artículo 2).

Una vez que se comprobaba la veracidad de la información proporcionada, el beneficio de la exención o la remisión de la pena, según sea el caso, se concedía de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) En los casos de la exención de pena, si no había un proceso penal en curso, el Fiscal Provincial, simultáneamente con la denuncia que formule ante el Juez, remitía copia de lo actuado al Fiscal Superior Decano para que éste a su vez designe a un Fiscal Superior quien debía disponer, en el término perentorio de tres días, el archivo definitivo de lo actuado en lo referente al agente arrepentido.

b) Si había proceso penal en curso, el Juez debía solicitar informe del resultado de las investigaciones policiales y formaba un cuaderno incidental, el que era elevado al presidente de la Corte Superior, quien disponía que la correspondiente Sala Especializada, en el término de tres días y emitido el dictamen fiscal, resolvía respecto a la exención de la pena, disponiendo al corte de la secuela del proceso en lo que al imputado que solicitó el beneficio se refiere, si era el caso. La resolución de la Sala Especializada podía ser materia de recurso de nulidad. La Sala Penal Especializada de la Corte Suprema de Justicia de la República absolverá el grado, solicitando previamente el dictamen fiscal en el término perentorio de diez días.

c) Cuando se trate de remisión de la pena, el representante del Ministerio Público, agotada la investigación prevista en el artículo anterior, remitía copia de lo actuado a la Sala Especializada que dictó la condena, la que, en el término de tres días, luego de emitido el dictamen fiscal, resolvía sobre la remisión de la pena del sentenciado que solicitó el beneficio. La resolución de la Sala Especializada podía ser materia de recurso de nulidad. La Sala Penal Especializada de la Corte Suprema de Justicia de la República, absolvía el grado en el término de diez días.

La reducción, exención, remisión o atenuación estaba condicionada a que el beneficiado no cometa nuevo delito de terrorismo dentro de los diez años de

habérsele otorgado el beneficio, En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior, se aplicará la pena máxima establecida en el Decreto Ley N.º25475 (artículo 4)”.

El “Decreto Ley N.º25582 del 24 de junio de 1992 en su artículo 1 regulaba: El que se encontrare incurso en una investigación policial o judicial y proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre hechos punibles en agravio del Estado, será excluido de pena en el juicio y considerado en calidad de testigo, siempre y cuando la información proporcionada haga posible alguna de las siguientes situaciones: (Herrera, 2014, p. 871)

- a) Evitar la comisión del delito.
- b) Promover el esclarecimiento del delito, como consecuencia de la información proporcionada.
- c) La captura del autor o autores del delito.

El artículo 2 de dicho Decreto Ley establecía que: lo dispuesto en el Decreto Ley no se aplica a los casos de tráfico ilícito de drogas ni a los casos de terrorismo, los que se rigen por sus leyes especiales.

El 21 de diciembre del año 2000 fue publicada en el diario Oficial El Peruano, la Ley 27378 que regula y recoge los beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, la cual se relaciona con la actividad de funcionarios públicos o con el manejo de recursos y bienes del Estado.

El artículo primero indica que el objeto de la Ley es regular los beneficios por colaboración eficaz ofrecida por las personas relacionadas con la comisión de los siguientes delitos:

1. Perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos.

2. De Peligro Común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del Código Penal; contra la Administración Pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal; delitos agravados previstos en el Decreto

Legislativo N.º 896, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal.

3. Contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XV-A del Libro Segundo del Código Penal; y contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal, contra el Estado y la Defensa.

Los artículos segundo y tercero señalaron que los beneficios por colaboración con la justicia alcanzan a las personas que se encuentren o no sometidas a investigaciones preliminares o a un proceso penal, así como a los sentenciados por los delitos detallados. El ámbito de la colaboración eficaz será evitar la consumación de un delito, o disminuir sus consecuencias; conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en que se viene planificando el delito; identificar a los autores y partícipes del delito o a los integrantes de una organización criminal; averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito; e indicar las fuentes de financiamiento y entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos.

En el artículo cuarto de la ley, se indicó que los beneficios por colaborar de manera eficaz son: una exención de la pena; disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal; la suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años, o libertad condicional; y, remisión de la pena para quien está cumpliendo la pena impuesta.

En el artículo sétimo se precisó que no podrán acogerse a ninguno de los beneficios establecidos en esta ley son los jefes, cabecillas o dirigentes principales de las organizaciones criminales, así como los altos funcionarios que tienen la prerrogativa de la acusación constitucional, sin importar el delito cometido. Tampoco tendrán estos beneficios los autores y partícipes de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. Los autores de los delitos de homicidio y lesiones graves, así como los funcionarios de la alta dirección de organismos públicos, sólo podrán acogerse a los beneficios de disminución de la pena y

suspensión de ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena privativa de libertad de hasta de 4 años.

En el artículo vigésimo segundo de la ley se dispone que las medidas de protección a las personas que brinden información en estos casos o estén relacionadas, serán las de protección judicial, reserva de identidad, utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual y fijación como domicilio, para efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la fiscalía competente.

El Código Procesal Penal del 2004 reguló el procedimiento especial de colaboración eficaz en la sección VI de libro quinto referido a los procesos especiales a nivel de los artículos 472 a 481.

Dicha norma entró en vigencia el 1 de julio de 2014 en todo el país de conformidad con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N°30077, publicada el 20 agosto 2013, en la que se dispone la entrada en vigencia de la Sección VI.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1301 modifica el Código Procesal Penal a fin de reforzar y mejorar la regulación y alcances del proceso penal especial de colaboración eficaz. Dicho Decreto Legislativo fue publicado el 30 diciembre 2016, el mismo que entró en vigencia a nivel nacional a los noventa (90) días contados a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, es decir, el 01 de abril del 2017.

Las principales novedades que trae la nueva regulación del proceso especial (autónomo) de colaboración eficaz son:

Se permite la participación del agraviado. El agraviado, deberá ser citado al final de la fase de corroboración. Si asiste se le deberá informar que uno de los aspectos que abarca el procedimiento en curso es el hecho delictivo en su perjuicio y, acto seguido, se le preguntará acerca del monto de la reparación civil que considere adecuada a sus intereses. Asimismo, se le indicará si desea intervenir en el procedimiento y, en su momento, firmar el acta del Acuerdo de Beneficios y Colaboración (artículo 473-A. I).

El agraviado como sujeto procesal no participa de las diligencias de corroboración. Su intervención del agraviado está circunscrita al ámbito de la reparación civil y tendrá legitimación para ofrecer pruebas necesarias para su debida estimación si fuere el caso.

I. Se permite que los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico. El Fiscal para acordar el beneficio, debe ponderar la proporcionalidad entre el grado de aporte del colaborador y su grado de participación dentro de la estructura criminal y el delito (artículo 475.6).

II. Se regula la eficacia de las diligencias de corroboración y su incorporación en otros procesos (artículo 476-A).

En efecto, el Fiscal decide si lo actuado en la carpeta fiscal de colaboración eficaz será incorporado en todo o en parte al proceso o procesos correspondientes, debiendo cautelar la identidad del declarante (artículo 476-A.2). El Fiscal, de conformidad con el artículo 65 decidirá si aporta el testimonio del colaborador a juicio. Si existiere riesgo para su vida, se reservará su identidad. El Juez valorará su declaración de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 158 (artículo 476-A.3).

Se regula expresamente la utilidad de la información en otros procesos (artículo 481-A). Así, por ejemplo, se dispone que:

a) Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz (artículo 481-A. I)

b) La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá

acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158 (artículo 481-A.2)”.

La regulación del procedimiento especial de colaboración eficaz contiene normas de carácter penal, procesal y penitenciario de diversa índole. La ley regula los requisitos del procedimiento de delación, la clase de beneficios y el tratamiento que debe recibir el aspirante a colaborador eficaz, ya sea que no se encuentre investigado, tenga la condición de imputado, de acusado e, incluso, de condenado.

Enunciación y Fin. – “La delación premiada o colaboración eficaz es un trato y un negocio jurídico que el Estado realiza, a través de sus funcionarios (fiscales), con los criminales a fin de que a cambio de información pertinente y útil sobre la intervención de terceros en la comisión de hechos punibles los delatores logren obtener ciertos beneficios, exención de pena, pena atenuada o determinadas condiciones de ejecución de la pena.

La delación o la colaboración jamás se lleva a cabo entre el Estado y los ciudadanos inocentes, sino entre el Estado y las personas que voluntariamente declaran (o reconocen) haber cometido uno o varios delitos.

Dicho procedimiento tampoco se instaura entre los testigos y el Estado (v. gr. testigos con identidad reservada), pues dicho instituto solo prospera en los casos en que los intervinientes (autores o partícipes) de un delito deciden aportar información relevante y útil para esclarecimiento de un hecho punible y la participación de otras personas en su comisión. (Herrera, 2015)

La colaboración eficaz para que posea fundamento constitucional debe respetar de manera estricta el principio de legalidad material como el principio de legalidad procesal. En un sistema penal basado en la Constitución solo por ley formal se pueden crear y modificar tanto delitos como penas. Ninguna otra norma del ordenamiento jurídico que carezca de rango legal puede irrogarse dicha facultad, sin que con ello se viole al mismo tiempo la Constitución y los principios que la inspiran”. (Gomes Canotilho, 2016, p.24)

De igual forma, “como expresión del principio de legalidad procesal no se puede llegar a acuerdos como consecuencia de la delación premiada o de la colaboración eficaz al margen de la ley o sin respaldo legal efectivo. Tanto los

delitos objeto a colaboración, los sujetos que pueden aspirar a ser colaboradores, los requisitos de la delación, el procedimiento a seguir y los beneficios que se obtienen deben estar regulados de manera minuciosa en la ley”. (Moccia, 1999, p.75).

No poseen cubierta constitucional y, por ende, se hallan terminantemente “prohibidos las promesas, las ventajas o beneficios que están desprovistas de base legal y que no se encuentran autorizadas por el ordenamiento jurídico (principio de legalidad).

La colaboración eficaz es un instituto jurídico que busca afrontar la lucha adecuada contra las formas graves de la criminalidad, entre las que se encuentra de manera emblemática la criminalidad organizada y que posee como referencia la política criminal y la estrategia que se desarrolla en el marco de un Estado de Derecho, concediendo una serie de beneficios de orden sustantivo, procesal y penológico a quienes colaboren con la Administración de justicia, ya sea en el descubrimiento de delitos, en la identificación de los autores o partícipes o de quienes han intervenido en su comisión, encubrimiento o en la averiguación de los instrumentos, ganancias o bienes de origen delictivo.

En el derecho comparado de manera mayoritaria se reconoce a la colaboración eficaz (o delación premiada, testigo de la corona) como una forma de enfrentamiento y lucha de los casos de criminalidad grave.

Los beneficios de quien colabore con la administración de justicia, en especial desarticulando las asociaciones delictivas, puede revestir las siguientes maneras: colaborando en el esclarecimiento de hechos pasados; proporcionando información que sirva para la identificación o captura de otros miembros; proporcionando información que sirva para prevenir delitos futuros de la organización; o bien proporcionando información que desestabilice la organización y ponga en riesgo su continuidad”. (Garro, 2013; p. 9).

Los “Estados y gobiernos del mundo han entendido rápidamente que el enfrentamiento y los retos que demanda la criminalidad económica, la criminalidad que deriva del uso indebido de la Administración Pública y, en general, las formas de delincuencia grave no sólo debe restringirse en la creación de nuevas figuras

delictivas, la redefinición de los delitos ya existentes o el endurecimiento de las sanciones y el aumento del rigor punitivo del Estado, sino que de manera integral y más eficiente se debe implementar un mecanismo para favorecer y beneficiar a todas aquellas personas que colaboren con la Administración de Justicia, ya que como afirma el profesor García Pablos: Más Derecho penal no significa menos delito; más leyes, penas más severas, más policías, más cárceles no significan menos criminalidad. La pena no convence, ni disuade, atemoriza. Refleja más la impotencia, el fracaso y la ausencia de soluciones que la convicción y energías necesarias para abordar los problemas sociales. Por ello, es necesario implementar una serie de beneficios a quien luego de alejarse de las actividades delictivas ayuda al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los demás intervinientes en un delito, facilitando la actuación del sistema de justicia: la fiscalía y el poder judicial". (García, 2000, p.273).

El "Estado al tratar de lograr alcanzar una mayor eficiencia y maximizar sus éxitos en la lucha contra la criminalidad organizada, llamada también la delincuencia de la globalización, contra los delitos de corrupción de funcionarios, el delito de terrorismo, el lavado de activos no sólo debe configurar una estrategia amplia, seria y rigurosa, incidiendo en el plano punitivo y de represión a las conductas antisociales, sino que debe atacar las estructuras y las bases mismas de confianza, apoyo y de silencio que existen al interior de las organizaciones criminales y de las diversas formas de delincuencia a fin de conocer su funcionamiento, planes criminales, los miembros que la componen y de perseguir, desactivar y castigar a todos los que la integran". (Silva, 1999, p.70).

En este perímetro se toma una habilidad diferenciada "por parte del legislador que se orienta en dos direcciones paralelas, pero a la vez complementarias. Por un lado, se encuentra la exasperación del tratamiento punitivo por el delito cometido y, por el otro, una acentuada reducción (hasta exención) de la pena siempre que se verifique una colaboración procesal por parte del imputado.

Las leyes penales prevén un aumento considerable de las penas para los delitos cometidos por los miembros de organizaciones criminales, pero al mismo tiempo dichas leyes incorporan disposiciones que pretenden establecer

importantes y notables recompensas (rebajas de pena) a aquellos miembros que se prestan a cooperar. Se trata de un modelo punitivo de tijeras: un rigor punitivo exasperante y, por otro lado, la mitigación de la pena para aquellos que colaboren con la justicia”. (Pulitano, 2013).

La “colaboración, en sentido amplio, que se presta a la Administración de Justicia puede tener diverso origen y comprende a un número indeterminado de personas. Así, por ejemplo, abarca a los testigos, a los agentes encubiertos de la policía o de las fuerzas del orden y aquellas personas que luego de pertenecer e integrar una organización delictiva, en la que existe una pluralidad de sujetos y hay un complejo y entramado nivel de relaciones, deciden colaborar con la Justicia facilitando información sobre la comisión de determinados delitos y la identificación de sus autores.

La colaboración con la justicia en el esclarecimiento de la comisión de un delito se realiza y lleva a cabo por un conjunto de personas: los peritos, los testigos y, por supuesto, los mismos jueces y fiscales. Son colaboradores todas aquellas personas que realizan acciones orientadas a un fin común: el de la justicia”. (Garro C. E., 2013, p.9)

La “colaboración con la justicia no solo se lleva a cabo dentro de una investigación o un proceso concreto. Puede haber colaboración con la justicia dentro del proceso (o de una investigación) como fuera de él v. gr. informantes o confidentes policiales. Por ello se puede hablar de colaboración procesal y de colaboración extraprocesal. De allí que con rigor y propiedad la colaboración con la administración de justicia la puede realizar toda aquella persona que, dentro de una investigación o proceso, o fuera de dicho contexto procesal auxilia y favorece la consecución de sus fines.

Debe queda claro que no solo son colaboradores de la justicia los imputados arrepentidos o las personas que delatan a sus cómplices. No solo las personas que buscan acceder a determinados beneficios pueden ser considerados como colaboradores con el sistema de justicia. En realidad, los que aspiran lograr determinadas ventajas procesales, penológicas o penitenciarias son los denominados coimputados delatores.

Por ello, se ha de enfatizar que la colaboración (con la justicia) es el género común y la delación es una especie de colaboración.

En puridad, lo que la ley procesal peruana denomina colaboración eficaz debería llamarse técnicamente delación premiada. Ello debido a que la ley peruana tiene como presupuesto de aplicación de ciertos beneficios el hecho de quien lo solicite sea el interviniente (autor o partícipe) en la comisión de un delito.

A dicha conclusión se arriba como consecuencia de la expresa regulación legal referida a que para la aplicación del beneficio por la colaboración eficaz la persona debe admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen' (artículo 474.I, b).

En nuestro país el instituto de la delación premiada se dirige a quienes han intervenido en la comisión de uno o varios delitos como autores o partícipes y pueden aportar información útil en el esclarecimiento de las circunstancias de la comisión del hecho (circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito: artículo 475,I,b), o logran la identificación y determinación de los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros (artículo 475,I,c) o que permitan entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva (artículo 475,I,d)".

La "delación premiada es un mecanismo de protección del coimputado que decide colaborar con la justicia a fin de garantizar su seguridad personal, la reserva de identidad y las condiciones de su declaración. Para ello la ley establece un conjunto de garantías y mecanismos de protección. Si es que no se regulara un mecanismo de reserva y de protección difícilmente los imputados se arriesgarían a declarar ante la justicia delatando a sus cómplices, pues no solo se expondrían a una serie de peligros contra su libertad, salud y vida, sino que el daño que produciría en la administración de justicia sería muy alto.

La protección de los colaboradores de la justicia no solo comprende a los coimputados, sino que abarca también la protección de las víctimas, de los testigos y de todas aquellas personas que ayudan al esclarecimiento de los hechos y que pueden sufrir alguna consecuencia perjudicial por dicha colaboración.

En los diversos ordenamientos jurídicos se establecen diversas medidas de protección para las fuentes de prueba con el fin de preservar su integridad, evitar su destrucción o manipulación. Junto a la preservación de ciertos medios de prueba (v. gr. documentos) o de la custodia o aseguramiento de los instrumentos del delito se busca también asegurar las fuentes de prueba personales que son las que se exponen a mayores riesgos de influencia y manipulación. Las fuentes de prueba personales son: la declaración del imputado, la declaración del testigo y la declaración de un perito.

El procedimiento especial de la delación premiada lo que busca es garantizar la reserva de la identidad del delator como de su declaración auto inculpativa y que supone la entrega de información en contra de terceros.

Se debe distinguir entre la protección de los testigos y peritos y la protección de los inculcados debido a las diferentes posiciones que ambas partes tienen en el proceso y en la investigación del delito”.

En efecto, “mientras que los testigos y peritos están obligados a colaborar con la Administración de Justicia, tanto compareciendo ante el tribunal como rindiendo una declaración de conocimiento sobre los hechos objeto del proceso y/o la investigación, al imputado le asiste el derecho de defensa, una de cuyas manifestaciones es el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Normalmente se protege a las personas que brindan información o evidencia en contra de los imputados y no tanto se protege a estos últimos. Sin embargo, en el derecho comparado hay un relativo acuerdo de que, así como se protege al testigo, al perito y a la víctima también se debe proteger al inculcado, sobre todo cuando decide colaborar con la justicia, brindando información y evidencia que compromete a terceros o a otros coimputados.

La posición procesal del coimputado es diferente a la de los testigos y peritos debido a que no hay obligación de declarar y cuando se opta por hacerlo no hay el deber de decir la verdad. Empero, muchas veces la colaboración con la justicia de un imputado le puede acarrear un peligro grave a su vida, salud y patrimonio o también a sus allegados, incluso en una mayor entidad que el de los peritos y testigos llamados a declarar en el proceso.

La promoción y regulación de la colaboración de los imputados con el sistema de justicia para la develación y la prevención de los delitos (v. gr. secuestros, homicidio, extorsión, corrupción) a través de la atenuación y la inmunidad es una de las medidas propuestas en el derecho comparado en materia de persecución de la delincuencia grave. El delator no es necesario que muestre una actitud de arrepentimiento o de constricción por haber intervenido en la comisión del delito. La delación premiada no descansa sobre una particular actitud interna, en un elemento subjetivo o se caracteriza por una forma personal de desaprobar el hecho cometido. Ella en realidad reposa en el aporte y entrega de información objetiva que realiza el colaborador a fin de obtener un beneficio procesal o de orden penológico.

Aquí no interesa si la persona se arrepiente o se muestra compungida por haber cometido el delito. Lo que le interesa al ordenamiento jurídico es la entrega de información útil y valiosa a fin de esclarecer un delito, identificar a sus intervinientes (autores y partícipes) y acopiar evidencia incriminatoria que afiance la persecución penal.

Si la persona se arrepiente no es un factor decisivo a la hora de fijar el concreto beneficio premial que se le puede conceder. La actitud subjetiva del delator frente al hecho punible no tiene mayor relevancia al no integrar el sentido jurídico penal del instituto. Por ello, si el imputado está arrepentido, pero no entrega alguna información útil y valiosa sencillamente no puede acceder a un beneficio premial; en sentido contrario, si el imputado no está arrepentido, pero entrega información útil puede obtener un beneficio premial”.

La “colaboración eficaz tiene que ver con la información que se presta acerca de la comisión del delito y con la concreta intervención de los demás partícipes en

el delito y no con el arrepentimiento o lo que siente el sujeto luego de ejecutar el hecho”.

La recompensa y el premio se encuentran ligada en “el marco legal del derecho penal y los fines de la pena.

La misión del derecho penal es proteger los bienes jurídicos y la convivencia de la sociedad; por medio del cual se busca lograr un orden social, representado parte del sistema de control en la sociedad y mediante sanciones busca llegar a sus objetivos. Debe de tenerse en cuenta que el derecho penal no solo funciona para limitar la libertad, sino también para dar libertad. No oponiéndose a la misión protectora de los bienes jurídicos, pudiendo utilizar otros medios diferentes a la pena para lograr sus objetivos. Asimismo, la pena no es el único medio para la tutela y protección, también se logra a través de incentivos y premios relacionados a la pena. En conclusión la pena no es la única respuesta a la comisión de un delito.

El derecho penal tiene dos funciones, una represiva mediante al cual protege a la sociedad a través del castigo ante acciones que atentan la ley penal, la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos. Su función preventiva se dirige a evitar la comisión de delitos. No solo imputa, persigue y sanciona, también tiene la función de evitar la comisión de delitos.

El derecho penal tiene dos funciones, es represiva protegiendo a la sociedad por medio del castigo a las acciones que transgreden la norma penal, la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos. Su función preventiva está dirigida a evitar la comisión de delitos. No solo imputa, persigue y sanciona”.

La función preventiva del derecho penal es mediante la imposición de la pena como instrumento principal, sin embargo existen otras sanciones que coadyuvan a su finalidad. Pueden ser sanciones negativas a través de penas y medidas de seguridad y positivas que favorecen conductas ligadas a la comisión del delito.

De igual forma se puede dar cuando la conducta realizada por el sujeto activo, contrarresta con otra conducta que disminuya los efectos del delito, detiene que se ocasione un daño, así como se repare el daño, confesión y colaboración para evitar

la comisión de otros delitos o se colabore en identificar a los sujetos que intervienen del hecho punible.

Las medidas prémiales, colaboran con el fin preventivo de la pena, permitiendo que la contestación por el ordenamiento jurídico sea inmediata.

En un estado de derecho no cabe la concepción de un sistema penal para imponer penas limitativas de derechos [vida, libertad y patrimonio], se puede dar beneficios conforme a cada caso concreto, por ejemplo, colaborar con la justicia, sobre sanciones positivas.

A través de las sanciones positivas el legislador busca lograr compartimientos útiles a la sociedad. Por ejemplo, resalta que en el ordenamiento jurídico se realicen reconocimientos civiles, militar, al trabajo, universidad, cultura, arte, entre otros, por medio de la diligencia de secuelas legales positivas. v. gr. gentilezas honoríficas, autorización de pensiones, etc.

El “derecho penal premial, no solo es un acto política o criminal y una estrategia útil en la lucha contra las diferentes formas de delinquir”, formando parte de una corriente filosófica jurídica moderna, recordando la existencia de dos tipos de sanciones que se encuentran en el ordenamiento jurídico, sanciones negativas que privan derechos y bienes y sanciones positivas por medio de las cuales se dan beneficios a determinadas conductas que son útiles al ordenamiento jurídico. Asimismo, los beneficios que se dan por la asistencia eficaz hallan su base en la política criminal del estado de derecho, apoyándose en la teoría del derecho contemporáneo.

El derecho premial busca que se realicen conductas de reparación por quienes han cometido un delito, colaboren con la justicia en sus varias formas; se debe indicar que el derecho penal preventivo es una herramienta de retractación, el derecho premial va a los incentivos y recompensas como forma de persuasión. Por medio de ellos lograr el fin preventivo general, a través de diversas formas.

Se resalta que la represión y prevención de la conducta delictiva es una característica del derecho penal, se entiende que como diferencia de ello el comportamiento positivo de la gente es la característica del derecho premial.

Las normas premiales en las diferentes partes en las etapas del sistema, que permiten la participación activa del imputado o condenado con el órgano jurisdiccional, con la víctima, buscando establecer su criterio, pretensión, formas para la disminución de los efectos penales y su resultado mediante el proceso penal. Por medio de la negociación se busca una justicia participativa. Variando la condición del imputado de espectador a protagonista.

A través de la doctrina se hace presente que la “legislación penal premial independientemente del sector que se regula se encuentra de una dudosa racionalidad y de poca compatibilidad con los fines de la pena siendo expresión de una política de emergencia y puramente oportunista. La legislación penal actual al mismo tiempo establece disposiciones con carácter ordinario y normas que manifiestan una situación de emergencia y de excepción. Estas normas debilitan el sistema amenazando la estabilidad de principios y valores fundamentales que ampara nuestra Constitución política”.

El Derecho penal premial es una realidad como también característica central del Derecho penal moderno en la mayoría de países, europeos como de América Latina. Su uso se recomienda por medio de diversos estamentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 26) y la Convención de la ONU contra la corrupción (art. 37).

La colaboración eficaz es un elemento integrante del Derecho penal premial. No se puede entender que el Derecho penal premial restringe a la colaboración eficaz, ya que tiene un alcance y sentido más amplio. No se debe considerar como si términos equivalentes o si pertenecen a un mismo género. “La colaboración eficaz despliega sus efectos cuando el interviniente [autor o partícipe] de un delito colaborar con la justicia, brindando información de aquí yace el término colaboración de cómo se dieron los hechos o quienes lo cometieron o prestaron ayuda. Sólo puede acogerse a este beneficio de la colaboración eficaz el autor o partícipe de un hecho delictivo.

El Derecho penal premial otorga diversos beneficios o privilegios, sin la necesidad que la persona participe en la comisión de un delito”. Como, por ejemplo, entregar recompensa a quien colabore con la captura de un delincuente o la ubicación de una persona requisitoria. Cuando se presta una identidad

nueva a un testigo esencial o la presentación de una denuncia por medio de la cual se da a conocer un hecho delictivo .

El “derecho penal premial como factor de incertidumbre jurídica

El principio de legalidad exige que la Ley penal sea cierta. Esto es, su vigencia y claridad conceptual. El derecho penal premial específicamente el proceso de Colaboración eficaz no está dirigido en este sentido. Los tipos legales son claros, con un mensaje de carácter preventivo general, este es un proceso especial con un mensaje contrario. Por ejemplo, la Ley penal castiga duramente el delito de corrupción de funcionarios, el Tráfico de drogas o el Peculado, por medio del proceso de Colaboración eficaz se posibilita que a pesar de que el delator cometido estos delitos puede obtener beneficios.

Esto gracias al poder de gracia que tiene el Juez penal para homologar el acuerdo de colaboración”.

Ahora bien, el fiscal es el primero que tiene contacto con el colaborador, se entiende es un destino de *plea bargaining* impropio, ya que es el Fiscal quien negocia directamente con colaborador y puede rechazar en un primer momento la propuesta.

El tan criticado «poder de gracia» que tiene el Juez penal al homologar el acuerdo de Colaboración logra variar su rol. “El Juez Penal al no ocuparse de la correspondencia del delator con la comisión del delito, ahora procura de ver el nivel o grado de colaboración que aporta para conseguir la verdad procesal.

Se tiene otra alternativa y con ello mayor discrecionalidad. Ya no es importante que el juzgador se convenza de la lesividad del hecho y el grado de culpabilidad del sujeto activo. Con el colaborador no se aplican estas categorías. Siendo relevante la información que proporciona y el Juez haciendo uso de la discrecionalidad, homologa el acuerdo atenuando la pena o eximiendo de la responsabilidad. Esto se puede dar así sea responsable y el delito que signifique un nivel de Antijuricidad muy elevado.

La forma en que golpea el principio acusatorio el derecho penal premial y la Colaboración eficaz se hace sentir por medio de la vigencia del principio de legalidad, igualdad, el derecho de defensa y el rol del Juez Penal.

El principio de legalidad es afectado desde que toma por respuesta diferente a la que establece la Ley Penal. Si bien es la Ley procesal la que consagra este proceso penal especial, se debió establecer una concordancia con las instituciones jurídicas de la Antijuricidad, proporcionalidad y responsabilidad.

En referencia al principio de igualdad, la Colaboración eficaz es contaría, al ser ajena al proceso y sus fines utilitarios. Esta desigualdad es palpable cuando la aplicación de la ley penal de forma atenuada o se exime la pena al colaborador y no al que permanece en silencio y es parte del proceso penal común acogiénose a la Confesión sincera. Siendo este último castigado de forma más dura al no acogerse a un beneficio personal. Asimismo, la viabilidad de la colaboración y su homologación no se da después del juzgamiento, sino de forma excepcional. Incluso se puede rechazar una y aceptar otra”.

El derecho de protección disminuye cara a la imputación. No siendo necesaria la contradicción entre defensa y acusación. Valorándose el acuerdo del Acta de colaboración eficaz corroborándose los datos aportados. Esto es un acercamiento del proceso inquisitivo.

En referencia al papel del Juez, mediante el dominio de discrecionalidad, no es forzoso que confirme la lesividad del acto realizado.

Ni determinar el grado de responsabilidad del colaborador, Siendo suficiente la corroboración de los datos aportados por los hechos”. (Garro, 2013, p. 22).

Derecho penal premial y colaboración eficaz.

Una “concepción moderna del Derecho penal y del ordenamiento jurídico a tono con los cambios y trasformaciones sociales y los retos de las nuevas formas de delincuencia (narcotráfico, terrorismo, lavado de activos, corrupción de funcionarios, etc.) plantea no sólo tomar en cuenta el aumento cuantitativo y cualitativo de penas y delitos, sino prestar atención a los alcances de lo que se ha llamado el Derecho penal premial”. (Silva Sánchez, 1999; p. 93).

El “Derecho penal premial forma parte y que a su vez se relaciona con la función promocional del Derecho. La concepción promocional del Derecho penal se entiende como un instrumento privilegiado que concurre a la realización del modelo y de los fines de promoción social establecido en la Constitución.

El tema del premio y la recompensa es muchas veces ajeno a la preocupación del penalista que se ocupa de la pena y los fines del castigo, pese a que el premio forma parte de las consecuencias jurídicas del ordenamiento jurídico. Incluso, el premio y la recompensa atraviesan al sistema penal en cualquiera de sus tres manifestaciones (derecho penal sustantivo, derecho procesal y derecho penitenciario) asignando una determinada consecuencia al comportamiento de la persona, del imputado o del condenado, ya sea en forma de circunstancia atenuante, de causa de no punible edad o de causa de no procedibilidad de la acción penal”. (Pisani, 2010; p.11.)

El “Derecho penal premial sustantivo se caracteriza por acordar un beneficio (en términos de no punibilidad o de menor punibilidad) a un sujeto que habiendo puesto en peligro a un bien jurídico y realizar una conducta típica luego tiene un comportamiento opuesto respecto a la ofensa, ya sea eliminando, atenuando o impidiendo una consecuencia ulterior; o posee un comportamiento funcional a la satisfacción de intereses compatibles con el respeto del bien jurídico; o finalmente, tiene un comportamiento idóneo que genera un juicio de no (o menor) peligrosidad social o de más fácil resocialización”. (García Pablos De Molina, 2014)

Se “pasa aquí de la prevención de la ofensa a la reintegración y reparación del daño a través de la valoración del comportamiento positivo del reo que se coloca en una situación opuesta a cuando cometió el delito. Las normas penales de carácter premial son compatibles con la prevención del delito una vez que se han realizado comportamientos positivos de desistimiento, arrepentimiento o conductas posteriores a la consumación del delito (hecho post-facto) y que trae consigo la eliminación o atenuación de la consecuencia jurídica.

Dichas normas se mueven en una dimensión distinta a la clásica tutela del bien jurídico, puesto que la colaboración procesal del arrepentido, normalmente no tiene mayor valor respecto a los crímenes ya cometidos”.

En el “ámbito penal, el premio o la recompensa por una conducta positiva desde el punto de vista sistemático se ubica dentro de la categoría (autónoma) de la punibilidad del delito.

En dicha categoría se reúnen las condiciones ulteriores y externas al delito (injusto culpable) que pueden fundar, excluir o disminuir la oportunidad del castigo. La no punibilidad o el menor castigo se apoya en diversas razones de política criminal”. (Marinucci, 2017; p.425).

Las “causas de no punibilidad (o de menor punibilidad) pueden ser causas concomitantes al delito o también pueden ser causas sobrevenidas (posteriores) a la comisión del delito. El instituto de la colaboración eficaz es una causa de no punibilidad (o de atenuación de la pena) que opera con posterioridad a la comisión del delito”. (Marinucci G. -D., 2010, p.428).

La “recompensa y/o el premio es compatible, en líneas generales, con la misión del Derecho penal y los fines de la pena.

La misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y de la convivencia organizada en sociedad. El Derecho penal constituye un ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales. Representa solo una parte del sistema de control social que utiliza un conjunto de sanciones para conseguir sus objetivos. El Derecho penal no solo limita la libertad, sino también crea espacios de libertad.

Por ello, no se opone a la misión protectora (de bienes jurídicos y de la sociedad) del Derecho penal que se puedan utilizar medios distintos a la pena para alcanzar sus objetivos. No solo la pena es el único medio compatible con su misión de tutela y de protección. También a través de incentivos premios vinculados a la amenaza de la pena se pueden conseguir sus objetivos. Si bien la pena es el instrumento imprescindible del Derecho penal no es la única alternativa de respuesta frente a la comisión de delitos.

El Derecho penal tiene dos funciones claras. Una de ellas es la función represiva que consiste en defender a la sociedad por medio del castigo de las violaciones de la ley penal y la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más importantes.

La otra función es de carácter preventivo que consiste en evitar en el futuro la comisión de delitos. El sistema penal no solo imputa, persigue y castiga, sino que también tiene como una de sus tareas más importantes evitar que no se cometan delitos en la sociedad.

Si bien resulta incuestionable que la función preventiva del Derecho penal se logra como instrumento primordial a través de la pena también ayuda a dicho objetivo el empleo de otras sanciones que complementan su estrategia y sentido.

Dichas sanciones pueden ser negativas (limitan derechos fundamentales: penas y medidas de seguridad) o positivas (favorecen y premian ciertos comportamientos relacionados a la comisión de un delito).

La prevención general puede cumplirse también cuando hay una conducta que implica que el agente neutraliza los efectos del delito cometido, impide que de la generación de un peligro se pase a la producción de un daño o permite la reconciliación con el derecho a través de la confesión, la reparación del daño o la colaboración para evitar que se cometa otro delito o se ayude a la identificación de los demás intervinientes en el hecho punible.

Las medidas premiales refuerzan y complementan (no las sustituyen) a los fines preventivos de la pena, logrando que la respuesta al crimen sea más cierta e inmediata y se afiance la confianza en el ordenamiento jurídico.

En un Estado Constitucional no sólo se debe partir de la idea tradicional que el ordenamiento jurídico emplea al sistema penal para la imposición de sanciones con carácter aflictivo y de privación de derechos [vida, libertad y patrimonio], sino también para conceder beneficios y un mejor tratamiento en caso, por ejemplo, se busque colaborar con la justicia. Se habla aquí de sanciones positivas o premiales. Con el premio o con las sanciones positivas el legislador y sobre dicha base el juez se propone incentivar y fomentar algunos comportamientos socialmente ventajosos y útiles". (Roxin, 2008; p. 41)

Por "ejemplo, se destaca que en el ordenamiento jurídico hay una amplia gama de reconocimientos al mérito civil, al valor militar, al mérito al trabajo, al mérito de la universidad, de la cultura, del arte, de la salud pública, entre otros, que

supone la aplicación de consecuencias jurídicas positivas v. gr. distinciones honoríficas, otorgamiento de pensiones, etc.

El Derecho penal premial no sólo tiene un innegable acento político criminal y de estrategia eficaz y útil en el combate contra las distintas formas de delincuencia, sino que se incardina dentro de una corriente de la filosofía jurídica moderna que insiste en recordar que las sanciones impuestas por el ordenamiento jurídico pueden ser tanto de naturaleza negativa, en la medida que privan derechos y bienes, como puede haber también sanciones positivas que se caracterizan por establecer beneficios en virtud a la ejecución de determinadas conductas estimadas valiosas o útiles por el ordenamiento jurídico. Se sostiene que los beneficios por la colaboración eficaz no sólo encuentran su sustento y explicación en las variables político-criminales de un Estado de Derecho y en criterios preventivos, sino que también se apoya en los linchamientos de la teoría del derecho contemporánea.

El Derecho penal premial tiene como una de sus facetas incentivar a quienes han cometido un delito a realizar conductas positivas de reparación, a reconciliarse con el derecho y a colaborar con la justicia de diversas formas; una de las cuales es la delación premiada.

Mientras que el Derecho penal preventivo usa a la pena como un instrumento de disuasión, el Derecho penal premial acude al incentivo y a la recompensa como medio de persuasión. Es posible alcanzar el mismo fin (preventivo general) empleando diversos medios. Se destaca que mientras la represión y la prevención del disvalor del comportamiento delictivo es típico del Derecho penal se tiene como contrapunto que la premiación del valor y la incentivación del comportamiento positivo es manifestación del Derecho premial.

Las normas prémiales sea que se ubiquen en el Código penal, en la parte especial, en las leyes procesales o las leyes penitenciarias se inscriben dentro de un sistema penal dialógico que permite una participación activa del imputado o del condenado con la autoridad judicial y de ser el caso con la víctima, en virtud del cual propone su propio punto de vista, su pretensión, una forma de reconciliarse con los mandatos normativos y su propio destino dentro del proceso⁸.

El “modelo de la negociación premial posibilita lograr una justicia participativa. El imputado de simple espectador, pasa a ser protagonista”. (Ruga, 210, p.524)

Las variadas reglas penales “(sustantivas, procesales y penitenciarias) pueden ser objeto de fiscalización y control constitucional (concentrado o difuso) por parte de las autoridades judiciales competentes.

Se parte por considerar que la pena solo puede ser sacrificada cuando se está en presencia de intereses de relevancia constitucional, diversos a la misma ley penal incriminatoria, y que tengan una importancia semejante v. gr. fines preventivo especiales de la pena.

Pese a que al legislador tiene un reconocido ámbito de discrecionalidad (político y jurídico) para la elección de las medidas legislativas a adoptar (v. gr. medidas premiales) es posible que haya un control constitucional se entiende de carácter excepcional en los casos en que media una afectación esencial a la coherencia interna del sistema de la legislación penal ordinaria o hay una grave desproporción entre los intereses político criminales que se promueven con las medidas premiales y la gravedad del comportamiento delictivo y la importancia del bien jurídico protegido.

Con todo, en la doctrina se recuerda que muchas veces la legislación penal premial independientemente del sector que se regula está dotada de una dudosa racionalidad y de escasa compatibilidad con los fines de la pena y es manifestación de una política de emergencia y meramente oportunista. La legislación penal vigente incorpora al mismo tiempo disposiciones de carácter ordinario y normas que reflejan una situación de emergencia y de excepción.

Estas normas socavan la coherencia del sistema y amenazan la estabilidad de los principios y valores fundamentales que tutela la Constitución política.

La legislación penal de emergencia pone en entredicho los valores sobre los que se asienta el Derecho penal democrático y los principios constitucionales básicos, caracterizándose por su improvisación, por la finalidad puramente política de gran parte de las iniciativas legislativas, por la erosión de las garantías mínimas del debido proceso y por representar un atentado contra los derechos fundamentales de la persona”.

Colaboración Eficaz

Como medida excepcional.

La Colaboración eficaz debe admitirse cuando el índice de criminalidad de las organizaciones logra sus cuotas más altas. No debe tomarse como una medida permanente. Su aplicación es de emergencia, excepcionalidad. es opuesto en lo eficaz como una táctica en la lucha contra el delito. Se sabe que el delincuente económico que está relacionado con los casos más importantes de cohecho que se acoge a la Confesión sincera no se *arrepiente* totalmente, lo hace hasta el punto en donde su arrepentimiento le genera el beneficio procesal. Es el resultado de costo-beneficio particular es vano tratar lograr su arrepentimiento moral.

Queda claro que el delincuente de cuello blanco busca burlar la norma para su propio beneficio. De esta manera al acogerse a la Colaboración eficaz no busca reconciliarse con los valores del ordenamiento jurídico. Siendo su principal fin favorecerse con la absolución y mejorar su situación procesal de «inculcado» a la de «testigo» exento de pena.

Aportar datos relevantes para la investigación y el proceso corroborándolos, su situación jurídica mejorará notoriamente”.

Principios “que rigen la colaboración eficaz.

Los beneficios señalados deben ser otorgados en estricta observancia de principios, considerados para que la colaboración eficaz este acorde con los fines del Estado.

Se entiende por principios a fuentes que los jueces acuden para que puedan emitir resoluciones finales, siempre que existan vacíos legales o no se pueda aplicar la analogía, existiendo diversos principios comunes que se encuentran previstos en las normas jurídicas.

A.- Principio de Eficacia

El principio en considerar para valorar la información o los elementos probatorios que otorga el colaborador será la Eficacia, se hace mención a Sánchez Velarde, Pablo (2011) quien, en la Revista Jurídica Del Consejo De Defensa

Jurídica Del Estado, bajo el título La colaboración eficaz en el nuevo Código Procesal Penal, hace referencia:

Uno de los principios más importantes en este proceso es el de la eficacia, de esta forma la información brindada debe ser importante y útil para la investigación penal o permitir evitar acciones futuras, conocer las circunstancias en que se planificó o ejecutó el delito, permitir conocer a sus autores o partícipes, los instrumentos o medios utilizados. Si esta información no produce tales efectos, carece de eficacia (pág. 24).

De lo señalado, se advierte que el procedimiento de colaboración resulta eficaz bajo la calidad y utilidad de la información dada por el colaborador, cuando se cumpla con los objetivos de esta figura, es decir la finalidad de esclarecer una actividad delictiva, dar con la ubicación de los integrantes de la organización criminal y sobre todo erradicar o al evitar futuras operaciones criminales, asegurándose que quien participa obtenga el beneficio que corresponda. Esto hace que el principio de eficacia conlleva a la colaboración a ser prueba apta y suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria o dictar mediadas de coerción”.

B.- Principio de Oportunidad

Sánchez Velarde, Pablo (2004) en el Anuario de Derecho Penal, bajo el título: Criminalidad Organizada Y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz, se refiere al principio de Oportunidad como: La oportunidad de la colaboración es determinante en la concesión de los beneficios. Debiendo ser brindada de forma oportuna para lograr los fines de la ley, debiendo permitir: conocer y capturar a los jefes o dirigentes de la organización delictiva; conocer dónde se encuentran los efectos del delito, las pruebas documentarias, contratos o el dinero producto de la corrupción (pág. 248).

Sánchez Velarde, Pablo (2004) en el Anuario de Derecho Penal, bajo el título: Criminalidad Organizada Y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz, se refiere al principio de Oportunidad como: La oportunidad de la colaboración es determinante en la concesión de los beneficios. Debiendo ser brindada de forma oportuna para lograr los fines de la ley, debiendo permitir: conocer y capturar a los

jefes o dirigentes de la organización delictiva; conocer dónde se encuentran los efectos del delito, las pruebas documentarias, contratos o el dinero producto de la corrupción” (pág. 248).

C.- Principio de Proporcionalidad.

Se considera a este principio como el más importante de tenerse en cuenta para obtener un proceso libre de impunidad, San Martín Castro, César (2015) en su libro Derecho Procesal Penal Lecciones refiere El grado de colaboración con la justicia debe ser medida con rigor, con el objeto de tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar (pág. 873). Evidenciándose que los beneficios que se dan al colaborador son otorgados según el legislador, conforme al grado de aporte que se da, garantizando que el beneficio no caiga en exceso y altere el propósito principal de la figura jurídica .

Señala. "Sánchez Velarde (2004): El beneficio que se solicita y se otorga debe medirse en atención a la colaboración eficaz y oportuna de quien lo solicita. Como señala Sintura Varela, [...] debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia, para tasar adecuadamente el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar. El colaborador puede solicitar la exención de la pena como beneficio; empero, el grado de su colaboración solo le permita la reducción de la misma” (pág. 249).

Lo indica el autor, “se tendrá en cuenta la precisión de los hechos, pruebas y otros aportes del colaborador, para poder hacer una correcta valoración del aporte para con la justicia, con ello establecer un adecuado beneficio, proporcional a la información que otorgue, liberándolo de la condena la cual le correspondería al haber transgredido las leyes”.

D.- Principio “de Comprobación

Sánchez Velarde, Pablo (2004), se refiere lo siguiente:

La información obtenida “por el colaborador tiene que ser objeto de verificación por el fiscal. De esta forma no es suficiente que se incorpore lo dicho a la investigación penal, sino que es necesario corroborar sus afirmaciones, con elementos probatorios objetivos o con datos suficientes de personas, lugares o

documentos que lo permitan; con estas aseveraciones permite reforzar lo que se conoce en la investigación penal. Estos supuestos deben ser valorados en primer lugar por el fiscal y luego por el juez. El procedimiento de verificación está a cargo de la fiscalía requiriendo del apoyo de la autoridad policial” (pág. 249).

Es mediante este principio que se da una correcta facultad investigadora del ministerio público, que le incumbe los hechos de corroboración de la investigación, logrando “elementos probatorios objetivos o datos de personas, lugares o documentos que le permitan reforzar lo se conoce dentro de la investigación penal, por medio de las pruebas brindadas por el colaborador, la información dada será sometida a acciones de investigación y corroboración a cargo del fiscal con ayuda de la Policía especializada”.

E.- Principio de Revocabilidad

Sánchez Velarde, Pablo (2004), señala: Los beneficios “por colaboración surten efectos por medio de la aprobación del Juez Penal; sin embargo, se encuentran sujetos a ciertas condiciones, pudiendo ser revocados si el beneficiario incumple con las reglas impuestas por el juez en la sentencia” (pág. 250).

Los beneficios concedidos consiguen ser abolidos, si el favorecido realiza un nuevo delito intencional o al incumplimiento de determinadas reglas de conducta que “son asignadas por el congresista, procede que el juez revoque el favor del pacto de colaboración. Las normas de conducta asignadas son de total cumplimiento y a su inobservancia la pena inicial sea reformada.”

Contenido dogmático de la premialidad para el favorecimiento de la desarticulación de las organizaciones criminales, entre ellas las organizaciones terroristas.

En “la búsqueda de una mayor eficacia en la lucha contrasubversiva, en octubre de 1989 se promulgó por vez primera una norma legal por la cual se estableció la reducción, exención o remisión de la pena impuesta a las personas condenadas por el delito de terrorismo. La ley 25103 consagró, así, la primera norma de derecho penal premial en el Perú, cuya principal finalidad era alentar a que quien estuviera en una organización subversiva la abandone, requiriéndosele información relevante o calificada a cambio de la cual las instancias

jurisdiccionales quedaban habilitadas a reducir y hasta eliminar la pena que ellas mismas le habían impuesto. Esta es una de las más particulares y especiales características de la legislación de emergencia. Se trata de disposiciones penales que premian con la reducción de la sanción penal a aquel que se desvincula de la organización terrorista, pero si éste se desvincula y delata a otras personas integrantes de la organización el premio puede ser mayor: la libertad.

Estas disposiciones de lo que se denominó como derecho penal premial, plantea un conflicto entre la búsqueda de mecanismos eficaces y los postulados del derecho penal liberal. Ello en vista que el derecho penal premial afecta el acusatorio, limita el carácter cognoscitivo del proceso y además quiebra el principio de igualdad penal". (Prado, 1990 , p.78).

A partir de "la experiencia de la legislación comparada, nuestro país -desde los años 90- ha venido introduciendo mecanismos legales para enfrentar delitos de elevada dañosidad para la sociedad como en su momento fue el terrorismo, así como para combatir el tráfico ilícito de drogas. En tiempos más recientes, la lucha contra la criminalidad organizada ha impulsado un mayor interés en la utilización de dichos mecanismos, uno de ellos es precisamente el proceso de colaboración eficaz.

Tal como lo sostiene Oré Guardia, la colaboración eficaz se ha construido en tomo del arrepentido, denominación que se utiliza para designar al acto de reconocer ante la autoridad los hechos delictivos en los que ha participado, proporcionando información oportuna, suficiente y eficaz que permita cesar la situación antijurídica en el que ha participado o del que tiene conocimiento". (Oré, 2016, p.621)

Es así que este procedimiento tiene su antecedente en la institución del arrepentimiento, introducido por primera vez con la Ley N° 24651, que fue derogada por la Ley N° 25103 (de octubre de 1989) y que apuntaba como objetivo principal combatir los delitos de terrorismo que en ese periodo azotaba a nuestro país. Posteriormente, la previsión de premios por la colaboración en la investigación del delito se fue ampliando a delitos de tráfico ilícito de drogas, hasta ser sistematizada con la entrada en vigencia del CPP de 2004.

Nuestro Código adjetivó la configuró como un procedimiento de naturaleza especial, características singulares para su incoación y trámite, basado en el principio del consenso. Pero fue recién con la Ley N° 30077, en cuya primera disposición complementaria y transitoria se dispuso adelantar “la vigencia de Código para todos los delitos previstos en el artículo 3 de la citada Ley, entre ellos están los delitos como asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, delitos contra la humanidad, corrupción de funcionarios, delitos informáticos, entre otros. Todos ellos comparten una característica: haber sido cometidos por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma”. (Sanchez, 2004, pp. 244).

Se introduce de “una manera definida el fenómeno delictual de crimen organizado. En ese sentido, la ley hace una acotación importante que no se encontraba en los cuerpos normativos que la preceden: se considera organización criminal a un grupo que realiza actividades ilícitas y tenga, como mínimo, tres integrantes”.

El caso más emblemático, en el cual fue fundamental el aporte del colaborador eficaz, fue a propósito de las investigaciones al gobierno de Alberto Fujimori Fujimori y su entorno. “El papel de Matilde Pinchi Pinchi, administradora del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) en la época en la que Vladimiro Montesinos estaba al mando, fue valiosísimo. No solo dio importante información sobre las acciones corruptas de Montesinos, sino también sobre las maniobras políticas que este realizaba para mantenerse en el poder.

Por toda la información proporcionada y como resultado de las negociaciones con la fiscalía, Matilde Pinchi Pinchi fue condenada a cuatro años de prisión suspendida y al pago de una reparación civil de US\$ 1 millón de dólares americanos”.

En el CPP de 2004, “el proceso de colaboración eficaz es un proceso especial, puesto que presenta particularidades asociadas a su objeto, tanto en su inicio, desarrollo y forma de conclusión. Con él se permite, con aprobación judicial posterior, que el Ministerio Público celebre un acuerdo de beneficios y de colaboración con particulares, procesados o sentenciados con la finalidad de obtener información relevante para la investigación de un hecho criminal. Entre los

requisitos para su procedencia están: a) abandono voluntario de sus actividades delictivas; b) admisión o no contradicción, libre y expresamente, de los hechos en que ha inter-venido o se le imputen; y c) presentarse al fiscal mostrando disposición de proporcionar información eficaz”.

Desde ese momento “se fue perfilando la figura, como un mecanismo útil a tomar en cuenta en las investigaciones que revisten complejidad, pues dada la estructura bien organizada de la criminalidad contemporánea se hace difícil encontrar material probatorio incriminatorio. Sin embargo, desde la entrada en vigencia del CPP del 2004, su aplicación se encuentra muy reducida. Así se evidencia en las estadísticas reportadas por los Subsistemas Nacionales de Crimen Organizado, Lavado de Activos y Corrupción de Funcionarios del Ministerio Público que se encuentran recogidas en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1301”.

Decreto Legislativo N° 1301. Fase de calificación

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1301 la estructura del proceso de colaboración eficaz es modificada en las vías dadas para su inicio y sustanciación a efectos de dotar de mayor eficacia dicho mecanismo procesal.

Desde esta óptica, a partir de ahora los procesos de colaboración eficaz no solo podrán ser iniciados a solicitud del potencial colaborador sino por cuenta del Ministerio Público promoviendo la participación de los procesados o condenados, hasta de aquellas personas que no se encuentran inmersas en un proceso penal pero tienen información sobre un hecho que está siendo investigado, a acogerse a la colaboración y a cambio recibir los beneficios establecidos.

En ese sentido, se habilita la posibilidad de que el titular de la acción penal tenga un rol activo en la promoción e incoación de los procesos de colaboración eficaz. Dado que el fiscal debe asumir la dirección de la investigación criminal desde el inicio, así como establecer un plan estratégico para obtener resultados eficaces en esa tarea, tiene información que le va a permitir seleccionar a los eventuales colaboradores. La Policía Nacional también participa activamente en la investigación del delito, como brazo operativo del Ministerio Público, es por eso que resulta coherente, en ese contexto, que pueda captar a personas susceptibles

de brindar información, no obstante, debe comunicárselo de inmediato al fiscal que está a cargo de la investigación.

La persona dispuesta a proporcionar información eficaz, que pretenda aspirar a ser un colaborador eficaz y recibir los beneficios que ello acarrea, debe haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y en el caso de los procesados, aceptar total o parcialmente, los hechos imputados”.

El abandono voluntario de la actividad delictiva, como requisito para la incoación del procedimiento de colaboración eficaz, se constituye en un presupuesto básico e indispensable si se quiere conseguir mínimamente la finalidad político-criminal perseguida de utilidad en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción en el país.

En ese sentido, tal como lo ha señalado Benítez Ortúzar, el abandono voluntario de las actividades delictivas constituye una opción personal de disociación, de separación de voluntaria de la organización o asociación criminal, lo cual parece exigir una continuidad y permanencia delictual que, en principio excluiría su aplicación a colaboradores ocasionales (...).

Se puede apreciar, “no es exigible una actitud altruista del aspirante a colaborador, ni un estado psicológico de arrepentimiento, solo que objetivamente realice un aporte serio y eficaz que permita resultados útiles en la investigación de delitos de alta dañosidad para la sociedad.

Por otro lado, otras de las innovaciones que más resalta es la habilitación a los jefes y cabecillas de la organización criminal, un supuesto que no estaba considerado antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N°1301. De este modo, el texto actual del Código Procesal Penal en su artículo 475.6 señala que *los jefes, cabecillas, o dirigentes principales de organizaciones delictivas, (...) únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico* (...).

Una vez iniciadas las conversaciones entre el aspirante a colaborador y el fiscal, el primero debe informar “de todos los procesos que se siguen en su contra, correspondiendo al fiscal coordinar con los jueces y fiscales a cargo de los

procesos. Una vez definida la situación jurídica del procesado y después de que se asigne una clave de identificación en el proceso especial, se dará por superada la fase de calificación.

Como se denota, antes del inicio del proceso de colaboración eficaz, el imputado y el representante del Ministerio Público se pueden reunir una o varias veces. Estas reuniones tienen un carácter informal, pues no es vinculante para ambos. En ellas, se va a ir definiendo qué beneficio y en qué medida se aplicará en el caso concreto. Pues, es precisamente el principio de consenso sobre el que se sustenta la institución en referencia.

Asimismo, la información que se brinda debe ser relevante y útil, y que permita algunos o todos los supuestos previstos en el artículo 475 del CPP de 2004, dentro de los delitos previstos en el numeral 2 del artículo 474 del mismo Código”.

En ese sentido, únicamente “será admitida la información que permita, entre otras cosas, evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva”.

Es “relevante la información que permita conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o en las que se viene planificando o ejecutando; o identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.

Finalmente, es además importante la información que permita entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva; averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva”.

El fiscal deberá evaluar la relevancia de la información propuesta, si la información que pretende brindar el aspirante a colaborador cumple con los objetivos antes mencionados, la decisión de aceptar iniciar el procedimiento de

colaborador eficaz debe ser positiva. Una vez aceptada preliminarmente la solicitud, se inicia la fase de corroboración de la información.

Fase de corroboración

Es precisamente, la fase de corroboración del procedimiento especial que ha sido objeto de modificaciones sustanciales en cuanto a su operatividad, así como la estructura de los procedimientos a seguir para su superación. “En consecuencia, una vez realizada la calificación, el fiscal inicia el procedimiento por colaborador eficaz de manera reservada, ordenando las diligencias de corroboración que considere pertinentes para determinar la eficacia de la información proporcionada. En estos casos podrá requerir la intervención de la Policía Nacional, para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un informe policial (Artículo 473 CPP)”.

Bajo ese contexto, “el solicitante debe entregar todos los elementos probatorios de la realización del delito que estuvieran a su alcance. Asimismo, debe sindicar la identidad y ubicación de los demás participantes del delito. Cuando se trata de miembros de una organización criminal, debe brindar información referida a los demás miembros y sobre la estructura de la organización.

Durante esta fase, el fiscal podrá celebrar reuniones con el imputado como parte de la predisposición de este a colaborar con la investigación penal, siendo legítimo citar las veces que sea necesario al colaborador para aportar información que haga más eficiente la investigación, claro está, en el ámbito del preacuerdo establecido”. (Inciso 4 del artículo 472 CPP).

Hasta antes de la modificación, “el artículo 475.1 establecía que *el fiscal, en cualquiera de las etapas del proceso, está autorizado a celebrar reuniones con los colaboradores cuando no exista impedimento o mandato de detención contra ellos, o, en caso contrario, con sus abogados, para acordar la procedencia de los beneficios*, como se evidencia la presencia del abogado era obligatoria para la realización de las reuniones como parte de lo pactado en la fase previa al inicio del procedimiento, o bien estaban ambos, o solo el abogado cuando exista motivos justificados para la ausencia del imputado. En la regulación actual, el fiscal podrá

celebrar reuniones con los colaboradores con o sin la presencia de sus abogados, con esta modificatoria, no será ya necesaria la presencia de la defensa técnica, pues así se busca evitar la frustración de las diligencias programadas con el aspirante a efectos de que se agilice y se culmine lo antes posible el proceso de colaboración eficaz.

En esta fase, el fiscal podrá ordenar, o solicitar al juez, las medidas de protección destinadas al aseguramiento de material probatorio y la preservación de la integridad física o psicológica de las personas involucradas en él. Entre estas últimas, están: mantener en reserva la identidad del colaborador y asignarle una clave para su identificación”.

Culminados “los actos de investigación direccionados a la corroboración de las afirmaciones dadas por el colaborador, el fiscal debe suscribir en acta el acuerdo o convenio preparatorio a la cual llegue de manera consensuada con el procesado o sentenciado, detallando el beneficio acordado, los hechos sobre los cuales se refiere el beneficio, y las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada”.

Teniendo en cuenta “el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los beneficios que pueden ser negociados en el acta son:

- Exención de la pena.
- Disminución de la pena.
- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Remisión de la pena para quien la está cumpliendo”.

Cabe precisar “que el beneficio de disminución de la pena podrá aplicarse acumulativamente con la suspensión de la ejecución de la pena. Mientras que los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas y los que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena o suspensión de su ejecución”.

Pues bien, la suscripción del acta de acuerdo de colaboración eficaz es posterior a la corroboración respecto de la veracidad de la información brindada

por el colaborador eficaz, y que la misma tiene la suficiente entidad como para permitir desarticular o destruir una organización criminal. De esta manera, toda información superflua o irrelevante para alcanzar los objetivos antes mencionados debe ser desestimada por el Ministerio Público.

En tal sentido, “el fiscal elaborará el acta de denegatoria del acuerdo de colaboración eficaz cuando se determina que la información proporcionada no contribuye en el esclarecimiento de los hechos sobre los que se está investigando.

En atención al artículo 25 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301, la denegación del acuerdo genera los siguientes efectos:

1. Iniciar cargos contra los sindicados con la finalidad de procesarlos y perseguirlos;
2. En caso de declaraciones de mala fe contra terceros inocentes, se les debe cursar información;
3. Las declaraciones del colaborador contra sí mismo, se toman como inexistentes;
4. Las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas - siempre que sean veraces- y se actuará según indicios, para lo cual se emplazará al colaborador a fin que rinda una nueva declaración;
5. Los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos”.

Es el segundo supuesto “el que nos genera mayor atención, pues nos encontramos en una situación en donde el imputado que mostró predisposición a acogerse al proceso de colaboración eficaz, y por cuyos efectos proporcionó información no solo sobre la participación de sus coimputados en los hechos investigados sino también sobre el grado de intervención que tuvo él en ellas.

Estas declaraciones evidentemente entran en contradicción con el derecho de no autoincriminación, que tiene entre sus manifestaciones guardar silencio y hasta mentir, cuando se está frente a una investigación penal.

Por otro lado, el principio de presunción de inocencia constituye no solo una regla de tratamiento del imputado en el proceso penal, por el cual debe ser tratado como tal hasta la emisión de una sentencia en sentido contrario; dicho principio es, además, una regla de tratamiento probatorio que importa que es sobre el acusador sobre quién recae la carga de la prueba, siendo que el acusado -parte procesal contraria- no tiene la obligación de presentar pruebas a efectos de demostrar su inocencia.

Bajo esas consideraciones, se debe prestar atención al tratamiento operativo de las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz en las entrevistas que haya llevado a cabo con el titular de la acción de la acción penal, y que posteriormente hayan sido denegadas por la imposibilidad -por lo menos en lo inmediato- de ser corroboradas, por la falsedad de la información, o porque esta no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente.

En referencia a la denegación del acuerdo de colaboración eficaz, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 señala que los efectos ante esa situación son los siguientes:

- Iniciar cargos contra los sindicados con la finalidad de procesarlos y perseguirlos.
- En caso de declaraciones de mala fe contra terceros, se les debe cursar comunicación.
- Las declaraciones del colaborador contra sí mismo se toman como inexistentes
- Las declaraciones del colaborador contra terceros pueden ser utilizadas - siempre que sean veraces- y se actuará según indicios, para lo cual se emplazará al colaborador a fin de que rinda una nueva declaración.
- Los elementos de convicción recabados durante la fase de corroboración tendrán plena validez para ser incorporados en otros procesos”.

Como se evidencia, la información brindada por el aspirante a colaborador eficaz, y toda aquella que derive de ella, va a tener eficacia jurídica a efectos de iniciar un proceso penal contra personas que hayan sido sindicadas, así como contra terceros, siempre que las declaraciones sean veraces, y a fin de ello, se emplazará al colaborador para que rinda una nueva declaración.

No obstante, en caso de que aquellas declaraciones sean maliciosas, es decir, no sean ciertas y solo con ánimos de perjudicar a un tercero, se debe cursar comunicación al involucrado para que inicie las acciones correspondientes - denuncia por calumnia por ejemplo-.

Además, se hace la atinencia que dichas declaraciones no tienen valor inculpante sobre el declarante, previsión que se condice con el derecho a la no autoincriminación y el derecho de presunción de inocencia en su manifestación de regla probatoria.

Por otro lado, “se establece que el material probatorio que haya sido recolectado durante la fase de corroboración - prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, derivadas precisamente de las declaraciones del solicitante, pueden ser empleados en otros procesos”.

Es el tratamiento y valor jurídico de toda la información que se haya desprendido de las reuniones entre el representante del Ministerio Público y el solicitante, lo que llama nuestra atención en vista de las condiciones en las cuales se obtuvo todo aquel material probatorio.

Valor probatorio de la información brindada por colaborador eficaz en la fase de corroboración

Como lo ha resaltado el Decreto Legislativo N° 1301, el proceso de colaboración eficaz es autónomo y puede comprender información de interés para una o varias investigaciones a cargo de otros fiscales. En ese sentido, el inciso 1 del artículo 12 del Reglamento (Decreto Supremo 007/2017-JUS), precisa que de la delación del colaborador eficaz pueden derivarse otros procesos comunes o especiales, que se inician con la corroboración de sus declaraciones. El inciso 3 del mismo artículo manifiesta que *cuando el colaborador eficaz se encuentre procesado, el proceso especial seguirá de forma independiente y, en el proceso común no variará su condición de procesado a consecuencia del mismo. (...).*

Por otro lado, la exposición de motivos del referido reglamento señala que los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleadas para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas

en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz y que la declaración del colaborador también podrá ser empleada por dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación, debiendo acompañarse de otros elementos de convicción, rige el numeral 2 del artículo 158 del CPP”.

Como se denota, el reglamento del decreto en análisis es muy claro en señalar que las manifestaciones del aspirante a colaborador eficaz pueden fundamentar la incoación de otro proceso, sea en vía común o especial, siempre y cuando estas hayan sido corroboradas, es decir, que la autoridad fiscal haya verificado la verosimilitud de la información entregada.

En el mismo sentido, a efectos de solicitar la aplicación de una medida de coerción personal, por ejemplo la prisión preventiva, la parte acusadora puede introducir la declaración del colaborador para sustentar el primer requisito de dicha medida, referido a los fundados y graves elementos de convicción³⁰, solo si la misma se encuentre corroborada por lo menos con datos periféricos de carácter objetivo que avalen dicha información”.

Esto último “está en correlación” con lo expresado en el artículo 481-A de nuestro cuerpo normativo adjetivo, que a la letra expresa:

1. Los elementos de convicción recabados en las diligencias de corroboración podrán ser empleados para requerir medidas limitativas de derechos o medidas coercitivas en los procesos derivados o conexos al proceso especial de colaboración eficaz.

2. La declaración del colaborador también podrá ser empleada para dichos efectos, en cuyo caso se deberá cautelar su identidad, salvaguardando que la información utilizada no permita su identificación. En estos casos, deberá acompañarse de otros elementos de convicción, rigiendo el numeral 2 del artículo 158.

Las exigencias legales para la evaluación y consideración como fuente o medio de prueba de la declaración del colaborador resulta lógico, si no se pierde de vista que el mismo tiene la calidad de coimputado en el proceso principal, y como lo ha desarrollado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2005, el

tratamiento no es el mismo que se le brinda a un testigo³¹, pues la declaración del primero reviste circunstancias particulares que deben ser atendidas.

El acuerdo citado desarrolla que cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial -no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir³².

Como se evidencia, en la práctica el tratamiento de las manifestaciones inculpativas del colaborador eficaz se toma compleja pues se deben atender una serie de circunstancias como: i) la personalidad del imputado delator y sus relaciones personales con sus coimputados; ii) la posibilidad de que existan móviles turbios o espurios, odio, de venganza; iii) que no sea con fines autoexculpatorios mediante la sindicación de los copartícipes; iv) deseo de obtener los beneficios a cualquier modo.

En atención a lo comentado, en los supuestos en los cuales el Ministerio Público pretenda emplear las declaraciones del colaborador eficaz para solicitar la imposición de medidas tan graves para el sujeto perseguido como la prisión preventiva, no solo por las consideraciones expuestas, sino por mandato legal contenido en el artículo 481-A del CPP de 2004, deberá presentar datos objetivos que mínimamente acrediten la veracidad de dicha manifestación.

Por otro lado, la información brindada por el colaborador eficaz, que importe que la misma sea verosímil y relevante, solo podrá ser obtenida luego de haber superado la fase de corroboración y se haya establecido un acuerdo entre ambas partes -el colaborador y el fiscal a cargo-. Ello resulta lógico, no solo por los argumentos esbozados hasta ahora sobre lo determinante de un sustento fáctico de lo afirmado por el delator solicitante, sino de la propia configuración del proceso especial en cuestión. “Así, el artículo 25.1 establece que la desestimación del Acuerdo de Beneficios y Colaboración estará justificada cuando:

- La información no resulta útil, relevante, suficiente y pertinente.
- Falta corroboración.
- Falsedad de información⁷⁷.

En ese sentido, “si el acuerdo es denegado porque las afirmaciones del coimputado colaborador no son útiles, relevantes, pertinentes y suficientes para el progreso de la investigación del proceso principal en la cual se esté investigando a toda una organización criminal, resulta coherente la denegatoria, dada la insignificancia de la información aportada. Por la tanto, dicha información no debe ser objeto de consideración en el pro-ceso principal.

Así también, cuando la información que se desprenda de la declaración del coimputado colaborador es falsa o no se encuentra corroborada con mayor razón no debe tener valor jurídico alguno.

En ese orden de ideas, solo luego de haber superado la fase de corroboración y celebración del acuerdo, la declaración del coimputado colaborador obtiene valor jurídico tanto en el proceso de colaborador eficaz, así como en el proceso principal u otros procesos que pueden iniciarse como efecto de la información desprendida de sus manifestaciones. En caso contrario, dado que la información se encuentra en los supuestos antes mencionados, son ineficaces.

Crimen organizado.

Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales

Que prudente de todos estos aspectos, para identificar el impacto real que tiene la delincuencia organizada en la sociedad contemporánea y sobre todo en su futuro. Esta necesidad se torna trascendente para cualquier visión o programa racional de políticas públicas sobre dicho fenómeno”. Especialmente, porque “como lo hace notar LAMAS PUCCIO, la criminalidad organizada en nuestro tiempo parece tener la paradójica capacidad de hacer plenamente compatibles el alto nivel de desarrollo tecnológico propio de las sociedades post industriales, con las altas cuotas de exclusión, miseria y violencia estructural que han padecido y padecen millones de personas en el mundo: El tráfico de drogas a gran escala, la subversión, el terrorismo, la venta ilegal de armas, la trata de blancas, el lavado de

activos, el soborno, los delitos contra la función pública, el robo, el secuestro, los delitos contra la propiedad industrial, etc.; constituyen una gran gama de actividades que son llevadas a cabo por parte de grupos organizados, cobrando mayor relevancia en los últimos años gracias a las facilidades dadas por los avances tecnológicos, el transporte, la transaccionalidad de las actividades comerciales, el transporte aéreo y marítimo, los procesos migratorios. A lo que se suma el empobrecimiento de millones de seres humanos que no pueden satisfacer sus necesidades básicas de educación, salud, vivienda o que en todo caso se ven obligados a emigrar a otros países con todo lo que ello implica”. (Lamas Puccio, p. 315)

La criminalidad organizada expresa, pues, un perverso mensaje de poder, carencias y contradicciones tanto sociales como políticas, que deben ser esclarecidas y superadas de manera conjunta por el Estado y la ciudadanía a fin de controlar el riesgo grave de que aquella pueda, finalmente, penetrarlos o absorberlos. Al respecto, la situación crítica que se ha experimentado y se experimenta aún en países de Latinoamérica como Colombia, México, Honduras o Brasil constituyen una seria y objetiva advertencia que nos da cuenta de que toca enfrentar, realmente, una grave amenaza mundial. Frente a la cual se requiere algo mejor que el derecho penal. Lamentablemente, la tendencia mundial sigue apostando a que lo único que queda es el derecho penal”.

Noción legal de criminalidad organizada

Como bien anota (GONZÁLEZ CUSACC) “la disparidad de datos, metodologías y cifras existentes en el panorama internacional, comportan serias divergencias para fijar una medida exacta de la extensión del crimen organizado. Pero cualquiera que sea la estadística manejada, no cabe duda que hoy representa una de las mayores amenazas a nuestra seguridad, entendida esta en su sentido multidireccional actual.

Esta aseveración, cuyas principales premisas ideológicas y empíricas ya hemos sintetizado, suele estar acompañada en la literatura especializada de una necesidad formal, pero de relevancia material, que torna más dificultosa su asimilación y consenso. Nos referimos, al imperativo de alcanzar un referente legal que permita ingresar a las exigencias del principio de legalidad penal todo ese

complejo fenómeno social que se califica como criminalidad organizada. Al respecto, señala *Zúñiga Rodríguez*: Un primer problema que hallamos es definir a la criminalidad organizada. Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas características consensuadas en todos los ámbitos y países. Incluso se discute si es posible aprender en un concepto general un fenómeno tan proteico". (*Zúñiga, 2006*)

Se hace evidente, pues, como lo destaca MONTROYA, que el problema terminológico de la criminalidad organizada "se desplaza con facilidad e insoslayablemente de lo social a lo jurídico: El principal problema con el término crimen organizado es la interpretación que del concepto realiza el público, por un lado, y los funcionarios por el otro, sin olvidar que la aludida expresión puede tener distintos significados en diversos países. Este tipo de actividad criminal puede ser perseguida en una jurisdicción y no ser reconocida legalmente en otra. Esto paradójicamente significa, en el plano jurídico penal de la legalidad, que la criminalidad organizada puede y no puede ser entendida y regulada como tal, lo cual es muy riesgoso para la construcción de estrategias y políticas públicas de prevención y control que requieren internalizarse como prioritarias en la conciencia colectiva de una sociedad". (*Montoya, 2004, p.237*).

O que, como suele ocurrir en las sociedades latinoamericanas, determinan que en ellas la criminalidad organizada sea identificada con el sentimiento de inseguridad ciudadana más que como uno de sus componentes estructurales. En ese sentido, resultan pertinentes las observaciones formuladas por BRANDARIZ GARCÍA en tanto demandan una necesaria distinción: La problemática de la sensación social de inseguridad ante el delito remite a las ideas de peligro y riesgo, así como a la distancia que media entre ellas. No obstante, para comenzar a calibrar esa distancia, parece oportuno tener en cuenta que lo que ha incidido en las transformaciones del sistema penal es, tanto o más que la existencia de crecientes tasas de criminalidad, el asentamiento de una sensación social de inseguridad o de riesgo.

Un “concepto operativo de criminalidad organizada identificándola, sobre todo, como una estructura organizacional que construye mercados donde brinda bienes y servicios ilícitos generadores de ingentes ganancias. Al respecto hemos sostenido que constituye criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento.

Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico. Luego, también hemos identificado que la criminalidad organizada tiene como sus principales características las siguientes:

- ❖ Permanencia operativa.
- ❖ Estructura organizacional.
- ❖ Práctica de negocios ilícitos.
- ❖ Planificación de actividades.
- ❖ Utilización de redes de protección.
- ❖ Dinámica movilidad internacional.
- ❖ Requerimiento de fuentes de apoyo.
- ❖ Fin lucrativo.
- ❖ Concierto de alianzas estratégicas o tácticas”.

Finalmente se reconoce “de hasta cinco tipologías y niveles de delincuencia organizada que actualmente operan a nivel mundial, regional o nacional y que tienen distintos diseños estructurales, diferentes modelos funcionales y de configuración de roles o cadenas de mando. Y la sola definición de cada uno de estos rasgos aporta por sí misma complejidad a cualquier posibilidad de elaboración de tipos penales que reflejen su sentido funcional o su trascendencia práctica. Sin embargo, ellos son indispensables para definir cualquier fórmula jurídica o decisión judicial que busque la criminalización primaria o secundaria de la criminalidad organizada. Pero el reto de la técnica legislativa en este dominio no

es menos disyuntivo, que aquel que surge cuando se trata de colocar en la ley los delitos que se entiende son muy propios del crimen organizado como el lavado de activos, la trata de personas o el tráfico ilegal de migrantes. Pese a lo cual los códigos penales modernos no pueden eludir su inclusión y deben intentar que las decisiones legislativas al respecto, cuando menos, reproduzcan o representen lo esencial de tales ilícitos. Trataremos, pues, a continuación, de indagar por las diferentes propuestas que en torno a la configuración de un concepto legal de criminalidad organizada se han esbozado en la legislación penal contemporánea”. (Prado Saldarriaga, 2013, p.60).

Ahora bien, “históricamente, todo parece indicar que el origen del término criminalidad organizada se remonta a la segunda mitad del siglo veinte y fue más empírico que técnico o jurídico. En efecto, inicialmente fue aplicado solo por las agencias estatales especializadas en la prevención y control del delito, para referirse a la presencia de estructuras criminales que se caracterizaban por su actuación corporativa y subrepticia. Su conexión con lo legal es posterior y encuentra un referente especial en los Estados Unidos durante los años setenta del siglo pasado, a partir de la puesta en vigencia de la Ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act). Según relata MONTROYA, el Congreso al describir el crimen organizado, declaró que era el propósito de la ley (RICO) alcanzar la erradicación de esta modalidad criminal en los Estados Unidos al proveer sanciones y nuevas soluciones para tratar con las actividades ilegales de aquellos involucrados”. (Montoya, 2004, p.240).

Sin embargo, “ya en el siglo XXI, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, la orientación criminológica y criminalística de dicha expresión sigue prevaleciendo sobre cualquier connotación jurídica; incluso a más de una década de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo): Hoy en día, tanto los estudios especializados, como los congresos internacionales y los operadores de la justicia internacional, comprenden con el término criminalidad organizada a las grandes organizaciones criminales (y sus satélites) que utilizan los métodos de la mafia: extorsión, secretismo, violencia, búsqueda de impunidad, corrupción pública y privada para conseguir beneficios ilícitos. No obstante, en la coyuntura actual el

uso de esta expresión o sus más frecuentes derivaciones (crimen organizado, mafias, delincuencia grupal, etc.) Se ha ido socializando y vulgarizando tanto que ha perdido o distorsionado su significado inicial. Efectivamente, la expresión criminalidad organizada se ha convertido en un vocablo polisémico o coloquial que no siempre representa la magnitud y características del fenómeno delictivo que pretende describir. Pese a este desgaste conceptual e ideográfico, es evidente que, en todo contexto, sea este técnico o profano, donde se hace cualquier clase de referencia a la criminalidad organizada, se susciten, siempre, actitudes y reacciones sociales o políticas de inseguridad y de preocupación. En efecto, como advierte ESCUCHURI AISA: Pese a la indefinición que acompaña a los conceptos de criminalidad organizada o delincuencia organizada no se pone en cuestión que esta forma de criminalidad ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y peso financiero sin precedentes”. (Zúñiga, 2006).

Este tipo de reacciones, “por lo demás, demuestran que si bien la criminalidad organizada y sus manifestaciones más conocidas o sensibles, no alcanzan a ser abarcadas por un concepto homogéneo y con significado consensual, suelen ser entendidas y visualizadas, constantemente, como un fenómeno delictivo dañoso, de contornos graves y de características inusuales. Al cual, además, se le asimila como muy próximo al entorno cotidiano de los individuos y de las instituciones, reconociéndosele una inquietante capacidad de infiltración y de influencia en todos esos dominios. Sin embargo, esta visión de la criminalidad organizada se agudiza cuando se verifica empíricamente la amplitud de los espacios lícitos y formales donde ella ha logrado posesionarse (actividad empresarial, financiera, comercial o administración pública) e irradiar la influencia negativa de su encubierta presencia. Al respecto RAFAEL RONCAGLIOLO, cuando ejerció como Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, advertía en el marco de la UNASUR que una de las principales amenazas a la vida democrática hoy día proviene del poder del crimen organizado que establece o trata de establecer, en algunos lugares, una suerte de poder paralelo y trata de controlar porciones del Estado” [...].

El crimen organizado no solo personifica un gran poder económico transnacional, sino que, además, es una intimidación a los Estados. “Cabe reconocer que lo aparentemente exagerado y dramático de esta proyección

política sobre la criminalidad organizada resulta, en gran medida, compatible con un análisis estratégico y técnico de sus actuales potencialidades o factores de crecimiento y expansión como el que realiza LÓPEZ SÁNCHEZ. Según este autor: Actualmente un mundo multipolar como el nuestro está sometido a fenómenos o condicionantes globales que tienen un efecto pernicioso, potenciador y propagador de cualquier riesgo o amenaza, pero que en el caso de la delincuencia organizada es superior. Estos efectos elevan nuestro grado de vulnerabilidad o peligro. Los potenciadores y propagadores de la delincuencia organizada son los relacionados con los perjuicios del cambio climático, los provocados por la demografía de los países desarrollados, por la seguridad energética y por la inmigración ilegal, la exclusión social e inseguridad". (Sánchez., 2012, p. 357)

Persiste, "entonces, la necesidad de construir un concepto operativo y legal de criminalidad organizada. El cual, si bien no reflejará toda la magnitud y variedad que definitivamente encierra este fenómeno criminal, servirá, cuando menos, para distinguir mejor sus características más constantes y así diferenciar a la criminalidad organizada de cualquier otro fenómeno delictivo semejante. Además, a pesar de su condición aproximativa, la existencia de un concepto operativo y legal de criminalidad organizada otorgará un referente consensual más sólido para la formulación, implementación y evaluación de las correspondientes decisiones de política criminal que tenga que adoptar el Estado".

Ahora bien, el diseño de una noción operativa y legal de "criminalidad organizada tampoco es una tarea fácil. Sobre todo, por la coexistencia de una multiplicidad de caracterizaciones que se suelen asignar, actualmente, a la criminalidad organizada en la literatura especializada o en la legislación comparada. Tampoco es suficiente ni técnico, procurar, solamente, la integración asistemática en una norma legal de los rasgos que con frecuencia se atribuyen a la criminalidad organizada desde la criminología, la criminalística o desde la propia y escasa dogmática penal sobre la materia. En efecto, un proceder legislativo de estas características encontrará, de inmediato, notables inconsistencias metodológicas y disfunciones prácticas porque los enfoques que utilice, para adjetivar o describir tales rasgos, estarán, siempre, desconectados o vinculados a contextos y objetivos explicativos muy diferentes. Ello ha motivado la duda y la

crítica de los expertos que rechazan las fórmulas normativas diseñadas de esa manera por adolecer de un excesivo casuismo o una irrelevante generalidad. Al respecto, revisaremos, a continuación, algunas tendencias y experiencias legislativas en la construcción de disposiciones legales sobre la criminalidad organizada, destacando sus principales limitaciones, defectos o idoneidad.

Un primer modelo legislativo, que suele ser el más cuestionado, es el que parece basarse en un enfoque criminológico de la criminalidad organizada. El ejemplo más caracterizado de esta opción normativa es el que corresponde al artículo 416 del Código Penal italiano, que alude a las asociaciones delictivas de tipo mañoso: La asociación es de tipo mañoso cuando aquellos que forman parte de ella se valen de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sometimiento y de un pacto de silencio que de ello se deriva para cometer delitos, para adquirir de modo directo o indirecto la gestión o, de algún modo, el control de las actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones, adjudicaciones y servicios públicos o para obtener ganancias o ventajas injustas para sí o para otros, o bien con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurárselo a otros en ocasión de consultas electorales. Algo similar ocurre con el artículo 260 del Código Penal Suizo, con la notable diferencia de que esta norma alude más bien a la participación en una organización criminal que mantiene su estructura y miembros en secreto y que persigue el objetivo de cometer actos de violencia criminales o de lucrarse con medios criminales. Sin embargo, esta técnica legislativa ha sido también objetada porque obscurece, las más de las veces, la configuración típica del acto incriminado tornándola equivoca o poco práctica para la actividad judicial. Con respecto CARLA DEL PONTE ha sostenido: Me cuesta trabajo ver la utilidad práctica de este elemento constitutivo. En efecto, es evidente que ningún grupo de personas, formado para cometer infracciones, se propone dar explicaciones acerca de su estructura y de los miembros que la componen”. (Del Ponte, 1997, p.168)

A este tipo de normas legales se le puede objetar el empleo excesivo de categorías descriptivas poco esclarecedoras y que en algunos casos sobredimensionan la esfera individual y clandestina del integrante del grupo criminal, o, en otros casos, hacen lo propio con alusiones o calificaciones

imprecisas sobre lo colectivo y estructurado de la organización delictiva. Al respecto cabe recordar lo ambiguo y poco consistentes que suelen este tipo de rasgos o perfiles criminológicos. En ese sentido, mantienen vigencia las observaciones formuladas a mediados de los setenta del siglo XX por MCINTOSH. se “cuestionó que con el empleo de este tipo de tipologías criminológicas solo se consigue clasificar cierto número de reseñas descriptivas de comportamiento y organización criminal conforme a determinado orden. Pero el resultado no es sistemático como base para el análisis de la organización criminal, porque las teorías implícitas sobre las cuales se basa no son teorías sobre la organización, sino sobre cómo los individuos llegan a cometer delitos”. (Mcintosh, 1977, p.9).

De modo que no es prudente trasladar estas limitaciones a una fórmula legal. Una observación similar recae en aquellos modelos legislativos que, por el contrario, influenciados por corrientes criminológicas, mayormente interesadas en detalles analíticos de una determinada organización criminal, construyen disposiciones legales adicionando un conjunto complejo de variables e indicadores que no siempre se pueden convalidar, extrapolar o contrastar con otras organizaciones criminales. Por ejemplo, en este tipo de propuestas normativas se privilegian no solo datos y características generales como diseño, posición funcional, modus operandi o motivación, sino que se trasciende a otros aspectos más específicos concernientes a la praxis histórica de la organización criminal; a su espacio geo referencial; así como a su subcultura y ritos. Se trata, pues, de rasgos tan particulares que resultan innecesarios para una disposición legal que solo debe intentar definir lo que es una organización criminal y que, además, hacen dificultosa una conceptualización dogmática homogénea en torno a ella. Nos referimos a datos tan propios como los señalados por (Follain, 2009, p. 47) en torno a la mafia siciliana o los recopilados por VALDÉS CASTELLANOS sobre los cárteles de la droga en México. Todos estos aspectos, que, si bien pueden ser relevantes en un contexto sociológico, se tornan confusos e incoherentes a la hora de construir una disposición legal alusiva a la criminalidad organizada. A lo sumo estos datos pueden tener una utilidad relativa para configurar circunstancias agravantes específicas en torno a organizaciones criminales dedicadas a la realización de determinada clase de delitos. (Valdés, 2012, p. 175).

Sin embargo, el enfoque criminológico brinda, desde sus distintas teorías e investigaciones, un dato esencial que sí es pertinente que se incluya expresa: implícitamente de toda noción legal de delincuencia organizada, sea cual mere su configuración, alcances o presupuestos. “Nos referimos a la condición de criminalidad de servicios y de motivación lucrativa que aquella tiene. Lo cual, sin lugar a dudas, es lo que mejor caracteriza a la criminalidad organizada desde sus estructuras organizacionales, así como desde sus diferentes proyectos delictivos o desde los heterogéneos niveles y roles de sus operadores. En efecto: a criminalidad organizada se dirige siempre a producir y proveer bienes y férvidos prohibidos, fiscalizados o de circulación restringida, para aproximarlos y colocarlos en un mercado cautivo que requiere drogas, armas, prostitución, bienes culturales, etc. Se trata, entonces, de una criminalidad productiva que crea y activa mercados y donde las organizaciones criminales operan como hábiles emprendedores de lo ilegal. Así lo destacan criminólogos contemporáneos como De La Corte Ibáñez Y Giménez Salinas Framis: La mayor parte de los ingresos ilícitos del crimen organizado son consecuencia de la explotación de mercados prohibidos, es decir, de actividades relacionadas con la provisión y el suministro de productos y servicios ilegales en respuesta a una cierta demanda...]. Este aspecto señala una diferencia fundamental con los delitos económicos vinculados a la criminalidad común, cuyas consecuencias económicas consisten en una mera redistribución de la riqueza, mientras que la orientación comercial o transaccional de muchas actividades ilícitas promovidas por el crimen organizado lleva aparejada la producción de un cierto valor añadido”.

Igual caracterización de la criminalidad organizada fue desarrollada también por BOTTKE a finales del siglo pasado: “La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada ‘industrial; su lema es delinquir merece la pena en el mercado. Así como el mercado rebasa progresivamente las fronteras del Estado nacional e incluso se globaliza, también el elemento de la criminalidad organizada es la trasgresión de las fronteras de los Estados nacionales. Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde en el mercado exista demanda de bienes y servicios, hay oferta. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición a ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y

servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentran predisposición a ser ofertada, si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos”. (Bottke, 1998, p.2).

El componente económico se compone “entonces en un punto de partida importante e insoslayable para cualquier definición legal de criminalidad organizada, así como para el señalamiento más singularizado de sus delitos. Además, él puede conciliarse o adaptarse a otros aportes o aspectos no criminológicos como los criminalísticos o estrictamente jurídicos. “En efecto, la experiencia criminalística acumulada, así como la naturaleza, afín de los delitos que suelen tipificarse como modalidades de criminalidad organizada, coinciden en mostrarla con capacidad de dominar e influenciar el mercado de lo ilegal, a través de su poder expansivo y de su incontable diversidad de ofertas. Por tanto, cabe rescatar de las ambigüedades o detallismos de las fórmulas legales de origen criminológico aquellas que destaquen que corresponde al crimen organizado toda organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante el recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales”.

Un segundo modelo corresponde a las normas legales que se elaboran en función de categorías y conceptos propios del enfoque criminalístico del crimen organizado. No cabe duda que esta opción legislativa es la que mayor influencia ha ejercido sobre la elaboración del derecho internacional y del derecho interno de los Estados.

Es más, esta influencia ha trascendido el espacio de la estructuración de una definición legal de las organizaciones criminales y de sus delitos, para abarcar también un escenario mayor que abarca la formulación de las políticas públicas, así como el del diseño de las medidas estratégicas y operativas que deben aplicar las agencias policiales o fiscales en la investigación y procesamiento de esta modalidad delictiva. El prototipo de estas disposiciones legales son las denominadas Leyes contra la Criminalidad Organizada, las cuales actualmente son muy comunes en el derecho comparado. Y la explicación de esta prevalencia

del enfoque criminalístico en el dominio político o legal, parece responder a la mayor objetividad y cercanía con que se define y gráfica la presencia real de la criminalidad organizada en sus informes, estudios, diagnósticos y conclusiones. Un logrado ejemplo de esta modalidad de enfoque es el exhaustivo estudio realizado por FORGIONE sobre la configuración actual y la metodología de expansión internacional que han alcanzado las organizaciones mañosas italianas.

Si bien las fuentes “de información que sustentan las propuestas legales de origen criminalístico son menos rigurosas que las criminológicas, su pragmatismo hace más flexibles y adaptables a los fines descriptivos de la ley penal, lo cual, sin embargo, no anula las críticas que suelen hacerse a su excesiva extensión y lusismo. En lo esencial, esta clase de opciones normativas procuran destacar desde la ley, la composición plural y orgánica de la estructura criminal; la gestión: liderazgo de sus órganos centrales; las características de sus fuentes de apoyo financiero o logístico; sus motivaciones; sus áreas de influencia geográfica; sus alianzas tácticas o sus rutas de desplazamiento.

En tal sentido, es frecuente que en sus definiciones legales se inserte, pues, con pretensiones estandarizables, un conglomerado de variables e indicadores de distinta índole y entre los que destacan los siguientes:

La concurrencia de más de dos personas.

1. La comisión de delitos graves.
2. El ánimo de lucro.
3. La distribución de tareas.
4. La permanencia.
5. El control interno.
6. Actividad internacional.
7. Empleo de violencia.
8. Uso de estructuras comerciales o de negocios.
9. Blanqueo de dinero.
10. Presión sobre el poder político.

Como señala PRIETO PALMA para una visión criminalística, Las organizaciones criminales necesariamente deberán contar con cuatro elementos:

el primero es la cúpula o dirigentes que son aquellas personas encargadas de la dirección, coordinación y supervisión de las diversas actividades criminales; los otros tres elementos soportan a este y se convierten en tres pilares fundamentales e indispensables ya que si falta alguno de ellos, no podemos hablar de delincuencia organizada; el primero es el pilar de la realización de los actos ilícitos o actividades primarias de la organización criminal; el segundo pilar está compuesto por las redes de protección de la organización criminal que aseguran la permanencia y funcionamiento de esta y el tercer pilar es el financiero o económico que es en esencia el objetivo mismo de la organización criminal". (Prieto, 2012).

Por su parte, ANSGAR TOLLE, alto funcionario de la unidad especializada contra el crimen organizado de la policía alemana, muestra, también, la amplitud de datos criminalísticos esenciales que deberían incorporarse en una definición operativa o legal de criminalidad organizada. Según este experto: "El crimen organizado representa y en eso el acuerdo es unánime independientemente de las peculiaridades nacionales, una forma compleja y transnacional de criminalidad. Existe un acuerdo relativo acerca de lo que son las características centrales de la delincuencia organizada. Estas son:

- ❖ La asociación duradera de un grupo de personas.
- ❖ La perpetración de delitos graves.
- ❖ La satisfacción de una demanda de bienes y servicios (ilegales).
- ❖ La protección sistemática frente a la persecución penal.
- ❖ El uso sistemático de la violencia y las amenazas.
- ❖ El intento de adquirir influencia sobre el estado y la economía.
- ❖ El montaje y la utilización de estructuras empresariales.

Un ejemplo de esta modalidad legislativa la encontramos en el artículo 278 del Código Penal austriaco y que contiene la siguiente redacción⁷⁴:

Una persona es punible cuando establezca una asociación similar a una empresa de un considerable número de personas por un largo periodo de tiempo o una persona participe como miembro de dicha asociación.

1.- Si la intención del grupo se encuentra, aunque no exclusivamente, orientada hacia la comisión repetida y planeada de delitos graves contra la vida, libertad o propiedad, o a graves ilícitos relativos a la explotación de la prostitución,

tráfico de individuos para inmigración ilegal, tráfico ilegal de armas, materiales nucleares o radiactivos, material tóxico residual, falsificación de moneda o tráfico de drogas.

2.- Si el grupo tiene como objetivo lograr provecho en gran escala o transformarse en altamente poderoso política o económicamente.

3.- Si el grupo utiliza como arma la corrupción, terrorismo o una especial disciplina para protegerse contra la persecución.

En estos casos, la penalidad será por un término de seis meses a cinco años.

Finalmente, son los modelos legislativos basados en un enfoque jurídico penal los que nos interesa examinar con mayor detalle. Al respecto, comenzaremos señalando que sus fórmulas y construcciones normativas suelen ser más concretas y, por ende, menos complejas y ampulosas que las basadas en referentes criminológicos o criminalísticos. En efecto, ellas se concentran, simplemente, en la aplicación de una técnica legislativa que permita una tipificación legal de la criminalidad organizada, así como de los delitos que suelen estar conexos a ella, lo más flexible y omnicomprendensiva posible.

“En coherencia con estos fines, los modelos estrictamente jurídico penales han redactado normas generales orientadas a definir la constitución, la integración y la actuación concreta de las organizaciones criminales.

Ahora bien, la interpretación desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia sobre este tipo de disposiciones legales ha dado lugar también al surgimiento de nuevas categorías dogmáticas que algunos autores identifican como propias de los delitos de organización o de asociación. En un plano práctico, estas innovaciones teóricas adquieren una dimensión especial porque intentan relativizar la tendencia individualista que siempre ha guiado la discusión o aplicación de los conceptos y categorías del derecho penal.

Esta tendencia, pues, pone en evidencia que la dogmática tradicional no alcanza, por sí misma, elasticidad suficiente para adaptarse a los presupuestos y prácticas colectivas que caracterizan a la criminalidad organizada. En efecto, como sostiene *Escuchuri Aisa*, la nueva doctrina hace notar, entre otros aspectos, las dificultades para dar respuestas idóneas ante la criminalidad organizada por la propia construcción de lo injusto y de la responsabilidad penal que se estructura en torno al comportamiento de un sujeto individual, y resulta difícil aplicar las categorías

tradicionales de la autoría y participación a estructuras organizadas formadas por una pluralidad de miembros”. (Aisa., 2012, p. 439).

Generalmente, “en el modelo jurídico penal, se procura definir a la criminalidad organizada a partir de todo acto vinculado o derivado de la incorporación en una estructura funcional que está orientada a la realización de un proyecto delictivo. Si bien este tipo de preceptos legales resulta compatible con las propuestas legislativas de la Convención de Palermo, el principal problema que enfrenta es su notable tendencia a asimilar o confundir, más por comodidad que por convicción, a la criminalidad organizada moderna con una modalidad evolucionada de la clásica asociación ilícita.

Al respecto cabe rechazar esta clase de posturas ya que la criminalidad organizada contemporánea, a la que se refieren los diversos enfoques criminológicos y criminalísticos, debe quedar plenamente diferenciada en la ley, o cuando menos delimitada, de aquellas formas ancestrales y precarias de integración criminal como las denominadas asociaciones de malhechores o asociaciones ilícitas o asociaciones para delinquir. Como bien lo ha destacado ZAFFARONI: En temas más cercanos al que nos ocupa ahora [...] se generalizó el concepto jurídico penal de asociación ilícita o asociación de malhechores o para delinquir, que es hoy un tipo convencional en los códigos penales de tradición europea continental, cuya constitucionalidad puede ser puesta en duda, pero que poco tiene que ver con la categoría de crimen organizado tal como se pretende en la actualidad. [...] Es claro que quien habla de crimen organizado, no se está refiriendo a cualquier pluralidad de agentes ni a cualquier asociación ilícita, sino a un fenómeno distinto, que es inconcebible en el mundo precapitalista, donde no había empresa ni mercado en la forma que la conocemos hoy. Remontarse a estas organizaciones delictivas no sería más que mencionar formas anteriores de pluralidad de agentes o de asociaciones criminales que no son útiles para precisar el pretendido concepto que se busca. Pero, además, en el actual contexto internacional, próximos ya a 15 años de vigencia de la Convención de Palermo, la experiencia adquirida por los organismos técnicos y de monitoreo de las políticas y estrategias diseñadas por ese instrumento de las Naciones Unidas, destaca, justamente, que el componente organizado, funcional y sofisticado del modus

operandi de la criminalidad organizada del siglo XXI, debe adquirir preeminencia en su identificación legal.

Esto es, él debe destacarse incluso por encima de cualquier modalidad delictiva concreta y específica, sea esta convencional o no. En ese sentido, un reciente estudio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-UNODC precisa lo siguiente: Las Naciones Unidas concibieron la Convención de Palermo como un medio para reforzar las capacidades nacionales y la cooperación mundial contra delitos, cualquiera sea su descripción, en los que participen grupos delictivos. El eje central del instrumento es el concepto de grupo delictivo organizado per se y no comportamientos delictivos definidos o intereses separados a proteger¹⁹.

Ahora bien, los efectos negativos de la tendencia jurídico penal a homogenizar la criminalidad organizada con formas históricas de asociación delictiva son varios. En primer lugar, ella ha generado en el plano legislativo una grave distorsión, consistente en mantener o simplemente modificar los tradicionales tipos penales de asociación ilícita o asociación para delinquir buscando hacerlos compatibles con las características propias de las organizaciones criminales modernas. Al respecto algunos autores, como DELGADO MARTÍN, han tratado de validar la continuidad de esta técnica legislativa aludiendo a una integración táctica de las opciones normativas de la reciente legislación internacional, con aquellas tradicionales de las legislaciones internas o nacionales. Por tanto, desde la perspectiva de este autor, sería posible mantener las fórmulas nacionales clásicas de asociación ilícita y combinarlas con las modernas e internacionales sobre organizaciones criminales, al menos para posibilitar la aplicación inmediata de técnicas de especiales de investigación como el empleo de agentes encubiertos.

Otra variante de este tipo de opciones legales adopta un esquema mixto de regulación, el cual comprende un tipo penal dedicado a definir normativamente la constitución o integración en una organización criminal y, paralelamente, sobre criminalizar tales actos cuando la estructura organizacional tiene como proyecto estratégico la comisión de determinados delitos, o cuando la integración del agente en ella corresponde a un nivel decisional líder o jefe. La utilidad de esta modalidad de regulación normativa del crimen organizado, dependerá de la mayor o menor

flexibilidad y autonomía que se otorgue al tipo penal que define la organización criminal; así como, también, de la forma como se describan la posición o temporalidad que distingan la adscripción o el espacio de intervención de los integrantes de la organización que ejecuten los actos delictivos. De allí que los problemas prácticos y las confusiones dogmáticas no son menos frecuentes en esta clase de técnica legislativa. Especialmente cuando se mezclan, de alguna manera, sus fórmulas legales con otras disposiciones que regulando delitos concretos consideran, a su vez, como agravantes específicas su realización por los integrantes de una organización criminal. En efecto, está mala práctica legislativa suele producir innecesarios riesgos de concurso aparente de leyes o de dualidad típica. En la legislación comparada un ejemplo de todas estas disfunciones lo encontramos en la normatividad española, donde el histórico inciso 1 del artículo 515 del Código Penal sobre asociaciones ilícitas coexiste hoy con la moderna redacción del artículo 570 sobre organizaciones criminales planteando, a la doctrina ibérica, nuevas dudas hermenéuticas sobre la eficacia y operatividad de ambas disposiciones.

Al respecto ESCUCHURI AISA hace evidente tal desconcierto: Ciertamente, existían dudas sobre la idoneidad del delito de asociación ilícita para dar respuesta jurídica a la criminalidad organizada por la propia indefinición de la formulación típica (para algunos demasiado limitada, para otros demasiado amplia). Tomando como referencia esta incapacidad del delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los distintos supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales el legislador español ha incorporado al Código Penal un capítulo dedicado a las organizaciones y grupos criminales, pero sin prescindir del delito de asociación ilícita". (Aisa, 2010, p. 445).

En segundo lugar, también es frecuente encontrar desviaciones similares tanto en la interpretación doctrinaria como en la jurisprudencial. En estos casos, en ambos espacios hermenéuticos, aquellas se manifiestan como líneas confusas de argumentación aparente que procuran hacer calzar, pese a sus notables diferencias criminológicas y criminalísticas, la estructura, el modus operandi y las variadas tipologías delictivas del crimen organizado contemporáneo, en los mismos presupuestos dogmáticos que se aplicaron históricamente para entender los supuestos legales clásicos de la asociación criminal.

Esta ha sido, por lo demás, una práctica muy común en Iberoamérica. “Las divergencias anotadas por *Anarte Borrallo*, quien rechaza estas orientaciones dogmáticas, son bastante elocuentes para entender mejor sus disfunciones y limitaciones: Hay diferencias claras, aunque no geométricas, entre las bandas y la criminalidad organizada:

- ❖ En esta, no es el autor el que determina primaria y fundamentalmente el delito como ocurre en las bandas, sino el cliente (por ejemplo, el robo de grandes vehículos en países desarrollados para su venta en países en vías de desarrollo o el tráfico de obras de arte).
- ❖ En las bandas el círculo de personas suele ser reducido y asequible, de forma que las relaciones personales juegan un importante papel. En las organizaciones criminales eso no ocurre. Si acaso, y en determinados grupos mafiosos, esto es un dato constitutivo, puede desempeñar un papel trascendental la estirpe, raza, credo, o la cuna de los miembros. Por lo general, es mucho más fácil en los grandes grupos el intercambio y la sustitución de los integrantes que en los grupos organizados.
- ❖ Las bandas tienen una vida más breve que las organizaciones criminales, las cuales se establecen con independencia de la dirección, a cuyos cambios también sobreviven.
- ❖ La estructura, jerarquía, cohesión y estabilidad organizativas, así como el grado de planificación y logística de la criminalidad organizada, no tiene parangón en las bandas.
- ❖ Las bandas suelen tener un ámbito local, mientras que la internacionalización es hoy una de las notas características de los grupos criminales organizados”. (Anarte, 1999, p.21)

Pero, además, hay que destacar, también, que el citado autor señala una vía de revisión legal y dogmática bastante clara y directa para superar las confusiones anotadas de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, lo esencial en este dominio es distinguir con recisión que “la criminalidad organizada no es en ningún caso delincuencia individual y no siempre es solo delincuencia colectiva.

En torno al primer componente de la atinada propuesta del aludido jurista español, cabe señalar que los diferentes documentos internacionales suelen exigir que en toda imagen de la delincuencia organizada se destaque un mínimo plural de integrantes que constituyen y aseguran una estructura de operatividad más o menos prolongada.

Ese es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo artículo 2 al definir el alcance de la expresión grupo delictivo organizado señala que se entenderá como tal un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo [...].

En el derecho interno de los Estados es también frecuente el uso de fórmulas similares. Por ejemplo, en el párrafo primero, del artículo 1 de la Ley Contra la Criminalidad Organizada de Costa Rica del año 2009 (Ley N.º 8754) se precisa lo siguiente: Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. Sin embargo, es importante señalar que la pluralidad debe representar no solo un estándar cuantitativo sino, y, sobre todo, una integración funcional a la vez que de eficiencia operativa. Por tanto, más que el mayor o menor número de personas sugeridas por las fórmulas legales (dos o tres), a nuestro modo de ver innecesario, lo que siempre debe tenerse en cuenta y destacarse con nitidez en todo texto legal, es su conexión con una estructura organizada”. Lo cual determina la necesidad de fijar otros elementos típicos flexibles o complementarios que permitan que la fórmula legal elegida cubra la presencia, siempre plural pero variada, de diversos diseños de organización criminal, así como de los distintos roles y niveles estratégicos o tácticos que demandan su conducción y acciones.

Esto es, “una norma positiva que pueda acomodarse a la realidad de la existencia de tipologías diferentes con estructuras de diseño jerárquico o flexible. Siendo así, no compartimos la crítica de GONZÁLEZ CUSSAC, en torno a que el exigir un mínimo de tres personas genera dificultades para delimitar la organización, como entidad superior de asociación criminal, de otras asociaciones menores para delinquir. Para nosotros, lo importante, lo reiteramos, no es cuántas personas deben considerarse como el mínimo legal indispensable de existencia de una organización criminal, sino que en la ley se aluda a una pluralidad de

integrantes compatible con el ejercicio del tipo de actividad ilegal que aquella debe practicar y con el entorno social donde esta tiene que interactuar.

De hecho, pensar en una organización dedicada al tráfico de drogas compuesta solo por dos o tres personas resulta, en principio, incoherente con su caracterización criminológica o criminalística; sin embargo, ese número puede ser suficiente para la actividad que corresponde a una organización dedicada al lavado de activos. Es más, la discusión en este dominio sería más útil si la planteáramos como renunciar a un número legal mínimo de integrantes y destacar en la ley únicamente la idea de pluralidad organizada. Esto es, en vez de señalar mínimamente a dos o más personas, lo que cabría es referirse únicamente a una pluralidad indeterminada de integrantes, pero siempre adscrita a una organización criminal.

Un ejemplo aproximativo de lo que proponemos, podría ser la redacción del párrafo cuarto del artículo 186 del Código Penal colombiano en su versión reformada por la Ley N.º 365 de 1997 para Combatir la Delincuencia Organizada. En dicha disposición se sobre criminalizaba a quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

En cuanto al segundo extremo de la premisa sugerida por ANARTE BORRALLO, la cual alude a la necesidad de fijar claras diferencias entre delincuencia colectiva y criminalidad organizada, lo fundamental radica en alejar de toda noción legal sobre esta última, el concepto y la función dogmática tradicionalmente asignados a la coautoría funcional". (Anarte, 1999).

Esto es, la delincuencia colectiva o coautoría funcional solo pueden representar la imagen efímera, focalizada y finita de un concierto criminal mas no la pluralidad estable y estructurada de una organización criminal. Sobre todo, porque ellas carecen de la estructura funcional y de la integración permanente de sus miembros, para lograr la persistencia eficiente de un modus operandi adecuado a un proyecto criminal continuo. Tales características solo las tiene el crimen organizado.

Cabe señalar que la doctrina especializada también ha destacado lo pertinente de estos mismos aspectos distintivos. Por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO ha sostenido al respecto: "Debe establecerse adecuadamente la

distinción entre el crimen organizado y la mera coautoría para la comisión de un delito concreto. En efecto, el concepto de organización no puede ser equiparado al de simple coautoría, esto es, a la mera participación en el hecho de una pluralidad de personas que se distribuyen funcionalmente los respectivos cometidos”.

Resumiendo lo expuesto, debemos, pues, de remarcar, que en la criminalidad organizada la pluralidad se supedita a la estructura organizacional mas no es una exigencia de su operatividad delictiva que incluso puede ejecutarse individualmente. En cambio, para la coautoría funcional la pluralidad es su principal presupuesto de existencia y de su actuación criminal. De allí que sea posible diferenciar en la ley con claridad ambos supuestos. Esto se aprecia con nitidez y frecuencia en el derecho interno de los Estados, a través de la regulación paralela de ambos supuestos como agravantes específicas de la comisión de determinados delitos. Así, por ejemplo, el artículo 297 del Código Penal peruano, que trata de las agravantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas, los coloca alternativamente, y por ende de modo diferenciado, en el inciso 6 con la siguiente redacción: “El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración. Lo cual, por lo demás, ha sido también entendido, en esos términos, por la doctrina y jurisprudencia nacionales”.

Finalmente, en tercer lugar, un problema adicional que surge de la ambigüedad legislativa o hermenéutica que se detecta entre los tipos penales de asociación ilícita con los de criminalidad organizada, se localiza en el ámbito de los efectos político criminales y de las consecuencias jurídicas del delito. Efectivamente, la política criminal contra la criminalidad organizada, como ya se ha mencionado, suele expresarse con formas diferentes de sobre criminalización que conllevan la realización de modificaciones legales con agravación de las penas, prohibición de medidas alternativas o beneficios penitenciarios, etc.

Sin embargo, estas estrategias y medidas penales radicales, si bien son diseñadas contra formas propias de la criminalidad organizada, “son, luego, desviadas y asimiladas como medios idóneos para reprimir las manifestaciones violentas y tradicionales de las asociaciones ilícitas dedicadas a la delincuencia

común (robos, secuestros, extorsiones). En ese sentido, por ejemplo, luego de evaluar las propuestas legales brasileñas para la tipificación y sanción de la criminalidad organizada, CALLEGARI y DEZORDI concluyen destacando la necesidad de mantener claras diferencias conceptuales y político criminales entre asociación ilícita y crimen organizado, a fin de evitar despropósitos simbólicos en la aplicación del plus represivo que correspondiendo solo al segundo, termina aplicándose solo a la primera: Así, a pesar de que tanto la formación de cuadrilla como el crimen organizado exijan, para la asociación jamás deben ser confundidos. Mientras uno exige toda una estructura, jerarquizada, con una división de tareas, como si fuese una empresa, y se destina, principalmente, a la práctica de delitos complejos que necesitan de esa estructura, el otro no guarda esta edificación organizacional y es destinado, normalmente al cometimiento de crímenes comunes”. (CALLEGARI, André; DEZORDI, Maiquel., 2012, p.118).

Corregidas, las diversas disposiciones legislativas “que han procurado identificar desde la ley lo que es y hace una organización criminal, debemos concluir señalando la necesidad de apartarse de todo referente legal basado en la clásica definición de asociación ilícita. Por tanto, la construcción del tipo penal debe estructurarse en base a pautas normativas que le hagan compatible con las características esenciales de una organización criminal moderna, similar a la propuesta por la Convención de Palermo y que hoy inspira a varios sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos como se constata en el artículo 1 de la Ley Contra la Criminalidad Organizada de Costa Rica (Ley N.º 8754 del 22 de julio de 2009). Según esta disposición legal: Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”.

En ese contexto, “pues, resulta pertinente que el Proyecto de Nuevo Código Penal 2014-2015 aluda a tales notas distintivas de una organización criminal en el artículo 62, inciso 4, para construir una circunstancia agravante cualificada en los siguientes términos:

Por organización criminal se entiende a un grupo:

- a) Permanente
- b) Organizado en uno o varios de los siguientes supuestos.

- i. Estructura jerárquica
 - 1. Colegiada
 - 2. Desconcentrada
- ii. En red criminal nacional o internacional
 - 1. Conformada por tres o más personas
 - 2. Con reparto de tareas o funciones
 - 3. Con actuación concertada, con el propósito de cometer delitos graves.

Sin embargo, deviene en cuestionable y hasta reaccionario que, en el inciso del mismo dispositivo legal, se considere también, y con iguales efectos, a la banda, identificándola del modo siguiente:

Una banda es la integración de tres o más personas que cometen delitos graves que actúen con violencia o amenaza para asegurar el éxito de su incursión delictiva utilizando medios que pongan en peligro la vida, salud libertad o patrimonio de las personas .o importante, entonces, es que sea cual fuere la técnica legislativa que se utilice (fórmula general o especial), el referente legal debe de reflejar, en lo posible la descripción de una institución criminal dinámica, existente en la sociedad, y contraria a los fines de esta; una institución, una empresa criminal que se opone sistemáticamente, y se constituye en un peligro cuya latencias y actualidad es especialmente desestabilizadora y peligrosa para la composición y la estructura social.

En ese sentido, consideramos también oportuno apoyar toda redacción normativa en algunos conceptos propios de la teoría administrativa, los cuales están relacionados con la configuración, diseño y estructuración de: organizaciones. Sobre todo, porque como precisa SÁNCHEZ ROCHA, ellos hacen posible reconocer el patrón establecido de relaciones entre los componentes: partes de la organización”. (Sánchez, 2014, p.78).

Este residual, pero no menos importante enfoque administrativo, no aplicado con frecuencia en la praxis legislativa sobre la materia, también aporta notas diferenciales que permitirán describir mejor una organización criminal.

Al respecto, son importantes las precisiones que murmullan “*De La Corte Ibáñez Y Giménez-Salinas Framis* en cuanto a que los atributos fundamentales de una organización son los siguientes:

1. Un conjunto de individuos o de grupos de individuos.
2. Asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos.
3. Que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas.
4. Que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas.
5. Que actúan con una cierta continuidad temporal.

Es obvio, pues, que la variada pluralidad de opciones y problemas normativos o hermenéuticos, que hemos descrito anteriormente, trasciende en sus limitaciones, incertidumbres y sesgos un objetivo estrictamente teórico o legal, para convertirse en un recurrente dilema a la hora de la selección de las decisiones legislativas y de la política criminal que deben adoptar los Estados para definir y reprimir desde la ley la criminalidad organizada⁷⁹. “Como advierte *Becerra Muñoz*, todo ello forma parte también de la denominada crisis de la ley. La cual, tiene múltiples expresiones sintomáticas que van desde el aumento en el número de disposiciones emanadas de los poderes públicos, la conocida como inflación legislativa, hasta significativos problemas de coherencia de las normas, pasando por la pérdida de la generalidad y abstracción propias de la formulación liberal o su creación al margen de los códigos. Estos factores dan lugar a una gran preocupación entre la doctrina jurídica, al constatarse un fenómeno que va mucho más allá del mero desarrollo de un ordenamiento y una sociedad cada vez más complejos, llegando a advertirse sustanciales mermas en la calidad de la legislación”. (Becerra, 2015, p. 23)

Efectivamente, los poco alentadores resultados obtenidos por las experiencias de configuración de un concepto legal de criminalidad organizada, van agotando las expectativas sin que ello anule, necesariamente, el objetivo central de su delimitación jurídica, cuando menos indirecta, a través de la eficacia de principios clásicos como los de legalidad, mínima intervención y de prohibición de excesos. Este desanimo es puesto de relieve por algunos autores como ROXIN o DENCKER. Así “el primero concluye reconociendo que en la actualidad todavía no existe un concepto de criminalidad organizada jurídicamente claro con una mínima capacidad de consenso. Tan solo disponemos de heterogéneas

descripciones de un fenómeno que hasta ahora no ha sido abarcado con precisión”. (Roxin, 1998, p. 65).

Por su parte, “el segundo con una afirmación más radical acepta que en relación con el contenido conceptual de la criminalidad organizada: finalmente, nadie sabe realmente qué es el crimen organizado.

Con similares planteamientos autores latinoamericanos como ZAFFARONI concluyen calificando a esta expresión delictiva como el resultado de una categorización frustrada. Este último autor, incluso, alude a que la criminalidad organizada representa un pseudo concepto: Es decir, una suerte de bolsa que nadie sabe qué contiene y, lo que es peor, en la que cada uno coloca dentro todo lo que le parece o conviene”. (Zaffaroni, 2012, p.358).

Lo cual es, de algún modo, ratificado con énfasis por “Zúñiga Rodríguez: Prueba de ello es que hasta ahora no existe un concepto jurídico penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina.

Sin embargo, la revisión que hemos realizado nos impide compartir a plenitud los cuestionamientos y la frustración que expresan los autores citados. Un efecto, para nosotros la delimitación legal de la criminalidad organizada no es un imposible jurídico. Por el contrario, su regulación normativa puede ensañarse a partir de un reconocimiento expreso de que la criminalidad organizada es siempre, algo distinto de aquella convencional y socialmente asimilable a chitos comunes y violentos. Al respecto, es trascendente lo señalado por *De La Corte Ibáñez y Giménez Salinas Framis*: Lo que hasta ahora hemos sacado; en claro es que el crimen organizado no es un tipo de delito en particular, sino una forma de cometer delitos en plural caracterizada por dos condiciones: cierto nivel de planificación, y la participación conjunta y coordinada de varios individuos”.

Por tanto, “la criminalidad organizada requiere que se le asigne una identificación legal propia, a partir de lo que le es esencial e imprescindible: una estructura funcional, operativa, lucrativa y continua. Sin embargo, atender también las observaciones planteadas por autores como GONZÁLEZ CUSSAC, quienes estiman que este tipo de propuestas de definición no superan llenamente el problema conceptual y a lo sumo pueden servir como una aproximación

descriptiva, la que puede resultar confusa o cargada de elementos normativos. Al respecto, debemos aceptar que tales riesgos existen.

No obstante, consideramos que el tino y la prudencia técnica del legislador pueden contener, con una redacción normativa afinada, la potencial deficiencia que seriedad dogmática anota el jurista valenciano.

Por lo demás, coexiste también una razón política que justifica agotar un último esfuerzo en esta tarea legislativa. En efecto, el marcado repunte de las estrategias internacionales e internas contra la criminalidad organizada y la expansión de su notorio acento represivo hacen ineludible persistir en la búsqueda de un referente conceptual, necesariamente jurídico y legal, que sirva de límite a su operatividad. Como destaca DELGADO MARTÍN: Resulta harto complicada la confección de una definición de la delincuencia o criminalidad organizada, tanto por la heterogeneidad con la que se manifiesta, como por la multitud de sectores sociales y económicos a los que afecta.

Sin embargo, y como quiera que la lucha contra este tipo de criminalidad está justificando el empleo de medios extraordinarios, tanto de Derecho penal material como procesales, que quiebran la aplicación de algunos de los principios propios del Estado de derecho, conviene que exista una definición concreta del fenómeno que se recoja en una disposición legal, para evitar la extensión desmesurada y descontrolada de aquellos”.

Adicionalmente, consideramos también factible construir un catálogo de delitos propios de la criminalidad organizada que excluya aquellos violentos y convencionales.

En lo fundamental “estos delitos deben cumplir tres presupuestos. Por un lado, deben representar prácticas productivas y de comercialización de bienes y servicios ilegales. Y, por otro lado, su realización debe de activar mercados o circuitos de circulación. Pero, además, su realización debe materializarse con la intervención directa de una organización criminal. Ahora bien, en este dominio los modelos legislativos y las posiciones de la doctrina tampoco son uniformes. Por ejemplo, López Barja de Quiroga, incluye como tales a los siguientes:

- ❖ Delitos financieros.
- ❖ El blanqueo de capitales.

- ❖ La trata de personas con fines de explotación sexual u otros fines.
- ❖ El tráfico de drogas.
- ❖ El tráfico de armas y explosivos.
- ❖ El tráfico de bienes procedentes de sustracción (como, por ejemplo, obras de arte, vehículos, etc.).
- ❖ La corrupción (cohechos a funcionarios públicos, fraude de subvenciones, etc.).
- ❖ La falsificación de monedas.
- ❖ La inmigración ilegal.
- ❖ Los delitos basados en alta tecnología (como la delincuencia informática)
- ❖ Los delitos contra el medio ambiente de carácter grave.

Por su parte, la OIM incluye un catálogo de delitos de criminalidad organizada a los que califica, además, como transnacionales.

Según este organismo se debe a considerar como delitos de criminalidad organizada a las actividades ilícitas que se detallan a continuación:

- ❖ Tráfico de drogas.
- ❖ Tráfico de armas de fuego.
- ❖ Trata de seres humanos.
- ❖ Tráfico ilícito de migrantes.
- ❖ Pornografía infantil.
- ❖ Secuestro y extorsión.
- ❖ Lavado de activos.
- ❖ Falsificación.
- ❖ Delitos contra la propiedad intelectual.
- ❖ Contrabando, en especial de automóviles.
- ❖ Tráfico de órganos.

Por nuestra parte, y en base a la experiencia criminológica nacional, construimos el siguiente listado de delitos de criminalidad organizada.

- ❖ Lavado de activos.

- ❖ Trata de personas.
- ❖ Inmigración ilegal.
- ❖ Contrabando.
- ❖ Tráfico de drogas e insumos químicos.
- ❖ Tráfico de armas (convencionales y de destrucción masiva)
- ❖ Tráfico de bienes robados (vehículos, obras de arte, patrimonio cultural, etc.).
- ❖ Financiamiento del terrorismo.

Sobre las características particulares de la operatividad de estos delitos de criminalidad organizada son ilustrativos los comentarios y datos aportados por *Montoya* .

Sin embargo, “es pertinente precisar que, si bien los catálogos reseñados coinciden en varios supuestos delictivos, los componentes cualitativos y cuantitativos de tales ilícitos penales, pueden adquirir singularidad en función al entorno geográfico y económico donde tales delitos se desarrollan. Ese es el caso, por ejemplo, de aquellas modalidades de crimen organizado que se configuran a partir de circuitos productivos y de comercialización como el tráfico de drogas o la trata de personas. En efecto, en unos casos el mercado que activan estos delitos gira en torno a la circulación de determinada clase de droga (cocaína, marihuana, metanfetaminas, etc.) o a la nacionalidad de las potenciales víctimas (asiáticas, euros orientales, sudamericanas, etc.)”.

En relación, “resulta gráfica la identificación que en torno a Europa ofrece SIMANCAS CARRIÓN. Este autor da cuenta de la coexistencia de cinco focos de atracción criminal que involucran a diferentes mercados, tipos de delitos y organizaciones criminales: Foco del Noroeste, Foco del Noreste, Foco del Sureste, Foco del Sur y Foco del Suroeste.

Ahora bien, en ninguno de los listados citados se incluye al delito de terrorismo.

Se suele justificar ello, precisando que esta modalidad delictiva, si bien opera a través de estructuras organizadas, conserva rasgos de autonomía en función a las motivaciones y a los fines que orientan su actividad criminal.

Al respecto, se sostiene que a diferencia del conjunto de manifestaciones de delincuencia organizada donde una característica común es su afán de lucro,

el terrorismo carece de dicha finalidad y se orienta por objetivos políticos, racistas o de hegemonía religiosa. Por ejemplo, *De la Corte Ibáñez y Giménez Saliñas Framis* han destacado que los objetivos que suelen perseguir las organizaciones terroristas son de tipo político, religioso o ideológico. En consecuencia, lo habitual es que las actividades predatorias y los negocios en los que se implican respondan a necesidades logísticas, de financiación de atentados y de supervivencia.

También se ha sostenido que coexisten otras diferencias ideológicas y operativas que son expuestas con marcado énfasis por JEAN FRANPOIS GAYRAUD en los siguientes términos: Se ha hablado tanto sobre las relaciones y las coincidencias entre el terrorismo y la gran criminalidad organizada, que se ha llegado a olvidar sus diferencias intrínsecas.

El terrorismo es clandestino y subversivo por naturaleza, y debe manifestarse antes o después, a través de tremados y reivindicaciones, para afirmar su dimensión política de oposición y conquista del poder. La gran delincuencia organizada es, en esencia, parasitaria y encubierta. Nada debe conducirla a mostrarse a la luz del día, su naturaleza fundamentalmente depredadora la obliga a actuar con discreción” [...].

La gran criminalidad organizada entiende la ocultación permanente como un medio de supervivencia frente al tiempo y a la represión. La lógica terrorista propugna la confrontación; la criminalidad organizada busca su integración en el sistema.

Por su parte, “Zúñiga Rodríguez no solo reconoce la existencia de notorias referencias que justifican separar al terrorismo del concepto de criminalidad: organizada; sino que, además, demanda la necesidad de distinguir la política criminal contra el terrorismo, de la política criminal contra la criminalidad organizada.

Esto último, es importante en la medida de que muchas de las estrategias de prevención y control que hoy se aplican contra la criminalidad: organizada tienen como antecedente la denominada política penal de emergencia. Esto es, un modelo de control penal que fue utilizado contra el terrorismo en Europa y Latinoamérica desde mediados de los años setenta del siglo pasado y que hoy se compatibiliza con las propuestas del denominado derecho penal del enemigo.

Sin embargo, en la actualidad una exclusión absoluta del terrorismo de las tipologías de la criminalidad organizada y de su referente conceptual, comienza a relativizarse a partir de la presencia verificada de actividades mixtas como el narcoterrorismo o de nuevas modalidades de financiación del terrorismo o de la activa práctica de sofisticadas formas de ciberterrorismo.

En efecto, estas constataciones han motivado que en las últimas décadas se vaya asentando una tendencia a conceder a estas formas afines o conexas al terrorismo, un espacio propio en el espectro global de la criminalidad organizada moderna. Sobre todo, porque a partir de tales modalidades delictivas se ha identificado también un objetivo lucrativo, cuando menos mediato o derivado, a la vez que un *modus operandi* basado en circuitos de desplazamiento de capital para fines ilegales similares al que corresponde al lavado de activos”. (Prado, 2007, p.191).

“Aspectos actuales de la criminalidad organizada en el Perú

Desde hace un lustro, tal vez más que en cualquier otro momento de nuestra historia reciente, es posible afirmar y demostrar que en el Perú la delincuencia es ya un problema socializado y trascendente. Al respecto, en los últimos años, diferentes estudios empíricos, de mayor o menor cobertura, validan tal afirmación. Por ejemplo, según una encuesta realizada el año 2012 por Protética e Ipsos-Apoyo, la delincuencia para un 61 % de los encuestados era ya el principal problema que padecía nuestro país, seguido de la corrupción (47%), el desempleo (31%), las drogas (30%) y, por último, la pobreza (27%). Pero, además, se trata de modalidades delictivas violentas y muy sensibles a la población, la cual las internaliza tanto en sus efectos dañosos como en su manifiesta y reiterada impunidad. Un año después, la Cámara de Comercio de Lima en un estudio individualizado sobre una muestra de 130 de sus asociados, reveló que un 57.9% ha sido víctima del denominado robo al paso, un 20% por robo a mano armada y un 14.6% sufrió asalto en su domicilio u oficina. Un dato relevante del sondeo es que el 65.38% de las familias que fueron víctimas de actos delincuenciales no realizó ninguna denuncia contrariamente a los 34.62% que si la realizaron. Esto se explica ya que el 57.69% consideró que presentar una denuncia era una pérdida de tiempo”.

En los años siguientes tales percepciones psicosociales se han fortalecido y extendido en la población nacional como lo han puesto en evidencia otros sondeos de opinión de más reciente data. “Por ejemplo, el INEI detectó en sus reportes de victimización que en el año 2015, a nivel nacional urbano, el 88,4% de la población de 15 y más años de edad percibe que en los próximos doce meses puede ser víctima de algún hecho delictivo que atente contra su seguridad. Igualmente, Ipsos Perú dio a conocer que la percepción de la inseguridad ciudadana se ha elevado hasta alcanzar al 90% de los encuestados. Asimismo, 96% se manifestó a favor de que los menores de edad dedicados al sicariato sean sentenciados con penas iguales a los mayores de edad.

Es más, el proceso electoral 2016 se caracterizó por la prevalencia de las demandas y propuestas de prevención y control de la criminalidad organizada, cuales pasaron por sugerir reformas en la estructura y operatividad de las agencias policiales hasta delegar facultades de intervención a las Fuerzas Armadas.

En el contexto que se ha descrito, también es posible reconocer que en la realidad actual del Perú coexisten dos modalidades muy definidas y diferentes de criminalidad organizada. Esto es, de manifestaciones paralelas de delincuencia que se realizan y reproducen a partir de estructuras organizacionales de diseño convencional o complejo.

En efecto, es visible desde todo enfoque sociológico, político, económico: psicosocial, que se aplique al interior de la sociedad peruana, o sobre la interacción cotidiana de sus actores, la confluencia aleatoria y transversal de manifestaciones activas o latentes de criminalidad organizada violenta. Esto es, de aquella dedicada, sobre todo, a delitos tradicionales como el robo, el secuestro o la extorsión; con la silenciosa y encubierta presencia operativa de modalidades de criminalidad organizada no convencional y sofisticada como el lavado de activos, la minería ilegal o la trata de personas.

Al respecto, es pertinente destacar que el desarrollo cuantitativo de los indicadores de frecuencia de la primera de esas formas delictivas, la también denominada criminalidad organizada fracasada o de los pobres y desplazados, se integra con imágenes predominantes a la vez que constantes que hacen menos visible el verdadero y gravitante poder material que van adquiriendo las organizaciones criminales exitosas. Las cuales, además, construyen o expanden

sus mercados y productos ilícitos en un espacio amplio y favorable, a la vez que opaco y gris, de una economía tan emergente como informal.

La situación, pues, de la criminalidad organizada en el Perú del tercer milenio es, si bien aún nebulosa en sus contornos etiológicos y empíricos, sensible y estresante en el continuo espectro de mensajes e imágenes que sobre ella insertan e internalizan en la ciudadanía, de modo constante y estereotipado, los medios de comunicación social¹.

Se asienta, pues, en línea paralela a lo real del problema, un sinnúmero de enfoques direccionados a infundir temor e inseguridad y a hacer de nuestra población un espacio más de lo que con tino ideográfico ZAFFARONI denomina la criminología mediática o visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación. Un efecto psicosocial y político de todo ello es que, como ya se ha mencionado, la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana tiendan a internalizarse de modo prevalente en la percepción ciudadana sobre los problemas nacionales. Así, por ejemplo, en una encuesta aplicada el año 2013, para el 36% de las 1210 personas entrevistadas, todas ellas mayores de 18 años y residentes en 17 ciudades de la costa, sierra y selva del país, el principal tipo de violencia que existe en el Perú proviene de la delincuencia organizada representada por secuestros y asaltos con armas de fuego.

Con registros más altos, otra encuesta realizada en Lima Metropolitana y el Callao también mostró que el 87% de los 411 entrevistados se sentía inseguro al caminar por las calles de su ciudad. “Ahora bien, este mismo proceso de asimilación angustiante y de presencia dual de la criminalidad organizada se reproduce en otras sociedades de nuestro mundo globalizado con mayor o menor intensidad de poder o de influencia. Lo que acontece en el Perú no es, pues, la excepción sino parte de la regla. Siendo así no debe sorprender que las recetas y planes que se diseñan y aplican para su prevención y control sean los mismos, aunque coyunturalmente se implementen antes y con mayores recursos en unos países que en otros. Por lo demás, el objetivo ideológico y político criminal que persigue el Estado de combatir el miedo y no el delito también se internacionaliza y se comparte con iguales instrucciones y técnicas, aunque igualmente con escasos indicadores de éxito y eficacia. Participamos, pues, de una misma historia de nuestro presente, como advertiera con ironía, GARLAND al comparar la

interpretación del control penal contemporáneo en dos sociedades tan diferentes aunque conexas como lo son la norteamericana y la británica: A ambos lados del Atlántico, las condenas obligatorias, los derechos de las víctimas, las leyes de notificación a la comunidad, la policía privada, las políticas de 'ley y orden' y una acentuada creencia en que a prisión funciona', se han convertido en elementos comunes en el paisaje del control del delito y no sorprenden a nadie, aunque aún provoquen consternación e incomodidad en ciertos círculos. Para el ciudadano moderadamente informado que lee los diarios o mira las noticias por televisión, estos son rasgos que se dan con sentados de la política contemporánea de control del delito".

Entonces lo que a continuación diremos sobre la criminalidad organizada y dimensiones actuales en la realidad peruana no es del todo novedoso, como: lo son sus datos cualitativos o sus indicadores cuantitativos. Es más, sobre todo ello ya hemos desarrollado anteriores enfoques y criterios de interpretación. Por tanto, lo que ahora aportamos en esa misma dirección informativa y analítica solo debe asimilarse como una oportuna y necesaria actualización de un cuadro que quizás resulte a todos suficientemente conocido.

Comenzaremos por señalar que la última década se ha caracterizado por el crecimiento cualitativo y cuantitativo de las organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos violentos. Es decir, se ha incrementado la cuota de delitos de despojo de bienes y cuyos actores se inscriben en el amplio registro estadístico de la criminalidad organizada fracasada y proveniente de los sectores pobres y vulnerables del país.

Si respecto son ilustrativas las cifras y el análisis que aporta el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público al revisar la problemática concreta de Lima Metropolitana y el Callao: El Ministerio público ha registrado un total de 58,704 presuntos delitos de robo en los 49 distritos de Lima Metropolitana y Callao entre enero de 2000 y agosto de 2011, los cuales equivalen a un promedio anual de 4,920 delitos. 410 delitos por mes, 14 delitos por día y aproximadamente 4 delitos cada 7 horas.

Se debe considerar que existen delitos que no se denuncian, los cuales integran la denominada cifra negra. Según investigaciones desarrolladas por el

Observatorio de Criminalidad y reportes oficiales sobre victimización desarrolladas en nuestro país, aproximadamente 4 de cada 10 delitos se denuncian.

A esta modalidad de delincuencia tradicional y agresiva se le coloca como la imagen de la inseguridad ciudadana y hacia ella convergen de modo espontáneo, disperso y confuso un siempre inagotable conjunto de medidas sobre criminalizadoras que hacen de las penas de cadena perpetua o de 35 años de privación de la libertad, o de las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad la única vía transitable para el control simbólico del espectro criminal que aquellas y aquellos producen y reproducen. Al respecto, el populismo de estas medidas se encuentra bastante arraigado en la introspección ciudadana. Por ejemplo, en una de las encuestas anteriormente citadas al preguntarse a los encuestados sobre qué acciones serían las más idóneas para reducir la inseguridad ciudadana, el 78% coincidió en priorizar como opción penas más drásticas. Por lo demás, basta con revisar el vasto conglomerado y sobrepuesto conjunto de datos, frecuencias y mapas que en torno a estas formas de criminalidad organizada violenta acompañan, a modo de diagnóstico situacional, el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018 hecho público en julio de 2013”.

Paralelamente, el espacio de la criminalidad organizada exitosa y de producción de bienes y servicios se ha ubicado también en un proceso continuo de crecimiento y diversificación. “En ese contexto delitos tradicionales como el tráfico ilícito de drogas o el tráfico ilícito de insumos químicos han recuperado estándares importantes de producción y comercialización interna y externa. En el presente, pues, las otras firmas peruanas se han proyectado como carteles emergentes que han configurado y afianzado circuitos propios de exportación y distribución en espacios regionales situados en el cono sur y en proyección o alianza táctica con carteles mexicanos hacia el continente asiático y africano. Sobre esta constatación y sus causas son reveladoras las reflexiones sustentadas en la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas 2012- 2016: [...] a partir del año 2000 la presencia del tráfico ilícito de drogas se ha venido incrementando en forma sostenida en el país, hasta alcanzar un área de 61,200 hectáreas de coca y una producción de 129,000 toneladas métricas de coca. Entre los principales factores que explican esta nueva tendencia se tienen:

- I. Incremento de la demanda internacional de la droga sobre todo en nuevas zonas geográficas como Europa, Asia y América Latina.
- II. Ausencia de una implementación efectiva y eficaz de las estrategias nacionales de lucha contra la droga.
- III. La significativa reducción de cultivos de coca en Perú y Bolivia”.

Ahora bien, Investigaciones de organismos técnicos no gubernamentales como MACROCONSULT han esclarecido también el panorama actual del tráfico ilícito de drogas a partir de estudios económicos geopolíticos, así como de análisis de riesgos sociales. Uno de estos estudios destaca como rasgos definitorios de una tercera etapa evolutiva de esta modalidad delictiva organizada los siguientes: El Perú está experimentando la Tercera Etapa de narcotráfico y coca ilegal. Si bien los cultivos ilegales no alcanzan la extensión que tuvieron en la segunda etapa, hay evidencia de que el narcotráfico estaría afirmándose bajo la impronta de carteles mexicanos.

Al respecto podemos señalar las siguientes evidencias: la recuperación gradual de los locales ilegales aunada a un significativo aumento de sus productividades por el uso de nuevas tecnologías; el salto a la producción y exportación de cocaína y la reorientación del destino de la droga producida en el país.

El “contrabando también ha adquirido dimensiones importantes en las principales y tradicionales zonas de frontera, especialmente en el espacio que se comparte con Bolivia y Chile. Igualmente se ha agudizado el tráfico de personas a través de indicadores en ascenso en la práctica de la trata de personas, así como el tránsito de migrantes ilegales de origen asiático o africano. Con relación a la trata de personas el Consejo Nacional de Política Criminal en un documento exploratorio sobre el estado situacional del crimen en el país, identifica su relación principal con la explotación sexual de las víctimas: Más de la mitad de los casos de trata de personas en el Perú son con fines de explotación sexual (59%). Le siguen en importancia la explotación laboral (29%), la mendicidad (5%) y la venta de niños (1%). Un 12% de casos corresponden a trata mixta, donde la finalidad de la explotación es más de una, usualmente sexual y laboral. La información

corresponde al registro policial (RETA) para el período enero 2006 a abril 2012 [...] durante el mismo se registraron 804 casos que involucraron a 1960 víctimas”.

También se precisa que los principales puntos de origen y destino de las actividades de trata se ubican en los Departamentos de la selva y de la costa central o centro sur como Loreto, Ucayali, Huánuco, Cuzco, Madre de Dios, Lima, Arequipa, Moquegua y Puno.

“Algo similar viene ocurriendo en torno al tráfico de armas, municiones o explosivos donde el Observatorio de Criminalidad reporta la siguiente tendencia: El Ministerio Público ha registrado un total de 18,894 delitos de tráfico ilícito de armas a nivel nacional, entre enero de 2000 y junio de 2011, los cuales equivalen a un promedio anual de 1,596 delitos, 133 delitos por mes, 4 delitos por día y aproximadamente 1 delito cada 5 horas. Por último, la piratería fonográfica o la falsificación de marcas y prendas de vestir registran también nuevas rutas, modalidades y espacios de influencia.

Un espacio propio viene consolidando manifestaciones sofisticadas de criminalidad organizada no convencional como la vinculada a la extracción minera ilegal de oro o a las operaciones de lavado de activos”. Con relación a la primera se destacan sus altos indicadores de ganancia, así como sus múltiples efectos perjudiciales y criminógenos: “Los perjuicios de la minería ilegal de oro, según Macroconsult, son incalculables. Primero, la destrucción de miles de hectáreas de bosques amazónicos y la deforestación de miles más. Segundo, la defraudación tributaria que llegaría al 31% de las utilidades producidas. Si las exportaciones de oro extraído ilegalmente entre el 2005 y el 2011 llegaron a 9,000 millones de dólares, lo que se dejó de pagar al fisco ascendería a casi 3,000 millones de dólares. Tercero, los daños a la salud pública. Cuarto, el negativo impacto que la corrupción genera en las instituciones democráticas y el Estado de derecho. Quinto, el deterioro de las condiciones de seguridad. Desde el 2006 madre de Dios es la región con más alta tasa de homicidios y se ubica en el tercio superior en denuncias de delitos y faltas por 100,000 habitantes a nivel nacional.

Asimismo, arroja los peores indicadores en lo referido a trata de personas, fenómeno delictivo ligado a la minería ilegal. Hallazgos de traslado de dinero en efectivo en ingentes cantidades vienen siendo también objeto de investigación al

plantearse como hipótesis su conexión con actos de minería ilegal”. (Castilla, 2013).

Cabe recordar “que la criminalización de la práctica de la minería ilegal es todavía de reciente data en nuestro país y está, aún, mediatizada por un complejo sistema de normas transitorias y derivadas que vienen neutralizando su operatividad. Y, también, como destaca MARTHA MEIER el delito de minería ilegal ha sido excluido, sin argumentos sólidos, de los alcances de la Ley Contra el Crimen Organizado”. (Meier, 2013, p. A8.)

Finalmente, “la visualización alcanzada por el lavado de activos, en los últimos cinco años, se ha hecho más nítida a partir del incremento de los reportes de transacciones sospechosas que recepciona la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. A través de estos documentos se puede inferir una variada gama de rectores, modalidades y montos comprometidos que muestran ese ascenso casi natural que este delito registra en una economía en crecimiento como la que viene sosteniendo el Perú desde los dos últimos lustros. En ese contexto, debe aceptarse como correcto lo sostenido por el Consejo Nacional de Política Criminal, al interpretar que el lavado de activos constituye, junto al tráfico de drogas y la minería informal, la tercera principal actividad de criminalidad organizada en el Perú. Por lo demás, la tendencia al incremento de este delito en el Perú y en el continente, es también una variable criminológica que indica el desarrollo e importancia que van adquiriendo las ganancias ilícitas que integran el producto criminal bruto en países de economía emergente e informal”.

La ley N.º 30077 “contra el crimen organizado

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. Basta con revisar el actual panorama legislativo sobre la materia en nuestra región, para advertir tal característica y desarrollo normativo de la política criminal contemporánea para la prevención y control de la delincuencia organizada en Latinoamérica. Nuevamente, pues, el que se haya promulgado mediante Ley N°30077 una Ley Contra el Crimen Organizado para el Perú, no nos hace la excepción, sino parte de la regla.

Ahora bien, no cabe duda que la influencia de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (2000), ha sido determinante para la elaboración de esta clase de estatutos especializados.

Cabe recordar que las principales estrategias internacionales contra la criminalidad organizada que diseñó la Convención de Palermo fueron las siguientes:

1. Criminalización específica de los actos de promoción e integración en organizaciones criminales.
2. Creación de un espacio internacional contra la criminalidad organizada.
3. Aplicación de procedimientos especiales de pesquisa policial para infiltrar las organizaciones criminales.
4. Control sobre los capitales y fuentes financieras y logísticas de las organizaciones criminales.
5. Procedimientos especiales para la investigación preliminar y el juzgamiento de los integrantes de las organizaciones criminales.

En efecto, con mayor o menor amplitud de contenidos, así como con mejor o deficiente técnica legislativa, la morfología de estas normas pasa, siempre, por configurar un concepto legal de organización criminal, por incluir listados de delitos asimilables a la criminalidad organizada y por definir procedimientos especiales de pesquisa, juzgamiento, así como por la adscripción de competencias excepcionales para las agencias estatales comprometidas con la aplicación de la Ley”.

Algunos “ejemplos:

En nuestra Región una de las primeras leyes contra la criminalidad organizada fue la promulgada en México el 7 de noviembre de 1996 y denominada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Esta ley definía con precisión sus objetivos de política criminal en su artículo 1: La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación

en todo el territorio nacional. Luego en su artículo 2 daba una definición bastante lograda de organización criminal: Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada [...]. En total se consideraban 7 modalidades delictivas entre las que destacaban con nitidez el terrorismo, el tráfico de armas, el tráfico de indocumentados y los secuestros.

Otro antecedente importante fue la Ley colombiana N° 365 del 21 de febrero de 1997, por la cual se establecen normas tendientes a Combatir la Delincuencia Organizada y se dictan otras disposiciones. En ella se tipificaba el delito de concierto para delinquir, de lavado de activos, a la vez que se estipulaban sanciones de cancelación de personería jurídica y cierre de locales y establecimientos para las personas jurídicas que hubieren sido dedicadas al desarrollo de actividades delictivas; e, igualmente, se incluían procedimientos especiales de sentencia anticipada con reducción de penas por colaboración eficaz y de extinción del derecho de dominio.

Sin embargo, en la última década las leyes especiales contra la delincuencia organizada se han incrementado notablemente en los países del continente americano. Entre las más recientes cabe destacar a la Ley nicaragüense N° 735 el 9 de setiembre de 2010 denominada: Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados. Y, también, la Ley N° 8754 de Costa Rica del 22 de julio de 2009 o Ley Contra la Delincuencia Organizada. De esta última legislación es relevante el detalle normativo que desarrolla en torno al comiso preventivo y comiso de capitales emergentes. A este nivel no solo se legitima el levantamiento del secreto bancario, sino que, también, se criminalizan prácticas dirigidas a la distracción dolosa o culposa del patrimonio de personas sometidas a diligencias de justificación del capital emergente”.

La “Ley nacional N° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, promulgada el 26 de julio de 2013, reproduce, pues, en gran medida, los objetivos, características, estructura y contenidos de los antecedentes y modelos citados, un efecto, posee una estructura normativa integral, aunque poco sistemática. Estos,

reúne, a su interior, aunque con escasa claridad y orden, cinco clases de normas: programáticas, penales, procesales, de cooperación judicial internacional en materia penal y de ejecución penal. Además, complementa sus funciones y efectos con tres Disposiciones Complementarias Finales, cuatro Disposiciones Complementarias Transitorias y con seis Disposiciones Complementarias Modificadorias. Todas estas reglas de enlace son de importante repercusión para la praxis de las agencias estatales implicadas en la persecución y sanción que la criminalidad organizada, en tanto que, por ejemplo, no solo ponen en vigencia para el procesamiento de los integrantes de una organización criminal y las normas y ritos del Código Procesal Penal; sino que, también, otorgan competencia exclusiva y excluyente para la investigación y procesamiento de los delitos vinculados a organizaciones criminales a la Sala Penal Nacional del Poder Judicial, con el desconcertante agregado de que el financiamiento requerido para la implementación de tales competencias debe ser aportado por el presupuesto ordinario del sistema de justicia sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

En cuanto a normas programáticas los artículos 1, 2 y 3 delimitan la función político criminal de la Ley N° 30077 y que no es otra de regular un estatuto especial para el procesamiento y sanción de los delitos realizados por organizaciones criminales o por sus órganos asociados o dependientes. Por lo demás, es una ley de clara orientación sobre criminalizadora como lo demuestran sus artículos 22 (catálogo de circunstancias agravantes específicas), (prohibición de concesión de beneficios penitenciarios) y primera disposición complementaria modificatoria (modifica artículo 80 del Código Penal duplicando el plazo de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por integrantes de una organización criminal e incrementa la penas para diversos delitos cuando estos sean cometidos por esta clase de agentes).

Las disposiciones procesales (artículos 5 al 15) o sobre cooperación judicial internacional en materia penal (artículos 26 al 30) son a todas luces innecesarias en tanto que regulan aspectos ya contemplados por el Código Procesal Penal, el cual, por lo demás, es puesto en vigencia integralmente para los delitos de criminalidad organizada (artículo 4) ⁷⁹.

Hubiera “sido más técnico y menos complejo desarrollar las normas de aquel y adecuarlas a los cambios sugeridos en las normas de la Ley Contra el Crimen Organizado. Sobre todo, porque ya a través de la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria fueron reformulados varios artículos del citado Código adjetivo. En este dominio, por ejemplo, lo más relevante se relaciona con la ampliación de los plazos para las diligencias preliminares que se elevan a sesenta días y se faculta al Fiscal a discernir un límite distinto en atención a la complejidad del caso subjudice.

En lo que atañe a reglas de derecho penal material, cabe destacar la incorporación al Código Penal, mediante la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria, del artículo 105-A, que regula los criterios de determinación y fundamentación de la aplicación de consecuencias accesorias a personas jurídicas involucradas en la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento de un hecho punible. Por lo demás, reglas similares ya habían sido propuestas: por el Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 y por el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N.º 7, del 13 de noviembre de 2009.

No caben dudas sobre la utilidad operativa de las pautas sugeridas por el artículo 105-A. Es de esperar que con ellas se dinamice la aplicación concreta de sanciones penales a las personas jurídicas comprometidas con el delito. Ahora ríen, la Ley Contra el Crimen Organizado, en su artículo 23, también contiene un catálogo específico de consecuencias accesorias que deberán aplicarse a todo ente colectivo que sirva a la delincuencia organizada o se beneficie de su accionar Lícito. Sin embargo, lo cuestionable de dicha norma radica en el literal a que si ríen incorpora a aplicación de multas, incluye también un confuso esquema de determinación del importe pecuniario de estas sanciones basado en el múltiplo trivalente a un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo.

Hubiera sido preferible optar por unidades de referencia más claras y de fácil aplicación por la judicatura como las unidades impositivas tributarias que si son utilizadas en el caso de los delitos de lavado de activos”.

El “delito de constitución, promoción e integración de organizaciones criminales (artículo 317 del código penal)

Los principales problemas detectados en la legislación, doctrina y jurisprudencia nacionales sobre la criminalidad organizada han surgido al momento de precisar sus alcances normativos, teóricos y prácticos.

Al respecto, cabe señalar que en la legislación penal vigente se pueden identificar hasta tres tipos de normas que hacen referencia o que tienen conexión legal: la criminalidad organizada. En primer lugar, está el artículo 317 del Código penal, construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, el cual describe y sanciona los actos de constituir, promover o integrar una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le ha asignado, además una inapropiada sumilla de asociación ilícita que en nada refleja lo que la clara construcción semántica de la norma contiene, ciego, encontramos la configuración de circunstancias agravantes específicas, que operan con la comisión material de diferentes delitos que se estima propios de la criminalidad organizada y que son ejecutados por quién actúa en calidad de integrante de una organización delictiva. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo in fine (delitos de robo); 297 inciso 6 (delitos de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso de la Ley N° 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2 del Decreto Legislativo N.º 1106 (delitos de lavado de activos).

Y, finalmente, también se cuenta con una legislación especial contra la criminalidad organizada contenida en la Ley N° 30077. La cual contempla en su artículo 2 una noción legal de organización criminal donde se precisa que esta requiere una agrupación de tres o más personas y que en su artículo 22 reúne diferentes circunstancias agravantes cualificadas, que se han edificado a partir de la condición y posición que se tiene en la organización criminal.

La doctrina ha realizado limitados esfuerzos por esclarecer el significado y rol funcional que corresponde a dichas normas y marcar su identidad o diferencias. Algo similar ha ocurrido con la jurisprudencia, la que, sin embargo, ha aportado algunos criterios importantes sobre la materia como los contenidos en el Acuerdo Plenario N° 8-2007, del 16 de noviembre de 2007.

Un segundo problema que debemos dilucidar dogmáticamente es el concerniente a la conducta típica que debe materializar el sujeto activo según el tipo penal del artículo 317. Hasta antes de la Ley N.º 30077 la única exigencia legal era que el agente del delito forme parte de una organización criminal. Es decir, que solo se integre a ella.

Esta exclusividad normativa determinó que la doctrina discuta acerca de si la integración requería, necesariamente, de la preexistencia de una estructura delictiva o si abarcaba también los actos de constitución de la organización delictiva. Sobre el particular ROJAS VARGAS aludía a dos posiciones que designaba como tesis material y tesis valorativa¹⁷.

Según dicho autor; la tesis de la preexistencia acude a una argumentación fuerza atendible y de sentido lógico al señalar que no se puede formar parte de algo que aún no existe; siendo en consecuencia los aprestamientos o intentos de formación de la agrupación un hecho al cual aún no le alcanza la tipicidad del delito de asociación ilícita ni tampoco le llega su conminación penal. La tesis valorativa opuesta a la anterior prescinde de los criterios orgánicos argumentando que al tratarse de un delito de peligro abstracto no resulta necesario verificar la existencia material de la agrupación, su estructura orgánica, ni su permanencia, bastando tan solo la concertación o el pacto para delinquir, donde el formar parte genera ya, desde una perspectiva penal, la asociación ilícita. De conformidad con esta tesis el pacto para delinquir forma ya la asociación ilícita, con prescindencia del acuerdo previo de formación o configuración orgánica de la asociación". (Rojas, 2004, p.366).

Como refiere Rojas, "el desenlace jurisprudencial fue favorable a la primera de las posiciones planteadas. En ese sentido, se pronunció una Ejecutoria Suprema del 14 de mayo de 1999 al resolver el Recurso de Nulidad N° 782-98, procedente del Distrito Judicial de Lima Norte. Esto, quedó marcada la existencia de la organización como requisito material para que se pueda configurar el delito; precisándose incluso, que debe formarse a través del acuerdo o pacto.

En términos generales la posición asumida resultaba ajustada al marco normativo por aquel entonces vigente. Sin embargo, en ese mismo contexto, permanecían sin resolver otros aspectos conexos. Por ejemplo, el significado del número mínimo de integrantes (dos) en relación a la incorporación del nuevo

adherente. Es decir, si el que se integra debería hacerlo a un núcleo ya consolidado de cuando menos dos personas o ser él quien realice con su incorporación la dualidad de componentes requerida por la ley. Al respecto, el tipo penal no era unívoco pues su enunciado señalaba; El que forma parte de una organización de dos o más personas” [...].

En una publicación se señala “que el nuevo adherente debe ser cuando menos un tercer miembro de la organización. Si se tornaba inverosímil pensar en la existencia operativa y eficaz de una organización criminal compuesta por solo dos personas, constituía un absurdo entender la existencia probable y activa de una estructura criminal de composición unipersonal.

Tampoco existían respuestas diferentes a la atipicidad al debatir sobre la relevancia penal de los actos fundacionales o de constitución de la organización criminal. Existía, pues, un preocupante consenso a favor de la impunidad de tales conductas. De esta manera, la legislación peruana de la época, eludía un evidente problema político criminal e incumplía estándares internacionales fijados por la Convención de Palermo y que tuvieron su origen en el Acta RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute) norteamericana en la segunda mitad del siglo pasado. Esto es, la represión penal específica de los actos de conspiración y constitución de organizaciones criminales. Por lo demás, ya en aquel periodo otros países de la región habían considerado la tipificación y punibilidad de los actos de formación del grupo delictivo.

Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México de 1996 el delito se configuraba: Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.

También en el párrafo in fine del artículo 340 del Código Penal colombiano se señalaba: La pena privativa de libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir. Por lo demás, en nuestra legislación penal también existían antecedentes sobre la criminalización específica de los promotores u organizadores de una estructura criminal. En efecto, conforme al

texto del artículo 57 del Decreto Ley N.º 22095, introducido en 1981, por el Decreto Legislativo N.º 122, era reprimido como autor de un delito autónomo: El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por tres o más personas y destinada a producir o comercializar droga” [...].

Los “demás integrantes de la banda serán reprimidos, por el solo hecho de pertenecer a la asociación ilícita [...]. Es más, reformas introducidas por el Decreto Legislativo N.º 982, del año 2007, en el artículo 296 del Código Penal aludieron expresamente a la conspiración criminal reprimiendo al que toma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas” [...].

En conclusión, “era pertinente y justificado reprimir tales conductas constitutivas de una organización criminal, para lo cual se hacía ineludible reformar el artículo 317 del Código Penal, lo que ocurriría tiempo después con la promulgación de la Ley N.º 30077.

Con relación al desvalor punitivo de la actividad delictiva concreta que puedan desplegar los integrantes desde una organización delictiva, no se han presentado mayores problemas de interpretación ni en la doctrina ni en la praxis judicial. En tal sentido, se ha admitido plenamente que los delitos cometidos desde la organización determinan la presencia de un concurso real de delitos con la hipótesis delictiva del artículo 317^a. Igualmente, se ha aceptado por consenso que cuando la ley en determinados delitos introduce un agravante que se basa en la pertenencia del agente a una organización criminal, ello solo determina la aplicación de la penalidad que corresponde al supuesto agravado excluyéndose en este caso la posibilidad del concurso real de delitos. Sobre estos aspectos ha señalado REAÑO PESCHIERA: Resulta claro que, si determinada agrupación criminal comete delitos contra la administración pública, contra la vida, la administración de justicia y, en general, dirige su accionar delictivo contra bienes jurídicos distintos a la tranquilidad pública, es necesario castigar cada afectación para abarcar independientemente el desvalor de cada resultado”.

Tal caso, “al momento de determinación de la pena deberán aplicarse las reglas concursales previstas en los arts. 48 y ss. del C.P., pues, [...] el tipo del art. 317 del CP sanciona la mera pertenencia a la agrupación criminal con independencia del inicio de actos de ejecución, pues el legislador ha considerado

que el solo hecho de integrar una asociación delictiva, significa un peligro para la tranquilidad y paz pública.

En suma, el delito de asociación para delinquir debe entrar en concurso real o ideal, según sea el caso, con los delitos que lleguen a meterse a través de la organización, quedando desplazada la aplicación del tipo penal comentado solo cuando se prevean agravaciones específicas en los tipos de la Parte Especial. En términos similares se ha expresado ROJAS VARGAS a precisar lo siguiente: Formar parte de la agrupación abona así la idea de ser integrante o miembro de dicha entidad ilícita, esto es, de participar en sus deliberaciones, proyectos, contribuir económicamente o a nivel de gestión en su desarrollo interno, sin traspasar a la esfera de los hechos delictivos concretos, pues de producirse ello el formar parte será absorbido por la tipicidad de los ; apuestos delictivos agravados que contengan menciones expresas a las bandas organizaciones delictivas, y en su defecto a configurar situaciones de concurso real de delitos.

En ambos contextos el peligro abstracto de la asociación ilícita cederá el paso al peligro concreto de los hechos criminales realizados”.

Tampoco “se ha producido mayor discusión dogmática y jurisprudencial para definir el carácter permanente del delito de integración en organización delictiva. En coherencia con ello, jueces y juristas han aceptado que la situación antijurídica creada con la integración al grupo delictivo concluye al extinguirse a una estructura criminal o por la disociación voluntaria o forzada de sus integrantes.

En ese contexto REAÑO PESCHIERA sostiene lo siguiente: Respecto a la fase consumativa de la ilícita asociación para delinquir, el legislador ha optado por pergeñar un delito permanente, en el que mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, de suerte que en cierta forma el hecho se renueva constantemente”. (Reaño, 2002, p.301).

Si se han “presentado algunos conflictos hermenéuticos a nivel jurisdiccional al evaluar la posibilidad de una integración múltiple como presupuesto de un concurso real homogéneo. Es decir, que el mismo agente se integre simultánea o sucesivamente en más de una organización criminal. Al respecto la respuesta dogmática es afirmativa.

Aquí lo determinante radica en la presencia de varias estructuras criminales distintas a las que se incorpora el agente. Esta posibilidad es mucho mayor en las

estructuras criminales flexibles como las de tipo red y donde el hombre clave puede constituir varios grupos criminales con propósitos delictivos deferentes.

No obstante, ello no sería posible en el caso de estructuras de tipos jerarquía regional o agrupación jerárquica, ya que sus integrantes pese a su relativa autonomía operativa o regional integran un mismo grupo criminal.

Ahora bien, la principal ventaja que ofrece el texto legal vigente del artículo 317 del Código Penal, radica en que su redacción actual posibilita una mejor adaptación a los textos internacionales que promueven un control exhaustivo del crimen organizado. En ese sentido, pues, ha sido sumamente relevante el cambio que se introdujo con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077 de 2013 y que ha sido ratificado por otras modificaciones legislativas posteriores como la que tuvo lugar a través del Decreto Legislativo N.º 1181 de 2015⁹⁹.

En efecto, con dicha norma modificatoria, por primera vez en nuestra legislación sustantiva fundamental, la tipificación del delito adquirió una estructura alternativa al considerar también punibles la constitución y promoción de organizaciones criminales, algo que, por lo demás, ya habíamos sugerido en otra publicación.

Respecto al alcance dogmático de esos dos nuevos supuestos delictivos cabe señalar lo siguiente: Constituir una organización criminal es dar nacimiento formal a la misma. Es un acto fundacional que define la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, el modus operandi y las acciones inmediatas y futuras de la estructura delictiva. De hecho, la constitución de una organización criminal implica trascender la eventualidad del concierto criminal y de la conspiración criminal para convertirlos en un proyecto criminal de proyección temporal indefinida con ejecución continua y planificada. El mínimo de constituyentes de la organización criminal tiene que ser necesariamente de dos personas que conciertan voluntades, aportes, formas de acceso de los nuevos integrantes y funciones estratégicas u operativas básicas para la viabilidad del grupo delictivo. No nos parece compatible con estas prácticas la posibilidad, como sostiene PÁUCAR CHAPPA, de que sea solo un autor el que realice el auto de constitución del ente organizacional delictivo.

Promover una organización criminal comprende la realización posterior de actos de difusión, consolidación y expansión de una organización criminal ya creada e incluso en aplicación de su proyecto delictivo. Esto es, el agente promotor puede impulsar alianzas delictivas, así como la diversificación de las cavidades ilícitas o la proyección hacia otras áreas geográficas de influencia. El que promueve la organización criminal está a cargo, de modo formal o fáctico, de todo el proceso de planificación estratégica que ha de orientar el futuro de aquella. No se trata, pues, de crear solo mejores condiciones operativas para su desempeño local o internacional sino de imprimir programáticamente el desarrollo funcional de la estructura y de sus operadores centrales o ejecutivos. Como destaca PÁUCAR CHAPPA, el rol de promotor en el grupo criminal puede ser asumido por uno o más de sus integrantes”.

Es importante “destacar que ambas conductas pueden adquirir formas distintas según la tipología o el diseño de la organización criminal que se ha de constituir o promover. Pero, además, que tales comportamientos pueden ser ejecutados secuencialmente por el mismo sujeto activo.

Integrar una organización criminal es la tercera conducta típica que contiene el artículo 317 del Código Penal. Cabe recordar que ella era la única que sancionaba dicha disposición en su texto original. Ahora bien, sus alcances hermenéuticos comprenden todo acto de adhesión personal y material a una estructura delictiva preexistente y a la cual el autor del delito se incorpora de modo pleno e incondicional.

Esto, a través de esta conducta el agente se somete a los designios del grupo criminal, a las líneas y competencias de sus órganos de dirección, comprometiéndose, además, de modo expreso o implícito, a realizar las acciones operativas que le sean encomendadas. La duración de esa relación operativa en la que el integrado se hace parte de un todo estructurado es en principio indeterminada, aunque su actuar concreto como miembro de la organización criminal no sea necesariamente continuo sino eventual, tal como lo hace notar el artículo 2 de la Ley N.º 30077 al resaltar que la intervención de los integrantes de una organización criminal [...] puede ser temporal, ocasional o aislada. Ahora bien, el integrante puede realizar también actos de promoción, pero no de constitución

de la organización criminal. Esto último porque su conducta típica, como se ha destacado, solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución del grupo criminal.

Es importante destacar que no hay contradicciones entre la noción legal de organización criminal que contiene el citado artículo 2 de la Ley N° 30077, con la descripción típica de los actos de integración que hace el artículo 317 del Código Penal. El que en la primera de tales normas se mencione a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones. No modifica ni reformula lo señalado en la segunda de estas disposiciones en relación a que el agente del delito integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos. Es más, el texto del aludido numeral del código sustantivo fue incluido por la propia Ley N° 30077. Se trata, simplemente, de normas con funciones diferentes”.

En efecto, “el artículo 2 es solo una definición de términos que explica lo que para la Ley N.º 30077 debe entenderse como una organización criminal. Corresponde a lo que en ciencias sociales se denomina también una operativización de conceptos. No es, pues, la tipificación de un delito ni está destinada a integrar o esclarecer el contenido punitivo de una ley penal en blanco.

El artículo 317º, en cambio, es un tipo penal que describe, como ya se ha precisado, tres conductas delictivas alternas donde, cuando menos, para la realización de una de ellas es suficiente la intervención conjunta de dos personas, lo que ocurre con el acto fundacional o de constitución de la organización criminal. Mientras que para que sea posible la materialización del acto también punible de integración o adhesión a una organización criminal, esta última ya debe estar constituida. Por tanto, pues, el autor de esta hipótesis delictiva siempre ha de ser el número tres del mínimo necesario que fija el artículo 317”. Los dos constituyentes, efectivamente, no componen la organización “sino solo quien se adhiere luego a ella. En todo caso para evitar cualquier distorsión práctica puede modificarse la redacción actual y elevar a tres el número mínimo de integrantes requeridos por la organización criminal.

Al igual que los actos de integración o adhesión las nuevas conductas típicas de constitución o promoción de organizaciones criminales son siempre dolosas y su consumación es de naturaleza permanente.

La penalidad conminada mantiene los mismos registros regulados antes de las reformas generadas por la Ley N° 30077. Esto es, pena única privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Las reformas introducidas en el artículo 317 también incidieron en la regulación de sus circunstancias agravantes específicas. Al respecto se ha mantenido, aunque con una compleja estructura, la regulación del calificante referida a la finalidad delictiva de la organización criminal. Este supuesto solo exige para su configuración, que la organización criminal se haya constituido en torno a un proyecto orientado a la comisión de determinada clase de delitos. Por tanto, para que surta sus efectos de potenciación punitiva, será suficiente que el objetivo delictivo de la organización criminal esté conectado con la potencial realización de tales ilícitos. Como bien advierte PÁUCAR CHAPPA, se trata de una agravante vinculada a la naturaleza grave del delito fin, pero que no requiere que la organización criminal haya realizado o tentado la comisión concreta de dichos delitos.

Sin embargo, es cuestionable que el legislador nacional no haya realizado una adecuada selección de los delitos fin. Y que, en cambio, en un largo y asistemático catálogo haya integrado delitos muy distintos entre sí.

Es más, que muchos de los delitos consignados guarden marcadas diferencias estructurales y operativas con aquellos ilícitos sobre los cuales se proyecta la noción moderna de criminalidad organizada. Es así, por ejemplo, que en el literal del artículo 317 concurren mezclados delitos convencionales como los de aborto y lesiones; con aquellos no convencionales y sofisticados como el lavado de activos y la trata de personas. De esta manera, la norma citada adopta una técnica legislativa incoherente y defectuosa, similar a la seguida en el artículo 2 de la Ley N° 30077. Lo grave de esta tendencia legislativa, radica en que no solo demuestra desinformación sobre el significado y manifestaciones de la criminalidad organizada contemporánea, sino que, además, promueve efectos prácticos negativos al desgastar las capacidades de interdicción de las agencias especializadas en la persecución y sanción del crimen organizado⁷.

No obstante, “satisface observar que el legislador nacional ha tomado en cuenta nuestras recomendaciones y ha construido nuevas circunstancias agravantes específicas, basadas en la posición de mando y gestión que ostenta el

agente en la organización criminal, así como en el trascendente rol que le corresponde asumir cuando actúa como financista de la misma.

En efecto, en el inciso b del artículo 317 se han considerado como agravantes específicas, tres formas de ejercer una posición de control y gestión al interior del grupo criminal. Esto es, ser líder, jefe o dirigente de la organización. Si bien tales categorías parecen referirse a perfiles y roles semejantes de conducción de la organización delictiva, es posible identificar en cada una de ellas diferencias funcionales en relación al tipo de estructura de la organización criminal de que se trate.

No corresponden, pues, tales categorías a niveles estratégicos o de poder y control necesariamente equiparables.

La norma legal se refiere en primer término al líder, para identificar en él a un órgano estratégico y de gestión más próximo a las organizaciones criminales de estructura flexible como el grupo central o la red criminal. Se trata, en lo esencial, de un gestor funcional con amplias facultades de orientación, conducción y coordinación de las actividades delictivas del grupo criminal. A él le corresponde, sobre todo, decidir el planeamiento de la oportunidad y modalidad de la intervención especializada de sus integrantes. El líder no ejerce un mando vertical ni coactivo sobre los demás miembros del grupo delictivo sino, más bien, finalista consensuado. Actúa, pues, como un guía del proceder de aquellos hacia la realización de los proyectos ilegales que les son comunes. Los líderes son los que conducen organizaciones dedicadas a delitos de alta especialización como el lavado de activos”.

El dirigente, en cambio, “es un órgano central que ejerce una clara posición de mando y poder al interior de la organización criminal. Define y ordena el quehacer de los demás integrantes de modo directo y vertical. Aplica, pues, un control centralizado y excluyente que es propio de las estructuras criminales rígidas como las denominadas de jerarquía estándar. El rol de dirigente corresponde, pues, a las bandas o asociaciones ilícitas dedicadas a la comisión de delitos violentos.

Finalmente, el jefe es un órgano intermedio equivalente al capo decimo de las clásicas organizaciones mañosas italianas y norteamericanas. A él le corresponde el control sobre la ejecución de las acciones delictivas que deben

cumplir los integrantes colocados bajo su mando. Su autonomía esta siempre limitada a lo táctico y subordinada siempre al poder central del dirigente. El jefe suele ser un nivel eminentemente operativo que es frecuente en las organizaciones descentralizadas que adoptan la estructura de la jerarquía regional como, por ejemplo, las que se dedican al tráfico ilícito de drogas, el contrabando o la trata de personas entre otras modalidades de crimen organizado.

Por lo demás, cabe recordar que la regulación de este tipo de circunstancias agravantes específicas, que toman en cuenta la posición especial y diferenciada de los que integran una organización criminal, no ha sido ajena a nuestra experiencia legislativa precedente. Así lo demuestra el artículo 297 del Código Penal, que incluye también como una circunstancia agravante específica de segundo grado, el que el autor del delito sea el jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración.

En su inciso, el artículo que comentamos también considera como otra agravante específica que el agente sea quien financia la organización. La norma alude a un gestor especializado y de confianza, encargado de proyectar, procurar, suministrar o administrar los recursos financieros y logísticos que requiere la organización criminal para su operatividad delictiva. Por lo general este órgano de apoyo se encarga también de controlar el flujo contable de las ganancias ilícitas y de contactar las operaciones de lavado de activos que sean necesarias para su aseguramiento y reinversión”.

Ahora bien, “en el texto reformado del artículo 317 del Código Penal, se conserva la autorización legal para aplicar consecuencias accesorias y medidas cautelares apropiadas, a las personas jurídicas que por su cultura criminal sirven y la ejecución o la cobertura de las actividades delictivas de organizaciones criminales. Sobre todo, tratándose de aquellas personas jurídicas que se constituyeron con las sospechosas características de empresas de fachada, de empresas de papel o de empresas offshore.

El legislador considera para tales casos la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 (Disolución y liquidación) y 4 Prohibición de realización de actividades futuras afines al delito cometido); artículo 105 del Código Penal. Al respecto, es pertinente recordar que la solución de una persona jurídica delincuente requiere, según lo estipulado con el párrafo in fine del

artículo 105- A, acreditar que ella fue constituida habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Sobre las tipologías operativas de las personas jurídicas que actúan en el espacio de la criminalidad organizada son muy gráficos los ejemplos citados por PÁUCAR CHAPPA en torno a delitos de tráfico ilícito de drogas, trata de personas y lavado de activos.

Ahora bien, sobre futuro inmediato del delito de constitución, promoción e integración de organizaciones criminales en nuestra legislación, cabe mencionar que el Proyecto de Nuevo Código Penal de mayo de 2016, lo tipifica y reprime en su artículo 543. Lamentablemente en este documento prelegislativo se persiste en denominar a este hecho punible como Asociación ilícita.

Si bien en lo esencial, el Proyecto citado conserva la misma estructura típica y penalidad que hoy tiene el artículo 317, la fórmula legal adoptada confunde la finalidad continua e indeterminada que caracteriza a la actividad delictiva propia de una organización criminal, con la eventualidad operativa y efímera del accionar delictivo de un concierto criminal. Es así que la fórmula legal utilizada opta por referirse a una organización de dos o más personas destinada a cometer uno o más delitos. Luego, también resulta desconcertante el que la norma legal tautológicamente considere que constituye circunstancia agravante específica: Cuando el agente es integrante de una organización criminal o está vinculado o actúa por encargo de ella. Y, también, que se haya omitido reproducir el pertinente calificante alusivo a la condición de líder, jefe, dirigente o financista dentro del grupo criminal. No obstante, nos parece acertado que se incorpore como una nueva circunstancia agravante específica el que se utilice a un menor de edad. Pero al margen de las pertinentes y en algunos casos incoherentes reformas introducidas en el artículo 317 del Código Penal, así como de sus proyecciones normativas futuras, es evidente que el problema principal de la política criminal peruana y de sus fracasos en la prevención y control de la delincuencia organizada, no se agota solo en la reformulación de sus componentes legislativos⁷⁰.

Todo parece indicar “que las disfunciones reales en dicho dominio están, más bien, conectadas con ámbitos mucho más complejos y prioritarios, los cuales resultan ser transversales al espacio de las políticas públicas extra penales y de replanteamiento estratégico del Sistema de Seguridad Ciudadana. Ellas, por tanto,

involucran mucho más que un mero balance de lo que realmente puede hacerse desde la ley para un control eficiente de la criminalidad organizada.

En efecto, la realidad actual de este fenómeno en nuestra sociedad, demanda del Estado peruano un esfuerzo más serio e integral, que procure la identificación empírica de su etiología, así como una interpretación estratégica más adecuada a su dinámica de desarrollo en un contexto gris de economía emergente e informal, como el que el caracteriza en el presente a nuestro país. Es, pues, en este complejo espectro, donde deberán concentrarse y priorizarse las acciones estatales futuras, si lo que se busca es evitar evoluciones graves como las acontecidas en México y en otros países centroamericanos como El Salvador o Honduras.

Lamentablemente, pese a lo razonable de todos esos requerimientos criminológicos y de tratamiento estratégico de la criminalidad, lo único que hemos detectado desde el proceder estatal es una endémica voluntad y praxis política de corte lineal e impregnada de giro punitivo. Con esta desorientada actitud, el Estado peruano ratifica un encubierto desinterés por promover la búsqueda de un conocimiento empírico e integrado de la presencia de la criminalidad organizada en nuestra actual coyuntura. Y ello explica que su capacidad reactiva se agote constantemente en la definición de objetivos incoherentes o en el ensayo reiterado de estrategias punitivas, sumamente parciales y, por consiguiente, carentes de efectividad. Esto último determina, que los sucesivos anuncios oficiales de reformular las estrategias contra la delincuencia violenta y organizada concluyan siempre en la formalización de nuevas leyes penales no solo dispersas, como los decretos legislativos de julio y setiembre de 2015, sino que, además, solo han sido pensadas para incidir con una sanción sobredimensionada en la esfera individual de los integrantes de las organizaciones criminales, pero no en el núcleo central de la constitución y operatividad de estas. Ese es el caso de un uso generalizado de penas graves como la cadena perpetua, de la ampliación de circunstancias agravantes cualificadas como las sugeridas en el artículo 22 de la Ley 30077, o de la utilización desesperada del estado de emergencia en las zonas que registran altos indicadores de criminalidad en el país como la Provincia Constitucional⁷ del Callao.

Esta miope “perspectiva de reacción sobre síntomas hace, pues, que las estrategias estatales limiten su eficacia real a la articulación de círculos periféricos que dejan, pues, las más de las veces, intactas a las estructuras y niveles de las organizaciones delictivas, las cuales, pese a la detención de sus líderes e integrantes, mantienen en el tiempo, aunque con nuevos componentes, su actividad criminal corporativa.

Se hace necesario, entonces, un replanteamiento total de la política criminal y social del Estado. Y, en este proceso de cambios, se deben, pues, de priorizar medidas que incidan en proveer de mejores condiciones y expectativas de vida para la población joven del país.

El Estado no debe escatimar recursos para diseñar y ensayar la implementación de esta clase de acciones, que en la situación crítica que hoy vive el Perú son las vías más idóneas para afectar el núcleo central de los grupos delictivos existentes, pero, también, para contener la expectativa de nuestros jóvenes y adolescentes de integrarse en ellos. Solo complementariamente o como refuerzo a aquellas medidas, las estrategias oficiales deben concentrarse en prácticas de interdicción sobre el *modus operandi* y las fuentes de financiamiento de la delincuencia común y organizada, especialmente con el fortalecimiento de la capacidad operativa de los controles sobre el lavado de dinero, los cuales ahora también deben proyectarse sobre el amplio espacio de la economía informal. En este escenario cabe la incorporación de nuevas figuras delictivas como el acuerdo o la conspiración criminal.

Esto es, adelantar la criminalización de actos no ejecutivos de delitos concretos pero trascendentes para la oportunidad y eficacia de las agencias de control. En ese sentido, debe estimarse como pertinente la inclusión de un tipo penal propio para sancionar esta clase de delitos y que propone el Proyecto de Nuevo Código Penal de 2016 en su artículo 545, aunque su eficacia normativa no puede generalizarse a todo delito, sino que debe quedar restringida al ámbito exclusivo de la conspiración rara constituir, promocionar o integrar nuevas organizaciones criminales, por lo que deberá reformularse el tipo legal de dicha propuesta y que criminaliza al que forma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este código”.

Igualmente, “se deben agilizar los procedimientos para confiscar los recursos financieros directos e indirectos de las organizaciones criminales y de las personas jurídicas de fachada que son utilizadas por aquellas. Hay importantes ejemplos exitosos en este dominio, baste con recordar el importante rol que tuvieron en los Estados Unidos leyes como el Estatuto sobre Organizaciones de Actividades Delictivas Permanentes, cuya principal utilidad fue la de posibilitar la sanción de todos aquellos que permitan o promuevan el desarrollo o surgimiento de organizaciones criminales.

También favorecerá la formulación y aplicación de mejores estrategias de política criminal, la construcción de un sistema de inteligencia y monitoreo de la delincuencia organizada, el cual puede iniciarse en base al Observatorio de la Criminalidad que hoy posee el Ministerio Público y al recientemente creado Observatorio Nacional de la Criminalidad del Consejo Nacional de Política Criminal”.

Por último, deben “explotarse con eficiencia, pero respetando siempre la legalidad y los derechos fundamentales de los imputados, todos aquellos procedimientos especiales de investigación y juzgamiento que contempla el Código Procesal Penal de 2004, como son el uso de agentes encubiertos, a entrega vigilada, la colaboración eficaz, la interceptación de comunicaciones; pero, también, las medidas de protección de testigos así como las modalidades pertinentes de cooperación judicial internacional directa en materia penal.

Queda, pues, mucho por hacer desde la política criminal nacional contra la criminalidad organizada. Quizás un buen comienzo sea el promover en las universidades el estudio y diagnóstico criminológico de dicho fenómeno delictivo. Y, también, articular los esfuerzos institucionales que, en igual dirección, aunque aun aisladamente, vienen realizando diferentes sectores vinculados con la formulación e implementación de políticas públicas contra la criminalidad organizada como son el Congreso de la República, el Poder Judicial, el INEI, el Ministerio Público o el Ministerio del Interior. Esta actividad conjunta, por lo demás, es plenamente posible con el planeamiento y ejecución de programas comunes de interoperabilidad institucional, como aquel que dio origen a un importante documento operativo como lo es la poco difundida Guía de Actuación Conjunta contra la Delincuencia y el Crimen Organizado”.

III.- METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Diseño de Investigación.

Tipo.

El tipo de investigación es aplicada, pues se encuentra relacionada en buscar conocimientos procesales respecto a la colaboración eficaz que se otorga con el derecho premial en los procesos anticorrupción, situación que es de interés jurídico y social en la provincia de Chiclayo. por lo tanto se trabajara de forma descriptiva, debido a que tiene como objeto de estudio a una situación concreta, análisis e interpretación de la naturaleza actual, respecto a la problemática de la Colaboración eficaz (Bernal, 2006, p.112)

Diseño.

Sánchez (1996), señala que debe existir un diseño de investigación ya que es de ayuda muy elemental dentro de una investigación. La posición del diseño cualitativo para algunos estudiosos no es tan centrada como un prototipo de investigación científica, en el presente diseño quien realiza la investigación se encarga de buscar y recolectar información contemporánea con proporción a situaciones determinadas, no existe una administración de un procedimiento.

Utilizaremos el diseño descriptivo simple por cuanto este tipo de estudio está interesado en la buscar y recoger información con respecto a la investigación .

3.2. Categorías, subcategorías y matriz de categorización apriorística.

Variable	Definición	Categoría	Sub-categoría
“Colaboración eficaz”	“Es la entrega de información de parte de una persona que ha cometido un delito grave, que puede recibir a cambio un beneficio en su pena”.	Código Procesal Penal	Artículos 472° Artículo 481°
	“Llamado delincuencia organizada, es toda aquella organización		

“Crimen organizado”	compuesta por un grupo de personas con determinadas jerarquías, roles y funciones, cuyo principal objetivo es la obtención de beneficios materiales o económicos mediante la comisión de delitos”	Ley 30076	Nominal
---------------------	---	-----------	---------

3.3.- Escenario de estudio.

Población y muestra.

El “trabajo de investigación se desarrollará en la ciudad de Jaén, tomando como, realizando investigaciones en estudios jurídicos que trabajan derecho procesal penal, así como se coordinará remotamente con las fiscalías anticorrupción de los casos registrados en la provincia de Jaén.

Población. - La población se encuentra ubicada en la Fiscalía de Crimen Organizado del distrito judicial de Lambayeque.

Se trabajara como referencia carpetas judiciales y un cuestionario de preguntas que se realizarán a operadores, auxiliares y abogados especialistas en derecho penal. (**Muestra:** Carpetas judiciales y cuestionario de preguntas a operadores de justicia).

3.4.- Participantes

- ✓ El bachiller encargado de realizar la investigación
- ✓ El asesor de Tesis
- ✓ Abogados participantes en las encuestas”

3.5.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnicas

A) Observación.

“Permitió percibir los hechos o fenómenos más relevantes que se estudiaron en el trabajo de campo. El instrumento utilizado fue: la Ficha o guía de observación” (Romero, 2018).

B) Análisis documentales.

Técnica que se realiza a través de un conjunto de sistematizaciones de nivel intelectual, cuyo fin es describir y la representación los documentos de forma para facilitar su recuperación, lo que vendría a ser analizar los contenido teóricos, (Romero, 2018).

3.6.- Procedimientos.

Se utilizará el programa Microsoft Office, Excel, Word, para procesar los datos obtenidos, realizando cuadros, diagramas, o cuadros estadísticos si fuese necesario; con la finalidad de demostrar los resultados del trabajo de campo a realizar.

3.7.- Rigor científico.

Se ha citado algunos criterios, como Belmont (1979) señala “Principios éticos y normas para el desarrollo de investigación que involucre seres humanos”.

- a. **Autonomía.** - capacidad de la persona para deliberar sobre sus finalidades personales y de actuar bajo la dirección de las decisiones que pueda tomar.
- b. **Justicia.** - Es la equidad en la distribución de cargas y beneficios. Criterio para saber si una actuación es o no ética, desde el punto de vista de la justicia”.
- c. **Fiabilidad.** - describe a la contingencia de responder estudios, que indica que el investigador no emplea métodos diferentes de

recolección de datos de otros investigadores; para obtener un resultado similar¹⁷.

3.9.- Aspectos éticos.

- a. **Validez.** - Es determinante el presente criterio al permitir hacer una correcta interpretación de resultados, lo que es apropiado y fundamental en las investigaciones cualitativas. (Hernández 2003).
- b. **Credibilidad o valor de la verdad.** Es el factor de autenticidad, como requerimiento significativo permitiendo evidenciar fenómenos y experiencias de ser humano, descubiertos por los dependientes.
- c. **Confiabilidad.** – nos da a saber el rol que desempeña el investigador mientras se realiza el trabajo de campo al momento de identificar sus distancias y restricciones para inspeccionar algunas posibles discreciones u opiniones producto del fenómeno a estudiar¹⁸.

CONCLUSIONES.

1. El “proceso por colaboración eficaz, viene a ser un proceso especial, autónomo y sumarísimo que se lleva a cabo en el entorno de la consensualidad, que quiere decir el acuerdo suscrito entre Fiscalía y quien postula como aspirante a colaborador eficaz. Por un lado, la Fiscalía se obliga a dar beneficios procesales y por otros, el colaborador se obliga a brindar información eficaz relacionada al delito cometido o por cometerse”.
2. La efectividad de la participación del colaborador eficaz será determinante después de realizar la corroboración de su información, permitiendo la desarticulación de los grupos criminales, y el colaborador beneficiado de acuerdo al acuerdo que se llegue con el fiscal y el juez.
3. La colaboración eficaz centra la figura del colaborador denominado arrepentido, el cual tiene la posibilidad de alcanzar los fines para los que fue alcanzado, el Decreto Legislativo 1301, no establece ni niega la participación de un colaborador eficaz en dos procesos distintos, siendo éste un vacío legal.
4. La definición de crimen organizado está ubicado en el artículo 2° de la Ley 30077 asimismo en el artículo 317 que prevé el delito de organización criminal, los dos artículos se denotan las características del crimen organizado. Así mismo la Ley 30077 y el Código Penal hacen referencia que el crimen organizado está compuesto por un grupo de individuos (tres o más personas) donde existe un reparto de tareas, con la vocación de permanencia.

RECOMENDACIONES

1. Se “recomienda, que se fortalezca la figura de la colaboración eficaz en los delitos del crimen organizado, pues hasta la fecha se vienen obteniendo una serie de resultados positivos que permitirán una erradicación así, como prevención para que se continúen cometiendo este tipo de delitos”.
2. Se recomienda ampliar normativas legales que permitan promover la colaboración eficaz no extralimitándose y dejar de lado algunas garantías constitucionales entre las que se tiene el derecho a la defensa de las personas las cuales resulten implicados, dichas normas no deben contravenir los derechos constitucionales.
3. Se recomienda, que se disponga de límites para el desarrollo del proceso especial, estableciendo plazos legales para su desarrollo, así se tendrá mayor certeza de que la información realmente sea eficaz, ya que si se dilata en el tiempo el proceso pierde la celeridad que debería tener y durar indefinidamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aisa, E. (2010, p. 445). *“Consideraciones sobre el tratamiento de la delincuencia organizada tras las últimas reformas del Código Penal”*. , art. cit., y ss.
- Aisa., E. (2012, p. 439). *“Consideraciones sobre el tratamiento de la delincuencia organizada tras las últimas reformas del Código Penal”*. Art. cit. .
- Anarte, B. E. (1999, p.21). *“Conjeturas sobre la criminalidad organizada”*, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y Enrique ANARTE BORRALLO (coords.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva:: Universidad de Huelva, .
- Becerra, M. (2015, p. 23). *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar, ob. cit., .*
- Bernal, C. (2006, p.112). *Metodología de la Investigación*. México: Pearson .
- Bottke, W. (1998, p.2). *“Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”*. Barcelona: Revista Penal, N.º 2.
- CALLEGARI, André; DEZORDI, Maiquel. (2012, p.118). *“La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado”*, en URQUIZO OLAECHEA, José (dir.), . Lima: Revista Peruana de Ciencias Penales, N.º 24, .
- Carlos Ortiz, j. (2018). *La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia.* . Castilla: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Castilla, Ó. (2013). *“Operadores de minería ilegal llevaban US\$ 4 millones escondidos en maletas*. Lima: El comercio.
- Damian, R. H. (2019). *el perfil del colaborador eficaz en los casos emblemáticos de crimen organizado en el distrito judicial de Tumbes* Universidad Nacional De Tumbes. Tumbes: Universidad NAcional de Tumbes.
- De Gennaro, D. P. (2018). *Perspectivas sobre la colaboración eficaz de las personas jurídicas* . Lima: Universidad De Piura.

- De La Cruz, R. M. (2018). *“el proceso especial de colaboración eficaz y su posible vulneración del derecho de defensa del imputado”*. Trujillo: UCV.
- Del Ponte, C. (1997, p.168). *Crimen organizado y lavado de dinero. Narcotráfico, política y corrupción*, . Bogotá: Temis.
- Escobar Aguirre, E. R. (2019). *El testimonio del cooperador eficaz como medio de prueba en el proceso penal ecuatoriano* . Quito: Universidad Internacional SEK.
- Follain, J. (2009, p. 47). *Los últimos majiosos. Ascenso y ocaso de la mafia*. Barcelona : Mosaico.
- García Pablos De Molina, A. (2014). *Introducción al Derecho penal*; . Madrid: 5 ed; 3 Reimp.
- García, P. D. (2000, p.273). *Derecho Penal*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- Garro, C. E. (2013, p.9). *"Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa Claves para una reelaboración"*. Barcelona: InDret.
- Garro, C. E. (2013; p. 9). *Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa. Claves para una reelaboración*. Barcelona : InDret .
- Gomes Canotilho, J. (2016, p.24). *Colaboragao premiada e auxilio judiciário en materia: a ordem pública como obstáculo a cooperando com operando Lava Jato*. Lima: Revista de Legislagáo e de Jurisprudencia; Año 146; N° 4,000; .
- Guzmán, D. J. (2012, p.180). *Del premio de la felonía en la historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo*; . Madrid: Revista de derecho penal y criminología; , 3. a Época, N° 7 .
- Herrera, G. M. (2014, p. 871). *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado*; p. 188; SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; . Lima: Derecho Procesal penal. Lecciones;
- Jiménez, C. E. (2018). *Aportes para el buen funcionamiento del programa de protección y asistencia a testigos y colaboradores eficaces del ministerio*

público en la persecución de casos de corrupción cometidos por organizaciones criminales . Lima: PUPC.

Lamas Puccio. (p. 315). *“Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal”, art. cit.,* .

Marinucci, G. (2017; p.425). *Manuale di Diritto penales Milano;* . Giuffré: 6 ed.; .

Marinucci, G. -D. (2010, p.428). *Manuale di Diritto penale* .

Mcintosh, M. (1977, p.9). *La organización del crimen*. México D. F.: Siglo XXI, .

Meier, M. Q. (2013, p. A8.). *“Excluyen minería ilegal de Ley contra el crimen organizado”,* . Lima: El Comercio.

Moccia, S. (1999, p.75). *Emergencia e Defesa dos Direitos Fundamentais-*, . Sao Paulo; Janeiro : en Revista Brasileira de Ciencias Criminais; Año 7 N° 25.

Mondragón, D. G. (2017). *El Colaborador Eficaz Y La Desarticulación De Las Organizaciones Criminales, En La Ciudad De Jaén*. Chiclayo: Udch.

Montoya, M. D. (2004, p.237). *Mafia y crimen organizado*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Pisani, R. (2010; p.11.). *Introduzione breve al diritto premiale; en; Studi di Diritto Premiale*. Milano.

Prado Saldarriaga, V. R. (2013, p.60). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima: Idemsa.

Prado, S. V. (1990 , p.78). *Derecho Penal y Política*. . Lima: Editorial Eddili, p.78.

Prado, S. V. (2007, p.191). *Lavado de activos y financiación del terrorismo,* . Lima: Grijley, .

Pulitanó, D. (2013). *Diritto penale; Giappichelli; 5 ed;* . Torino.

Reaño, P. L. (2002, p.301). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir* . Lima: Jurista.

Rocha, A. K. (2019). *El proceso de colaboración eficaz y su implicancia en los procesos por delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Norbert Wiener.

- Rodríguez, R. V. (2019). *La Debida Aplicación De La Cooperación Eficaz De Acuerdo Al Código Orgánico Integral Penal, En Los Delitos Relacionados Con Sustancias Catalogadas Sujetas A Fiscalización*. Guayaquil: Universidad Católica De Guayaquil.
- Rojas, V. F. (2004, p.366). *Estudios de derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, . Lima: Jurista .
- Romero, h. (2018). *Métodos y Técnicas e instrumentos de recopilación de dtos en la investigación jurídica*. Lima: Grijley.
- Romero, R. J. (2010). *Beneficios Por Colaboración Eficaz Con La Justicia*, . Barranquilla : Corporación Universitaria De La Costa.
- Roxin, C. (1998, p. 65). *“Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”*. Barcelona : Revista Penal, N.º 2, .
- Roxin, C. (2008; p. 41). *Derecho penal. PG;* . Madrid: Civitas; T I; Reim.
- Ruga, R. C. (210, p.524). *La premialita nell’ordinamento penale\ en: Saggi in ricordo di Aristide Tanzi;* .
- Sánchez, R. E. (2014, p.78). *Diseño y rediseño de organizaciones*, . Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, s/f, .
- Sánchez., L. (2012, p. 357). *“La delincuencia organizada como amenaza estratégica”, art. cit.,*. Lima.
- Silva Sánchez, J. (1999; p. 93). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales;* . Madrid .
- Silva, S. J. (1999, p.70). *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Trejo, H. A. (2015). *La Incidencia Del Colaborador Eficaz En El Proceso Penal y Sufuncionalidad En Los Casos Relacionados Con El Crimen Organizado*. Guatemala de Asunción: Universidad Rafael Landívar.
- Valdés, C. G. (2012, p. 175). *Historia del narcotráfico en México. Apuntes para entender al crimen organizado y la violencia,*. México D. F.: : Aguilar.

Villarroel Rojas, R. (2015). *Concurrencia De Las Atenuantes De Colaboración Sustancial Al Esclarecimiento De Los Hechos Y De Cooperación Eficaz Bajo La Ley 20.000*. Santiago: Universidad de Chile.

Zaffaroni, E. (2012, p.358). *La cuestión criminal*, . Buenos Aires: 3.a ed.,: Planeta,

Zúñiga, R. L. (2006). "Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis". En M. N. Sanz, *El desafío de la criminalidad organizada* (pág. 41). Granada: Comares.