



UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES
SECCIÓN DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**LA NECESIDAD DE ELIMINAR LAS CAUSAS
LEGALES DE LA CORRUPCIÓN**

AUTORES:

Gamero Vildoso, Gaby Hermelinda.

Genovés Paredes, Fresia Antuanet.

Gonzales Chumbe, José Luis.

González Valdeiglesias, Liz Teresa.

Hinostroza Pereyra, Luis.

López Cruz, Agustín.

Medrano Saavedra, Héctor Rodulfo.

Ortiz Huerta, Julio Cesar.

INVESTIGADOR PRINCIPAL

Dr. Gino Ríos Patio.

Lima-Perú 2009.

1. INTRODUCCIÓN:

Nuestra participación en el análisis de un tema tan actual e importante como "Las Raíces de la Corrupción", en base a un profundo análisis nos ha llevado a considerarlo como el mal que carcome toda la institucionalidad de una nación. Obligándonos a estudiarlo desde diferentes disciplinas y ángulos, habiendo contado con el invalorable apoyo de nuestro catedrático, el Dr. Gino Ríos Patio, hacia quien expresamos nuestro profundo agradecimiento.

La Corrupción considerada como la "Acción social ilícita o ilegítima encubierta y deliberada" con arreglo a intereses particulares, es la realizada por cualquier vía en búsqueda de una cuota de poder en algunos espacios normativos institucionalizados y estructurados, afectando deberes de función, intereses colectivos y/o la moral social de una nación, impidiendo el desarrollo de la misma.

Las modalidades de la corrupción son diversas y se multiplican fuera de las reconocidas en los Códigos Penales: enriquecimiento ilícito, peculado, concusión, malversación, colusión, etc.; en mérito a los avances tecnológicos y la globalización.

La corrupción está llegando a las organizaciones y colectividades sociales: instituciones tutelares de la sociedad, entidades empresariales y financieras, asociaciones de todo tipo, entidades educativas, clubes, rompiendo las barreras

nacionales, adquiriendo conexiones insospechadas. Sus graves consecuencias económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad, afectación de la moral social.

Es por ello necesario ponerle coto desterrando el sentido de anomia de la misma. Pero..... ¿Desde cuándo se inicia la corrupción?, ¿han sido los gobiernos ajenos a ello o lo han incentivado?, ¿se ha luchado contra la misma?, ¿se han obtenido buenos resultados?.

Contestando algunas de éstas interrogantes diremos que desde la época de descubrimiento, conquista y virreinato en donde llegaron los españoles se traslado a las tierras conquistadas su sistema económico social y político integrantes de su cultura y se impuso durante 300 años que pronto se implanto las primeras monedas y esto convirtió a Lima en el centro del poderío español en Sudamérica y fue así como empezó este proceso de transculturación una influencia y mezcla de blancos, indios y negros antecedentes del mestizaje, una subestimación del trabajo y una inclinación al derroche y la apariencia donde las autoridades (virreyes y funcionarios) empiezan con el acaparamiento del oro y la plata, por otro lado los hombres y las mujeres nativos fueron reducidos a ser sirvientes, víctimas de la explotación despiadada desarraigadas de la tierra para morir en las minas y en los obrajes.. Se sabe que cuando se promulgaron leyes a favor de los indios, quienes deberían ponerlas en práctica decían se acata pero no se cumple. El virrey al término de su mandato era sometido a un juicio de residencia, pero como decía HUMBOLDT si el virrey era rico y sostenido en América por un asesor en Madrid con amigos poderosos, podía gobernar arbitrariamente sin tener la residencia.

En la época republicana se hace mucho más notoria la corrupción y el mal gasto del dinero, a partir del siglo XVIII y XIX se puede ver que las autoridades muy poco o nada hacen por el pueblo quien verdaderamente los eligió, a cada término de cada gobierno de 5 años se juzga por los actos de malversación de fondos, gastos en la administración, encontrándose una señal de irregularidades coimas, arreglos y esto no solamente es del Perú sino en todo el mundo.

En épocas recientes se puede definir la corrupción como un fenómeno real desde que se ha violentado la mutación de valores. Por lo tanto nuestro aporte buscaría mejorar las actuales **Políticas anticorrupción, llamadas también Políticas Públicas.**

Como tales habríamos aplicado lineamientos valorativos y prescriptivos de conductas en un área social o sectores del Estado, que estarían orientados a clarificar y definir soluciones frente a problemas públicos y particularmente en perspectivas de mediano y largo plazo.

En tal sentido, nuestros objetivos a alcanzar con elementos medibles serían " los resultados."

El establecimiento explícito de objetivos es frecuentemente olvidado o eludido en el proceso de realización de políticas públicas. por eso que nuestro enfoque es más analítico, de cómo es que debe enfrentarse dos cuestiones: qué es lo que se está tratando de hacer y cómo será cuando se haya hecho.

Debido a que generalmente existe una brecha entre el futuro deseado y el futuro esperado, es necesario identificar los factores limitantes más importantes. De

hecho las políticas deben partir de un marco referencial de Problemática (Diagnóstico), Esto (prevenir) Implica trabajar en los mecanismo de la organización pública para reducir oportunidades de corrupción.

A lo largo de esta investigación y análisis de las diversas normas que expondremos a continuación se ha observado que se debe actuar preventivamente, a partir de la idea de que es la forma más eficiente de enfrentar el problema del uso indebido de los recursos y fondos públicos. Resulta fácil, efectivo y menos costoso mejorar los controles. Logrando con ello reducir la ocurrencia de irregularidades

Se debe actuar integralmente. La integralidad, se refiere a dos aspectos básicos. Por una parte, a que el trabajo preventivo no excluye el trabajo correctivo sino que, por el contrario lo incluye plenamente, por lo que es necesario actuar en los dos ámbitos al mismo tiempo. Por otra parte, la integralidad se refiere al hecho de que la lucha contra la corrupción incluye, como hemos dicho, no sólo al gobierno sino a " toda la sociedad".

Otro elemento conceptual que debe inspirar las políticas contra la corrupción debe ser la **defensa de la democracia como sistema político** que "al estar basada en la vigencia plena de las libertades y el imperio de la ley", permite que los actos corruptos sean denunciados y sus responsables investigados y sancionados. Los debates sobre la corrupción sólo son posibles dentro de la democracia.

Elemento importante es el **papel de los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción** "para fiscalizar la actividad pública, para hacer visibles y

transparentes subdesarrollos y ejecutorias, para denunciar sus vicios y sus falencias.”

Lamentablemente, debemos mencionar que en nuestro país se utilizaron al menos 30 millones de dólares para sobornar a propietarios de canales de TV y diarios, que apoyaron incondicionalmente un régimen reciente, por lo tanto este problema esta aun latente en nuestra sociedad, los fondos procederían de entidades públicas, asimismo los “contratos” para el control de los medios de comunicación, serian con dinero del Tesoro Público desviados a su vez de las partidas de defensa. Finalmente se formo una bolsa financiera de dimensiones inauditas contando con la necesaria e imprescindible aprobación del Ejecutivo, según los informes de Procuraduría, es así como en las ultimas décadas del siglo veinte la corrupción se torna mas fuerte.

Es así como, en los últimos años la corrupción llegó a ser SISTEMICA, y es justamente desde el poder político donde se han instrumentalizado utilitariamente importantes espacios institucionales. Como espacios organizativo-institucionales instrumentalizados para el efecto fueron: el Parlamentario; el Judicial; el Militar; el Policial; El Electoral; el Aduanero; el Tributario; el Financiero; de Privatizaciones; de Renegociación de la deuda; de Contrataciones; de Telecomunicaciones; de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano.

Los involucrados en la corrupción llegaron a construir una RED de CORRUPCIÓN que entrelazó no sólo a los ámbitos institucionales del Estado sino que alcanzó a la clase política, a medios televisivos, a medios periodísticos y al sistema bancario - financiero.

La inhabilitación recaída sobre los regímenes autoritarios y varios de sus entonces altos funcionarios. Tras someterlos al procedimiento de acusación constitucional por infringir la Constitución, ser autores y partícipes en numerosos delitos cometidos durante el ejercicio de sus respectivos cargos, ha demostrado finalmente, el enquistamiento de la corrupción.

Debemos señalar que lamentablemente la corrupción política comprendió acciones de penetración y copamiento político del Poder Judicial; y, el Poder Legislativo tampoco se vio ajeno a la red de corrupción, con leyes con nombre o que de un modo u otro se prestaron a que la corrupción siga manteniéndose.

Nuestro aporte, una vez ya ocurrido estos hechos en nuestro país es que los mismos no vuelvan a suceder, para ello la prevención es importante y trascendental. En tal sentido en la exposición, podremos apreciar los motivos, así como las normas que en nuestro concepto podrían tener una relación directa o indirecta con el fomento de la corrupción, a la cual debemos estar en conjunto empeñados en vencer y aniquilar.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La corrupción, como todo fenómeno social, no puede ser comprendida sin considerar la perspectiva histórica. En particular, el origen y la evolución del Estado.

El Estado colonial era un Estado corporativo. La organización política estaba sustentada en el principio que el Rey otorgaba a sus vasallos españoles el poder de administrar el patrimonio conquistado. La conquista de tierras era ratificada

por la conclusión de una "capitulación". Por este acto formal, el Rey otorgaba a los conquistadores el poder de tomar posesión, en nombre de la Corona, de las nuevas tierras y de las personas que las habitaban, de incorporarlas a los dominios del Rey a cambio del privilegio de explotarlas. Estas ventajas eran concedidas por el Rey en contrapartida a los servicios que el beneficiario le había rendido o había prometido rendirle en el futuro. Este debía entregarle al Rey los tributos y ser leal a la Corona. Así, una relación de tipo señor-vasallo se constituyó entre el Rey y los vasallos, la misma que se reproducía en todos los niveles de la jerarquía social.

En efecto, en el marco de esta relación de orden patrimonial, el acceso a todo recurso económico debía ser objeto de un pedido ante una autoridad que tenía el poder de concederlo. Esta concesión era considerada como un favor que debía ser compensado por un servicio de orden personal.

Los funcionarios reales eran convertidos en cuasi propietarios de los bienes que administraban en favor del Rey. El Clero, los miembros de la Inquisición y del Tribunal de Comercio Colonial, los poseedores de minas, los propietarios de inmuebles, los corregidores, consideraban que sus obligaciones públicas eran en realidad derechos privados.

Esta organización del Estado colonial fue el resultado de una larga evolución. Desde el comienzo de la conquista, la Corona buscó delimitar y controlar el poder de los conquistadores que se repartían el botín de la guerra, constituido no sólo por el oro y la plata, sino sobre todo por la tierra de los indios. Los conquistadores se convirtieron en señores feudales. Tenían cierta autonomía con relación a la Corona y un poder absoluto sobre los indios. Constituían un grupo social sólido. De esta manera una sociedad caracterizada por una relación señor-vasallo de honor y aristocracia se reproduce. Pero la armonía aparente que

reinaba entre los conquistadores fue destruida por las guerras civiles, motivadas por la lucha por el poder y los privilegios.

Dicho estado de cosas decidió a la Corona a organizar un poder central representativo de sus intereses y por encima del de los encomenderos. Esta empresa culminó con la fundación del Virreinato del Perú: el poder de los conquistadores-encomenderos fue reemplazado por el del Virrey y los funcionarios.

El poder colonial se consolidó sobre la base de una administración centralizada y jerarquizada. Los encomenderos devinieron "corregidores" de los indios, encargados de administrar justicia y de representar al Virrey en sus jurisdicciones. En tanto que rentistas, los encomenderos orientaron sus actividades hacia la agricultura, las minas y el comercio.

La implantación de la burocracia colonial se explica por la fuerte inmigración de españoles. Cada nuevo Virrey que desembarcaba era acompañado por un grupo numeroso de españoles a la búsqueda de una "encomienda", de un cargo en la administración u otros privilegios. A medida que la Corona monopolizaba el poder y las riquezas (tierras, minas, etc.) se transformaba en distribuidora principal de privilegios y cargos honoríficos. El prestigio social consistía entonces en poseer un puesto en la administración.

Sin embargo, a pesar de la centralización de la administración colonial, los funcionarios locales, los comerciantes ricos, los eclesiásticos, los grandes propietarios de tierras resistían. En efecto, ellos impedían frecuentemente la aplicación de los decretos, ordenanzas y leyes dictadas por la Corona. Compartían con la burocracia colonial las ventajas del principio según el cual la ley se acata pero no se cumple.

Por ejemplo, los corregidores, los administradores, los notarios quedaban fuera de las leyes que limitaban sus derechos; se consideraban, por tanto, propietarios

por el hecho que habían comprado sus cargos. De esta manera, los diversos grupos detentadores del poder, frecuentemente con intereses opuestos, provocaron la privatización del gobierno y la formación de sectores oligárquicos. Estos aceptaban su situación con relación a la monarquía, pero disputaban permanentemente el poder con la administración central mediante el mantenimiento constante de una corrupción generalizada.

En resumen, la estructura política colonial, por su carácter corporativo y discriminatorio, provocó una divergencia de intereses sociales e impidió la formación de una identidad nacional.

A fines del siglo XVIII, según Julio Cotler, el Arzobispo de Michoacán Manuel Abad y Quijó -después de haber señalado que la sociedad colonial estaba formada por españoles bastante ricos e indios, negros y mestizos bastante pobres- afirmó: "Por consiguiente resulta entre ellos y la primera clase aquella oposición de intereses y de afectos que es regular entre los que nada tienen y los que lo tienen todo, entre los dependientes y los señores. La envidia, el robo, el mal servicio de parte de unos; el desprecio, la usura, la dureza, de parte de los otros.

Estas resultas son comunes hasta cierto punto, en todo el mundo. Pero en América suben a muy alto grado, porque no hay graduaciones; son todos ricos o miserables, nobles o infames. En este estado de cosas ¿qué intereses pueden unir a estas dos clases con la primera y a todas tres con las leyes y el gobierno?

La primera clase tiene el mayor interés en la observancia de las leyes que le aseguran y protegen su vida, su honor y su hacienda o sus riquezas contra los insultos de la envidia y los asaltos de la miseria. Pero las otras dos clases, que no tienen ni bienes ni honor ni motivo alguno de envidia para que otro ataque su vida y su persona ¿qué aprecio harán ellas de las leyes que sólo sirven para medir las penas de sus delitos? ¿Qué afección, qué benevolencia pueden tener a los

ministros de la ley que sólo ejercen su autoridad para destinarlos a la cárcel, a la picota, al presidio o a la horca? ¿Qué vínculos pueden estrechar a estas clases con el gobierno, cuya protección benéfica no son capaces de comprender? ».

Una vez instalada la República, el deterioro del orden patrimonial de la Colonia provocó la pérdida de la legitimidad política del grupo social dominante y la destrucción del aparato de producción. Esto reforzó a los grupos de poder local y regional frente al poder central "nacional" bastante débil.

En este contexto, los jefes militares rodeados por pequeños grupos de partidarios ocuparon el primero plano de la escena política. Era suficiente tener un poco de dinero para organizar un grupo armado y hacerse del poder. A lo largo del siglo XIX, se establece un vínculo estrecho entre los grupos oligárquicos y las fuerzas militares. Este fenómeno determinó el perfil político y económico de la nueva República.

La desaparición de la burocracia colonial, la partida de los españoles y la eliminación de los criollos, partidarios de la Corona, dieron lugar al ascenso de las clases medias al poder. El desempleo debido a la parálisis del sector productivo empujó a los sectores pobres a buscar en la actividad militar y política la solución a sus problemas personales. Sus miembros se transformaron en soldados, funcionarios o ideólogos al servicio del caudillo militar en el poder. Desde allí podían obtener ventajas y escalar en la jerarquía social. Al mismo tiempo, los jefes militares buscaron acercarse a la población para ampliar su poder y su base social. Así se reconstituye la relación « señor-vasallo», que era propio del sistema colonial, en tanto base política de la organización social de la República en formación.

Así, el Estado republicano se convierte, igualmente, en un Estado patrimonial basado en la relación personal entre el señor y sus vasallos, entre el Presidente o dictador y los ciudadanos. El tesoro público era administrado y distribuido como

un patrimonio personal. Los beneficiarios recibían estas ventajas en pago de los servicios personales que realizaban en favor de quien detentaba el poder. Uno de los objetivos del nuevo Estado peruano fue la reestructuración de los diversos grupos sociales. Esta orientación se evidenció en la voluntad política de constituir un Estado para todos los peruanos. En realidad, los grupos dominantes, social y económicamente, han utilizado el Estado para realizar una política paternalista caracterizada por la distribución de ventajas pecuniarias, sinecuras y privilegios.

La mayor parte de la riqueza producida u obtenida por el país ha alimentado las arcas de los grupos sociales dominantes. La población en su mayoría no ha recibido más que servicios sociales elementales (sanidad, educación), mediante un sistema burocrático que se ha visiblemente deteriorado. En razón de la crisis económica y política, el Estado no cumplió satisfactoriamente su función tradicional, sobre todo con respecto a los sectores sociales menos favorecidos. No sorprende, en consecuencia, que la mayor parte del pueblo haya considerado al Estado como una entidad que le es hostil o simplemente enemiga.

El Estado es percibido como un botín que es de conquistar y aprovechar. Para los grupos dominantes se trata de continuar gozando de las ventajas que representa controlar el Estado y para las otras clases sociales de utilizar al Estado en su lucha cotidiana por la supervivencia. Una mentalidad utilitaria e inmoral se ha desarrollado, los comportamientos son valorados positivamente en la medida que sean idóneos para alcanzar una ventaja, un privilegio o un provecho cualquiera prescindiendo de las normas sociales o jurídicas. La emancipación no ha constituido, por ende, una ruptura real y profunda con el sistema colonial.

Ante la imposibilidad de describir, aun de manera esquemática, la amplitud e intensidad, actuales, de la corrupción en la sociedad y Estado peruanos, nos limitaremos a señalar algunos de sus aspectos. Respecto a la administración pública y en razón al origen y evolución del aparato estatal, no sorprende que los

empleados y funcionarios públicos sean considerados como personas incapaces de solucionar los problemas nacionales y que actúen frecuentemente motivados por la obtención de beneficios indebidos. Los ejemplos de corrupción en la administración pública son numerosos. Tienen relación con el funcionamiento de las licitaciones y adjudicaciones; la defraudación de los fondos públicos o de los recursos humanos y materiales del Estado, así como con el fraude fiscal.

Un caso notorio de corrupción institucionalizada es el de la administración de justicia. Todo empleado, funcionario o juez es considerado susceptible de ser sobornado. Lo mismo, a todo procedimiento o decisión se le atribuye un precio determinado.

En las zonas rurales, la administración de justicia está estrechamente ligada al poder local. Los campesinos e indígenas no tienen las mismas posibilidades de acceder a la justicia. En la administración de justicia, no se distinguen claramente los pagos ilícitos de los que no lo son; el abogado es un intermediario necesario para encontrar una "solución" y no un auxiliar de la justicia; los peritos son pagados por las partes interesadas ya que el Estado no tiene los medios para hacerlo.

La descomposición moral de la policía es probablemente uno de los hechos que más ha marcado la conciencia social. Actualmente la población tiene la sensación que la policía no cumple su función de proteger a las personas, los bienes y la seguridad pública. En efecto, no solamente ésta es ineficaz sino que sus miembros son con frecuencia autores de delitos graves (tráfico de drogas, robos, secuestros, chantajes, lesiones, homicidios, etc.). Es frecuente, por ejemplo, que los campesinos y comerciantes paguen gratificaciones a los policías para asegurar su protección o evitar amenazas.

La crisis económica, el tráfico de drogas y el terrorismo han agravado la situación. Los bajos sueldos favorecen la corrupción no sólo de los agentes o

subalternos sino también de los mandos superiores. El ejemplo más claro es el de la colusión de oficiales de alta graduación, con malhechores y traficantes de drogas. Estos han logrado infiltrar a la policía así como a otros sectores del Estado.

Esta revisión esquemática, nos permite confirmar que la corrupción es un fenómeno social de orden político y económico. Su explicación no puede hacerse sin indagar sus orígenes en la historia de cada sociedad. No se puede pretender darle una respuesta única.

Esta afirmación evidente nos permite rechazar la idea, bastante extendida entre los juristas y políticos latinoamericanos, que considera al derecho y, en particular, al derecho penal como el instrumento eficaz de lucha contra la corrupción. La elaboración de leyes penales cada vez más severas, las reformas del sistema judicial, resultan siendo al final de cuentas medios tendientes a ocultar una realidad que se desea conservar para mejor aprovechar de ella. Como en el periodo colonial, "la ley se acata, pero no se cumple". La solución es, por tanto, más de orden político y social que jurídico penal.

La corrupción avanza por la conjunción de dos elementos: El Sistema y la Persona.

Sistemáticamente la libertad personal es valorada distintamente.

Mientras que el simple sospechoso de un reciente sonado asesinato es detenido arbitraria, abusiva e ilegalmente, sin mediar orden judicial y sin estar en flagrancia delictiva, trasladándosele de Tumbes a Lima; Por otro lado a un ex Ministro de Agricultura, involucrado en un grave y público caso de corrupción, resulta beneficiado, mediante una cuestionada resolución judicial, que ordena su excarcelación, gratificándolo con arresto domiciliario.

En el primer caso hay un bien jurídico afectado de carácter individual, mientras que el segundo caso se afecta bienes jurídicos colectivos, porque la corrupción

atraviesa transversalmente los derechos humanos. Surge inmediatamente las interrogantes: De la existencia de igualdad ante la ley o resulta mas conveniente, la igualdad ante quienes aplican la ley.

En la aplicación de la ley yace agazapada la posibilidad de corrupción, tanto mayor cuanto más oscura, defectuosa en su texto normativo o cuanto mas discrecionalidad otorga al operador del derecho para su aplicación.

No hay nada o muy poco sobre el factor educativo formativo en el plano axiológico, que es de proyección futura para las nuevas generaciones.

El equipo propone una alternativa inédita, la de detectar normas legales que son fuentes de corrupción, frente a la inveterada costumbre de detectar personas culpables de corrupción.

Corresponde terminar con la práctica simbólica y retributiva individualista y afrontar medidas generales para reivindicar intereses colectivos dañados permanentemente por la corrupción.

3. FACTIBILIDAD:

Para conseguir el éxito del proyecto se hace necesario contar con un estudio de mercado, de ser necesario estudio técnico, estudio de recursos humanos, estudio económico e impacto social

3.1 FACTIBILIDAD OPERATIVA:

Para la el elaboración del presente trabajo, se dispone de los recursos necesarios para llevar adelante el proyecto, esto es, es posible desarrollar el tema por cuanto existen fuentes informativas en las diversas bibliotecas de la ciudad,

así como trabajos de investigación, tesis y revistas obtenidas a través de las páginas web, asimismo, es posible proveernos de estadísticas reales obtenidas de las instituciones pertinentes, no existiendo impedimento alguno, por cuanto se trata de un tema ampliamente desarrollado. Por otro lado, se cuenta con los avances tecnológicos, herramienta necesaria para la obtención de información.

3.2 FACTIBILIDAD TÉCNICA:

Siendo un trabajo desarrollado a nivel de post grado – doctoral, se cuenta con profesionales de amplia experiencia profesional y funcional en sus diversas especialidades, lo que va a permitir el éxito en el proyecto. En tal sentido existe recursos humanos, con las calidades y capacidades necesarias para el cumplimiento del objetivo trazado.

4. OBJETIVOS

1. Identificar en el sistema legal nacional las normas jurídicas más relevantes del periodo 2000-2009, que son fuente de corrupción.
2. Identificar los factores que originan que determinadas normas jurídicas causen la corrupción en el Estado.
3. Contribuir a la eliminación de las normas legales que son fuente de corrupción.

5. JUSTIFICACION DEL PROBLEMA

Conforme a lo manifestado en el planteamiento del problema de investigación al contener una connotación social, económica y política es pertinente desarrollar el presente tema de investigación el mismo que contribuirá en lo que corresponda a darle una mejor solución a los problemas de corrupción en la sociedad; a los funcionarios, servidores y abogados en general a fin de comprender el problema de la corrupción en el Perú.

6. MARCO TEORICO:

Casi todos podemos estar de acuerdo con la idea de que la corrupción es en nuestro país uno de nuestros problemas mayores, un cáncer que carcome nuestra vida pública, privada y social. La corrupción en el Perú ha estado presente desde mucho tiempo atrás y su existencia no depende de niveles de desarrollo, pues, hasta en los países más desarrollados existe; la corrupción convive con regímenes democráticos y no democráticos, en transición o en proceso de consolidación democrática.

La corrupción no es producto de la modernidad ni de la post modernidad, es un problema social de antigua data que no es propio de un país en particular, sino un problema común.¹ Es así que la corrupción a lo largo de la historia se desarrolla en la medida en que el sistema imperante para cada sociedad en particular, le era propicia, para ser más concretos:

¹ RIOS Gino – Conferencia "Corrupción, Democracia y Derechos Humanos"

La Edad Media, se desenvuelve a través de un sistema político, económico y social: **el feudalismo**, en el que la corrupción halla un caldo de cultivo perfecto para su pleno desarrollo. Políticamente el medioevo se caracterizó por la debilidad de las instituciones, la tensión entre el poder del monarca y el de la nobleza y un orden jurídico complejo en su contenido (pues mezcla normas del antiguo derecho romano con reglas consuetudinarias del derecho germánico) e incapaz de crear un auténtico clima de seguridad jurídica porque su aplicación quedaba en manos de una aristocracia sanguínea a veces, burocrática, otras, dotada de poderes cuasiabsolutos.

Socialmente, el periodo medieval se caracterizó por la desaparición del viejo sistema romano, que distinguía entre el *status familiae*, *status libertatis* y *status civitatis*, y su sustitución por un modelo social rígidamente jerarquizado e intrínsecamente injusto, sin más atenuación que las prevenciones del cristianismo – extendido ya por toda Europa - y la aparición de una incipiente burguesía en las ciudades, a salvo de la arbitrariedad de los señores feudales.

Con la Revolución Francesa se generaliza la puesta en práctica de algunas ideas que ya se habían venido estudiando los pensadores políticos de la etapa anterior. La soberanía se trasladó de los príncipes a los ciudadanos, el poder se divide en partes, y la ley, como expresión de la voluntad general, vincula por igual a los particulares y a las autoridades públicas. Se produce, por tanto, un auténtico cambio de escenario que hace posible que el modelo de Estado propio del antiguo régimen sea sustituido por un nuevo sistema político, el **Estado liberal** que tras no pocas vicisitudes, acaba desembocando – ya en el siglo XX – en el **Estado social y democrático de derecho**. Todas estas trascendentales alteraciones políticas influyen en la corrupción decididamente.

Lo que la Historia nos dice de la corrupción, de acuerdo con lo expuesto, es en apretada síntesis: Que es inherente al ser humano, que no tiene fronteras, que no distingue épocas, pero, y esto es lo más importante, que no actúa con igual comodidad en todos los sistemas políticos, económicos y sociales. Como ya hemos anticipado, cuanto mayor es la legitimación democrática de las instituciones, menores las desigualdades en la distribución de la riqueza y mayores las garantías de protección de la libertad de empresa en una economía de mercado, más difícil resulta que la corrupción sobreviva a los múltiples controles que tienen la misión de hostigarla.

Es evidente que la corrupción es un fenómeno multidimensional, por tanto complejo, en razón de las diversas caras, grados (corrupción poco frecuente, generalizada y sistémica) y niveles (de acuerdo a las reglas y en contra de las reglas) del mismo, que varía en el tiempo y en el espacio.

La corrupción encuentra un gran obstáculo, cuando existe un marco normativo eficiente y eficaz, que contemple instituciones para el combate a la corrupción, además de una cultura cívica.

La problemática de la corrupción social se presenta a dos niveles: El Fáctico y el Teórico. El primero referido a su avance cuantitativo y cualitativo en el mundo con las graves consecuencias que conlleva y, el segundo, relacionado a las serias limitaciones teóricas que hay en su posible tratamiento científico, desarrollando a continuación cuáles son esos problemas. Consideramos que el fenómeno de la corrupción es muy complejo para ser analizado solamente en términos de ausencia o presencia de normatividad social, por un lado, o de observancia o

inobservancia de normas existentes, por otro. Existen algunas teorías que buscan dar respuesta a este fenómeno, desde el ámbito de la sociología y la criminología.

En ese sentido, y tomando en cuenta que nuestro análisis del tema va dirigido a desentrañar y a identificar las causas u orígenes que generen la corrupción a través de la propia legislación, es decir, que ante la existencia de normas que obstruyen en algunos casos, limitan o anulan su cumplimiento en otros, se evidencia un marcado desprecio por la norma por parte del propio Estado (Legislativo - Ejecutivo), generando la necesidad de encontrar soluciones, sin olvidar que para ello es fundamental conocer las diversas teorías que existen en el amplio universo de la corrupción, es así que pasamos a exponer algunas teorías que nos van a servir para construir una nueva que sea eficaz para nuestro propósito.

La teoría de la anomia: El término "anomia" se refiere a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca, entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social.² Durkheim es el primero que desarrolla, desde un punto de vista criminológico, la teoría de la anomia, replanteando posteriormente su contenido, el sociólogo norteamericano Robert Merton.

Merton parte de la misma idea propuesta por Durkheim en el sentido de que el delito es un fenómeno social normal, aportando a esta teoría un concepto fundamental: La ruptura entre fines sociales y medios para alcanzarlos...³.

² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Supra nota 3, p.510.

³ MERTON propone su teoría en 1938 en un trabajo titulado "Estructura social y anomia: revisión y ampliación", que se publicó en el *American Sociological Review*-3, páginas 672 a 682. García-Pablos. Antonio Supra nota 3, p.515

Respecto a la estructura cultural, la define como el contexto organizado de valores normativos que gobiernan el comportamiento de los miembros de una determinada sociedad y grupo - al proponer una teoría general del comportamiento desviado, señalando que su primer propósito "...es descubrir cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista...".⁴

La Teoría Institucional: Para esta teoría las instituciones son todas las reglas que controlan nuestro comportamiento, formal o informal, establecido conscientemente. Una de las partes esenciales de las instituciones que en estas definiciones no es establecida, pero se sobreentiende, es su característica de duración ya que es esto la que las hace tan difíciles de transformar o cambiar. Como señala Robert Keohane, para ser institucionalizadas las reglas deben ser perdurables.

La aproximación institucional señala que la falta o debilidad de las instituciones proporciona oportunidades o incentivos para comportarnos corruptamente.⁵ Por lo tanto en los países con mucha corrupción podemos encontrar algunas o muy pocas instituciones de apoyo. Al mismo tiempo, la corrupción se desarrolla entre los funcionarios públicos cuando los intereses individuales se contraponen a los de sus deberes con la comunidad.

Con el objeto de prevenir que el poder político sea utilizado de forma negativa y que la corrupción crezca, la **teoría institucional** señala que la gente tiene que ser capaz de expresarse por medio de procesos democráticos.. Al mismo tiempo si

⁴ . MERTON, Robert. Supra nota 35, p.140-141

⁵ KEOHANE Robert O. "Internacional Instituciones: two Approaches, "Internacional Studies Quaterly 32 N° 4 (December1988) 384.

las estructuras políticas no están funcionando, dicha situación provoca que la sociedad civil al igual que las empresas caigan en la corrupción para agilizar sus procesos burocráticos y los funcionarios públicos no teman ser acusados por acciones ilícitas.

El aporte de estas dos teorías en nuestro trabajo resulta interesante, toda vez que desde el punto de vista criminológico, la teoría de la anomia nos permite entender como la inadecuada integración entre la estructura cultural (conducta) y la estructura social (que impide la conducta), permite el quebrantamiento de las normas, propiciando la corrupción y provocando estados de vacío o carencia de normas; por otro lado, la teoría institucional nos aclara que la falta o debilidad de las instituciones propician o incentivan comportamientos corruptos, señalando que en los países en vías de desarrollo en donde existe una alta burocracia, provoca que los funcionarios públicos no realicen esfuerzo alguno para realizar el trabajo de forma eficiente o como parte de sus obligaciones, no obstante, conviene discrepar en este punto, dado que, la corrupción encuentra campo propicio en países desarrollados, en las más altas esferas del poder económico, político y social, siendo quizá, la más peligrosa, si tomamos en cuenta no el interés particular del país en concreto, sino los intereses del mundo globalizado.

El sistema jurídico, en el entendido que regula el comportamiento de los individuos en una sociedad en particular, ya sea a través de las normas jurídicas u otras normas no jurídicas, giran en torno a los presupuestos de contenido mínimo y complejidad mínima; en el caso de las disposiciones jurídicas estas deberán descansar en los requerimientos de claridad, simplicidad en su exposición, evitando en lo posible, las ambigüedades, los entrampamientos que

son un caldo de cultivo para la corrupción; esto es, la propia normatividad genera en muchos casos, la corrupción.

Para concluir debemos considerar que para que la gente siga las leyes, éstas deben de ser justas y seguir las normas de la sociedad. En todas las sociedades existe un sistema de instituciones que regulan el comportamiento de los individuos.

Cuanto más fuerte y consolidada está la democracia en un país, más legitimación tienen sus instituciones y más eficacia sus mecanismos de control del poder. De ello se deduce que a mayor calidad y cantidad democrática, menor corrupción.

6.1 MARCO CONCEPTUAL

Es así que, se hace necesario el conocimiento de algunos conceptos básicos estrechamente ligados con el tema propuesto, con la finalidad de que dirijan o encausen los lineamientos sobre los cuáles se basa el presente trabajo para llegar a la fundamentación de la hipótesis propuesta:

Ética y Moral: En el habla corriente, ética y moral se manejan de manera ambivalente, es decir, con igual significado. Sin embargo, analizados los dos términos en un plano intelectual, no significan lo mismo, pues mientras que "la moral tiende a ser particular, por la concreción de sus objetos, la ética tiende a ser universal, por la abstracción de sus principios". No es equivocado, de manera alguna, interpretar la ética como la moralidad de la conciencia. Un código ético es un código de ciertas restricciones que la persona sigue para mejorar la forma de comportarse en la vida. No se puede imponer un código ético, no es algo para imponer, sino que es una conducta de "lujo". Una persona se conduce de

acuerdo a un código de ética porque así lo desea o porque se siente lo bastante orgullosa, decente o civilizada para conducirse de esa forma.

Corrupción: Los diccionarios contemporáneos indica que la corrupción deriva del latín *corrompere* (romper juntos) y tiene distintas acepciones: descomposición, degradación depravación, perversión de la rectitud o de la fidelidad adulteración pérdida de la inocencia por seducción o por violación⁶. Se puede entender a la corrupción como los comportamientos llevados a cabo por una persona o por un grupo de personas, que se consideran como transgresores de las normas sociales. El hecho de que exista variabilidad dentro de las normas sociales hace que la calificación de un concepto como corrupto dependa y esté ligada al momento histórico.

La definición más aceptada es la más simple: el uso indebido del poder público para beneficio privado.

Estado: Aún no conocemos con exactitud el origen de la palabra Estado, desde el punto de vista jurídico – político, pero si podemos afirmar que equivale a la Polis o ciudad – Estado de los griegos. No es sino hasta la Edad Media, cuando por primera vez surge el nombre *statu*, estado, término tomado y sostenido por Maquiavelo, surge en paralelo a la idea de soberanía y etimológicamente supone la plasmación estática de ésta. Es decir, representa la formalización de una autoridad permanente y pública que domina, por el interés general, un espacio territorial cerrado y a las personas que en él viven. Los elementos del Estado son: Pueblo, territorio y poder. Ahora podemos decir que el Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un

⁶ Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua *corrupción* significa: acción y efecto de *corromper*; alteración o vicio en un libro o escrito; vicio o abuso introducido en las cosas no materiales (corrupción de costumbres, de voces) y, en las organizaciones especialmente en las públicas práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho económico o de otra índole de sus gestores.

poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes ⁷.

Fines del Estado

El fin del estado, lo que podemos visualizar desde una perspectiva tridimensional o tridimensional. Es decir:

Desde el orden de la realidad de los comportamientos políticos. En la política como actividad que se despliega a través de conductas de gobernantes y gobernados, todo lo que se hace se hace para alcanzar un fin al término de la actividad, habiéndolo imaginado, deseado y propuesto primero y antes en la intención.

Desde el orden de las normas jurídicas: El fin del estado aparece descripto y formulado mediante normas sean estas escritas o no. La constitución del estado contiene la descripción de sus fines.

Si tomamos una constitución formal o escritura como la nuestra, el fin es enunciado fundamentalmente en el preámbulo, afianzar la justicia, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad, consolidar la paz, promover a la defensa común..

En el orden del valor de la justicia:

El fin a que debe ajustarse el estado para ser justo es el bien común o la realización del mismo valor justicia.

El estado – cada estado empírico – debe promover el bien de la comunidad, la buena convivencia, justamente ordenada en beneficio de los hombres. Es fin es propuesto por el derecho natural, es el derecho que naturalmente tiene el estado y al que ha de dar acogimiento para no incurrir en desviaciones injustas.

⁷ Andrade Sánchez, Eduardo: "Teoría General del Estado, editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, D.F. año 1987.

Estado de Derecho: El *Estado de derecho* – o *Rule of law* – está estrechamente ligado al concepto de Estado moderno, el cual se centra en los intereses de la *colectividad*, de su población en su conjunto. El objetivo de dicho Estado es ofrecer condiciones estables y favorables al desarrollo de todos los seres humanos que se hallan en su territorio. El concepto de Estado de derecho garantiza esas funciones públicas y trata de evitar los abusos que pueda engendrar el monopolio del poder estatal en interés de élites políticas y sociales.

7. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS:

1. Existen en el sistema jurídico nacional normas que generan corrupción.
2. La deficiencia, oscuridad y ambigüedad de algunas normas en nuestro sistema jurídico, son factores de corrupción.
3. El ejercicio arbitrario de la discrecionalidad por parte de algunos funcionarios públicos en la aplicación de las normas jurídicas, son un factor adicional causante de la corrupción.
4. La ignorancia de los ciudadanos de las lenguas nativas, respecto de las normas jurídicas cuya vigencia está condicionada a su publicación en el diario oficial el peruano, constituyen otra fuente legal de corrupción.
5. Es indispensable expulsar del sistema jurídico las normas que generan corrupción.

8. VARIABLES

8.1 Variable Independiente

La complejidad y diversidad del fenómeno de la corrupción.

8.2 Variable Dependiente

La democracia que comporta el control y fiscalización de los actos poder.

8.3 Variable Interviniente

La indiferencia de las autoridades respecto a las normas que causan corrupción.

9. TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN o COLECCIÓN DE DATOS:

Para el desarrollo del tema la primera Técnica que utilizaremos es la Encuesta que tiene como propósito conocer o medir lo que piensa la población sobre el fenómeno de la corrupción.

Las preguntas son las siguientes:

1. ¿Considera que la corrupción es el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr su desarrollo?
 - A) SI
 - B) NO
 - C) NO SABE, NO OPINA

2. ¿Sabe usted que así como hay personas culpables de corrupción, hay también normas jurídicas que son fuente de corrupción?

A) SI

B) NO

C) NO SABE, NO OPINA

3. ¿Quién cree que sean los responsables de la existencia de fuentes legales de corrupción?

A) PODER EJECUTIVO

B) PODER LEGISLATIVO

C) NO SABE, NO OPINA

4. ¿En qué sector o institución de la administración pública considera que existen más fuentes legales de corrupción?

A) POLICIA NACIONAL

B) PODER JUDICIAL

C) NO SABE, NO OPINA

5. ¿Podría usted decir algún ejemplo de fuente legal de corrupción?

A) IMPOSICIÓN DE MULTAS ADMINISTRATIVAS

B) IMPOSICIÓN DE PAPELETAS DE TRÁNSITO

C) NO SABE, NO OPINA

6. ¿Cree usted que la formulación de denuncias frente a los actos de corrupción resulta efectiva?
- A) SI
 - B) NO
 - C) NO SABE, NO OPINA
7. ¿Qué factores influyen en la no denuncia de los actos o fuentes legales de corrupción?
- A) DESCONOCEN LOS TRÁMITES
 - B) NO CREEN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - C) NO SABE, NO OPINA
8. ¿Considera que sería necesario reformar las instituciones o sectores percibidos como más corruptos?
- A) SI
 - B) NO
 - C) NO SABE, NO OPINA
9. ¿Considera usted que es necesaria una reforma del Estado para ganar eficiencia, calidad en la prestación de servicios y competitividad?
- A) SI
 - B) NO
 - C) NO SABE, NO OPINA

10. ¿Cree que debería fortalecerse el Sistema Nacional de Control?
- A) SI
 - B) NO
 - C) NO SABE, NO OPINA

La segunda Técnica es la Entrevista que se ha dirigido a determinadas personalidades de las áreas ejecutiva, legislativa y judicial, que han sido interpretadas de tal manera que se han obtenido conclusiones valiosas.

Las preguntas son las siguientes:

1. ¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?
2. ¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?
3. ¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la Lucha contra la Corrupción?
4. ¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?
5. ¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?

6. ¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invaluable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?

SEGUNDA PARTE

1. FINES DEL ESTADO:

El fin del Estado es el bien común, o sea el bien de la colectividad. Consiste el bien común en un orden de cosas, en un conjunto de condiciones sociales que favorecen el desarrollo de la personalidad. Es el medio social propicio para que el hombre se realice.⁸

Los fines son visiones interiores de un orden venidero, las que un individuo propone a los demás con la intención de compartirlas como convicciones que reúnen el actuar de cada una. Su validez no es objetiva, en el sentido de que exista más allá de la comunicación y el intercambio de la experiencia entre sujetos, sino en todo caso, intersubjetiva, porque una finalidad propuesta sólo se afianza cuando resulta razonable, motivadora y organizadora de la praxis social. Esto quiere decir que al hablar de fines entonces abrimos una dimensión de significados propia de la esfera del actuar humano. En sentido estricto, sólo el mundo social tiene fines.

Cuando hablamos de fines del Estado se hace referencia a que toda colectividad humana que ha llegado a conformar una organización social, política y jurídicamente constituida en Estado, tiene ineludibles fines que realizar. Entonces diremos que los fines del Estado constituyen “el para que existe, su razón de ser, la misión que debe cumplir, su justificación histórica”.

⁸ FERRERO, Raúl “Teoría del estado”. Universidad Católica del Perú, Librería Studium S.A.

1.1 EL ESTADO COMO FINES EN SÍ MISMO:

Haciendo remembranza Aristóteles señala: “la fabricación de arreos de montar tiene su finalidad en el arte de la equitación, ésta tiene a su vez su meta en servir bien a la estrategia y la estrategia a la política, que es la actividad por la cual los ciudadanos realizan su asistencia libre como miembros de una polis que se da sus propias leyes”. Entonces podemos decir que para los antiguos griegos, la vida ciudadana en la polis es un fin en sí, ella misma es la felicidad por la cual se persiguen todos los demás fines. En la época moderna se comprendería que todos y cada uno de los ciudadanos, al integrarse a la asamblea soberana y los cargos públicos, se vuelven capaces de tomar las riendas de las circunstancias que rodean a la comunidad política, de manera que las condiciones materiales y sociales actúan para bien de esa misma capacitación individual, entonces si hablamos desde el punto de vista de nuestras sociedades funcionalmente diferenciadas y complejas se ha vuelto muy difícil comprender la idea patriótica como una posibilidad latente para nosotros; así tenemos que tender a concebir por separado al Estado como fuente de sus propios fines y a los individuos como sujetos de derechos inalienables.

Cada vez que se realiza, aunque sea tentativamente la concepción del Estado como una comunidad política que es un fin en sí misma y produce sus propias metas, se está reconociendo al mismo tiempo la validez universal del principio que obliga a tomar en cuenta el punto de vista de cada persona afectada por el poder de dicha comunidad. Cuando hacemos referencia al fin del Estado estaremos haciéndolo al fin común que es tanto más poderoso como visión compartida, cuanto más receptivo hacia la diversidad de los puntos de vista; entonces el concepto de los fines del Estado recoge la concepción antigua de que

la comunidad política de sus propios fines en el mismo proceso en que los ciudadanos alcanzan la plenitud de sus capacidades.

Al hacer referencia a los fines del Estado se hace referencia a que son argumentativos, porque se apoyan en razones presentadas por sujetos que aspiran a despertar su aceptación libre por parte de los demás participantes en el debate, quienes se darán por convencidos sólo si el fin propuesto les parece racionalmente aceptable para todos los demás sujetos afectados por las políticas que se derivan de dichos fines, también se puede hablar de fines históricos, pues resultan de una autointerpretación colectiva de la comunidad política en su devenir. Así mismo sus fines se caracterizan por ser estratégicos en el sentido de que se pueden alcanzar gradualmente mediante una serie de metas intermedias que permiten la división del trabajo y la interacción positiva entre procesos paralelos. También podemos decir que según su contenido los fines del Estado son de dos tipos: fines rectores o políticos, los que señalan metas de formación de la voluntad ciudadana y fines potenciadores, los que conducen a asegurar o conseguir condiciones propicias para el desarrollo de las capacidades de las personas.

Hans Kelsen⁹, en su obra *Teoría General del estado* señala que la cuestión en torno a los fines que deben perseguirse con el instrumento técnico facial "Estado" es una cuestión política que cae fuera de los márgenes de la teoría general del mismo. Ésta lo considera como fin en sí, lo cual no puede significar la afirmación de que el Estado carezca de fin, sino únicamente que prescinda de preguntarse cuál es ese fin. Así mismo este autor hace mención de un fin limitado

⁹ KELSEN, Hans "Teoría General del Estado". Editora Nacional, 1959.

y de un fin expansivo del Estado, aludiéndose con esto a la restricción o a la ampliación de la competencia estatal.

Entonces al hablar de finalidad del Estado podríamos hacer mención que el Estado también tiene un fin jurídico y un fin cultural; hablando de fin jurídico que es el de garantizar o proteger el Derecho y hablar de un fin cultural es señalar que regula la actividad industrial de los ciudadanos, cuida de su salud y educación, en una palabra, persigue fines de cultura.

En conclusión se dirá que el bien común es el fin supremo del Estado, considerado como una situación ideal por alcanzar, a fin de propiciar la plena realización de la persona humana, así se concibe el bien común como una situación ideal caracterizada por un alto grado de progreso y perfección de la sociedad. Sólo así se logrará la plena realización de la persona humana que integra la sociedad.

2. ESTADO DE DERECHO Y CORRUPCION

Actualmente vivimos en el cieno: el faenón, la aceitada, el atraco, el cohecho, el embute, una serie de nombres se han inventado para calificar esta práctica inmoral (la corrupción). La justicia Hay que comprarla. Primero al policía, luego al fiscal, al alcalde, al congresista, a los ministros y así a todo aquel que posea poder de decisión o influencia. Las autoridades pueden actuar como asaltantes, y con mayor impunidad, precisamente por ser autoridades. Pueden robar, humillar, someter y seguir en el cargo. Ni todas, ni siempre, lo hacen, lo cual le da eficacia al abuso, toda vez que es selectivo, queda al arbitrio de la autoridad: No vivimos

en el régimen carcelario de Castro, ni en la dictadura de Pinochet, sino en un régimen de derecho sujeto a excepciones selectivas. No vivimos en un Estado de excepción, pero tampoco en un Estado de derecho sin excepción. En esto, pero no en aquello; aquí, pero no allá; con este, pero no con aquel; esta vez, pero no todas; rige la arbitrariedad, disfrazada de cumplimiento de la ley; como apuntaba con acierto Gabriel Zaid.

Existen estudiosos de la corrupción, que se han preocupado de realizar encuestas con desgarradores resultados como que aproximadamente el 39% de los encuestados considera que es más conveniente "arreglarse" con las autoridades que cumplir con las leyes; el 38% está de acuerdo con la frase "un político pobre es un pobre político"; un tercio aprueba la frase "el que no tranza no avanza"; el 25% está de acuerdo en que funcionarios se aprovechan del cargo; 43% consideras que para ascender en el gobierno hay que ser corrupto; 52% aprueba que se ayude a parientes y familiares si se está en un alto cargo de gobierno; 40% está de acuerdo con la idea de que, "más vale tener dinero que tener la razón".

Los hechos de corrupción que a diario se destapan, vienen a confirmar que las actuales democracias conviven con permanentes actos de corrupción, corresponde señalar que el propósito del presente trabajo no es debatir en torno a las cifras, ni ofrecer un acercamiento económico o social al problema de la corrupción sino mas bien desde el punto de vista filosófico, para tratar de entender esta pandemia de ausencia de ética.

Lo primero que debemos considerar con respecto a la naturaleza de la corrupción es que se trata de un fenómeno que se presenta con carácter permanente, esto es

“la corrupción es algo que existe siempre, cualquiera sea el sistema político y el tiempo.

La corrupción no es un fenómeno privativo, exclusivo, de los regímenes dictatoriales o autoritarios, ésta también existe en los países democráticos y no por que exista en ellos dejará de haber democracia. Jesús Gonzales Amuchástegui señalaba que son términos compatibles “Democracia y corrupción, al igual que democracia y prevaricación, democracia y asesinato o democracia y terrorismo. Existen problemas estructurales y coyunturales referidos al problema de la corrupción.

Los problemas estructurales tiene que ver con un tránsito democrático exitoso sin que se hayan cambiado las correlaciones e fuerzas ni cambiado a las instituciones de la nueva democracia; Los problemas de coyuntura, se relacionan con la dificultad de ponerse de acuerdo entre las diferentes facciones para sacar adelante reformas que el país necesita.

Los casos de políticos corruptos, desde todo punto de vista reprochables y sancionables jurídicamente, son compatibles con la democracia. Entender esto quizás nos prevenga contra aquellos fatalistas que ante casos de corrupción “niegan la legitimidad de las instituciones democráticas y proponen soluciones al margen de los cauces democráticos, o bien, contra aquellos fatalistas que ante casos de corrupción “niegan la legitimidad de las instituciones democráticas y proponen soluciones al margen de los cauces democráticos”, o bien, contra aquellos que con vocación justiciera y mesiánica se presentan como capaces de erradicarla fulminantemente. **Karl Popper** afirma que: ***“Los políticos son seres que suelen estar por debajo de la media intelectual y moral de una sociedad. Normalmente no se puede ni se debe esperar gran cosa de ellos. Por eso no hay que idealizarlos. Y por eso, también, la democracia no se***

debe definir como el gobierno de los buenos ni de los mejores, sino como el régimen que permite a un pueblo deshacerse pacíficamente de sus gobernantes”.

Entender que la corrupción es un fenómeno permanente es entender que no es privativa de aquellos regímenes políticos no evolucionados o desarrollados; La premisa de que cuanto mayor sea el grado de desarrollo o de modernización de una sociedad política, tanto menor será el grado de corrupción **resulta falsa** toda vez que en los países altamente industrializados, los casos de corrupción han resultado mucho más escandalosos.

La corrupción está vinculada lógicamente a un sistema normativo, es decir, a un conjunto de reglas vigentes que regulan la práctica social. Y puesto que tal conjunto de reglas puede especificarse con respecto a diferentes ámbitos de aplicación, religiosos, jurídicos, políticos, empresariales, universitarios, deportivos, etc. Entonces se puede hablar de sacerdotes, empresarios, universitarios, deportistas, abogados y, por supuesto, de políticos, corruptos. La corrupción no es, entonces, un fenómeno solamente político ni tampoco requiere para existir que alguien ocupe una posición oficial de autoridad.

Es de suma importancia para entender el fenómeno de la corrupción que se vea la diferencia entre la violación de un sistema de reglas morales con pretensiones de universalidad. Este último funciona como un sistema normativo crítico y justificante del sistema de reglas vigente. La idea de que un buen político, termina siendo la idea de un político corrupto, astuto y virtuosamente maquiavélico:

En los fenómenos de corrupción es necesaria la presencia de una autoridad o de un decisor, entendiendo por tal todo agente con capacidad para tomar decisiones

y cuya actividad esté sujeta a determinados tipos de deberes. Lo característico de la corrupción es que implica la violación de algún deber por parte de un decisor, y por tanto de un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema de reglas que tal decisor asumió voluntariamente. El reproche que merezca tal deslealtad, dependerá de la calidad moral del sistema de reglas vigentes. La lealtad no es, entonces, un valor per se sino relacional. Ser un individuo leal a un decisor corrupto convierte a tal individuo en un corrupto más, en un cómplice de la corrupción.

Todo acto corrupto es un delito participativo en el que una de las partes intenta influir en el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema de reglas vigente. Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de corrupción: el soborno y la extorsión. Se soborna a un decisor cuando se le otorga un beneficio para que viole su obligación y se es extorsionado cuando se le otorga a un decisor un beneficio para que cumpla con su obligación, aquellos decisores que requieren de un estímulo extra para el cumplimiento adecuado de sus deberes son "extorsionadores encubiertos".

Para que cumpla con su obligación. Bien vistas las cosas, aquellos decisores que requieren de un estímulo extra para el cumplimiento adecuado de sus deberes son "extorsionadores encubiertos".

Ahora bien, el corrupto suele desear conservar su puesto en el sistema de reglas vigente, ya que es ese puesto el que le permite obtener tanto su remuneración regular como la ganancia adicional fruto del acto de corrupción. Pero como la ganancia adicional sólo puede obtenerla violando sus deberes y, por tanta, socavando las bases de su propio puesto, la actividad del corrupto tiene siempre un efecto destructivo con respecto al sistema de reglas vigente. El conflicto del corrupto se traduce, entonces, en aprender a conciliar la existencia simultánea del

sistema de reglas vigente con su propio subsistema de corrupción que le reporta grandes provechos.

Y ¿cómo logra este objetivo? Básicamente de dos maneras complementarias: a) adhiriendo retóricamente al sistema de reglas vigente; b) creando una red de complicidad entre los beneficiarios del subsistema de corrupción, las famosas “camarillas”. La adhesión retórica se caracteriza por un discurso público de adhesión formal a las reglas del sistema; las complicidades procuran el silencio, el disimulo, con un numero cerrado de miembros que garanticen la funcionalidad del sub sistema. Por ello tiene razón John Elster al afirmar que: aun cuando todos sepan que existe prácticas corruptas, la necesidad de mantenerlas en secreto impone un límite a su extensión. UN exceso de glotonería, es, por definición, suicida para la corrupción. El “buen” corrupto, entonces, debe aprender a mantenerse en la clandestinidad y simular su adhesión a las reglas del sistema, “aun cuando todos sepan que existen practicas corruptas”, Un corrupto descubierto o pillado es un mal corrupto: glotón, ineficiente y torpe.

La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna a quienes extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado.

La corrupción es más susceptible de florecer en contextos en los que las decisiones públicas se toman en régimen de cuasi monopolio, y sin mecanismos estrictos de rendición de cuentas, entonces podríamos estar de acuerdo con la ecuación básica de la corrupción: “Corrupción es igual a monopolio de la decisión pública menos responsabilidad (en el sentido de dar cuentas) por la decisión pública”.

La corrupción se da única y exclusivamente porque un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta; esta es la razón por la que siempre existirá la corrupción ya que no existe sistema de control alguno posible, eficaz para impedir totalmente una acción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o antídoto tendrán mucho más fuerza si se desarrollan como valores internos al individuo como la educación, convicciones. Desde un punto de vista liberal, por el cual los individuos son entendidos como agentes morales racionales, con capacidad y/o ejercicio de de sus autonomía personal, debe rechazarse cualquier análisis de las causas de la corrupción que finalizara en la exposición en la exposición de las causas genéricas y específicas. Si un individuo incurre en prácticas corruptas, no es únicamente por la falta de competitividad en una economía de mercado, o bien porque la organización burocrática sea radicalmente ineficiente o que los decisores gocen de amplios márgenes de discrecionalidad. Si se realizan acciones corruptas es porque, finalmente, un individuo decide realizar una conducta deshonesta con pleno conocimiento de sus consecuencias. ***No se nace corrupto, se elige ser corrupto.***

El freno Institucional contra la corrupción en un Estado democrático de derecho son el imperio de la ley y la responsabilidad de los funcionarios públicos bajo el principio de publicidad.

Respecto del imperio de la ley, no puede concebirse la idea de un Estado de derecho sin la existencia de tal imperio. El Estado de derecho es aquel cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley; un gobierno de las leyes que hace posible la seguridad y la certeza jurídicas.

La estructura interna del principio de imperatividad de la ley impone a las normas jurídicas las siguientes exigencias:

En cuanto a la autoridad que emite las normas, debe hallarse facultada para hacerlo por una norma jurídica de competencia.

Las normas jurídicas deben ser generales, es decir, sus destinatarios deben ser identificados por rasgos generales y no mediante aspectos particularizados o definidos. La generalidad de las leyes se justifica reconociendo un principio ético fundamental, el de la imparcialidad.

Las normas jurídicas deben ser prospectivas y no retroactivas; estables pero no inmutables en el tiempo.

Las normas jurídicas deben ser claras y transparentes. La claridad excluye el uso deliberado de expresiones de gran vaguedad, tipos penales abiertos o conceptos indeterminados que solo contribuyen al incremento desmesurado de la discrecionalidad, potencialmente adversa a la seguridad ciudadana.

El principio de transparencia de las leyes es requisito indispensable para el desarrollo de un proyecto de vida personal confiable.

La práctica de publicidad de los actos de gobierno es una de las exigencias internas más relevantes de un Estado de derecho.

En un Estado democrático de derecho, todo ciudadano debe tener acceso a la información que le permita ejercer el derecho de control de los funcionarios públicos y participar en el gobierno como un verdadero elector.

Desde el punto de vista interno del individuo, el antídoto a las acciones corruptas tiene que ver con la educación y con las convicciones morales orientadas por un sentido de honestidad, decencia y justicia, desde el punto de vista institucional, solo un Estado democrático de derecho, pese a sus claras limitaciones, es el sistema político que mejor combate la corrupción.

3. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE PAZ SOCIAL:

3.1 FINES DEL DERECHO:

Previo a proceder a analizar el presente capítulo, es de tener presente cuales son los fines del Derecho. Entre los fines del derecho, se tienen los siguientes: la paz, la seguridad jurídica y la justicia.

La paz: El derecho debe buscar que las relaciones entre sus miembros discurran habitualmente sin violencia y donde cada individuo está protegido con la agresión de los demás. El derecho ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora. "Un sistema jurídico es un mecanismo de paz social y es difícil imaginar un Derecho que no persiga aquella finalidad"¹⁰.

La seguridad jurídica: Hay seguridad jurídica cuando el Derecho protege de forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna. La concepción de la seguridad jurídica va unida a dos ideas claves: la concepción liberal del Estado y la doctrina del "Estado de Derecho". El Estado liberal considera su misión primordial asegurar la libertad de los ciudadanos frente al Estado mismo. En cuanto al Estado de Derecho se entiende por tal en el que el ejercicio del poder en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguran las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo. Lo que caracteriza por tanto el Estado de Derecho al menos en su concepción originaria, es esa limitación del poder estatal en beneficio del conjunto de derechos reconocidos al ciudadano, que son considerados no como una graciosa concesión de la ley, sino como verdaderos derechos "naturales" anteriores y superiores al Estado, puesto que éste justifica

¹⁰ Allan Arburola. Derecho. Los fines del Derecho. En: www.mailxmail.com/curso-derecho-conceptos/derecho-fines-derecho.

precisamente en la medida en que los ampara y los hace efectivos. La seguridad jurídica en su más amplia acepción se convierte así en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho.

La justicia: Justicia quiere decir tratamiento igual de los iguales. La realización de la justicia exige que dos situaciones en las cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica. Para Platón si partimos del supuesto de que habrá siempre diferencias y desigualdades naturales entre los hombres, es posible constituir un orden social que tome en cuenta esas diferencias y desigualdades y haga de ellas la piedra angular del edificio social. Un orden social de este tipo es el que contemplaba Platón en su República ideal. Platón profundamente convencido de la desigualdad natural de los hombres, a la que consideraba como una justificación de la existencia y reconocimiento de las clases sociales.

De acuerdo con Aristóteles, la justicia exige que los iguales sean tratados de igual manera, lo que significaba que los bienes de este mundo deben ser distribuidos siempre entre los ciudadanos proporcionalmente al mérito; significa también que el Derecho debe mantener esta justicia distributiva de bienes en contra de toda clase de violaciones. Correspondiendo ésta doble función a la justicia, según Aristóteles dos clases de justicia:

Denomina a la primera justicia distributiva. Corresponde al legislador y consiste en asignar derechos públicos y privados a los ciudadanos conforme al principio de igualdad. Cada individuo debe recibir lo que se le debe en virtud de su contribución al bien común. Deben darse cosas iguales a los iguales y cosas desiguales a personas desiguales, midiendo a todas las personas con arreglo a su mérito. La igualdad lograda por la justicia distributiva es así una igualdad relativa proporcionada y no absoluta.

La segunda especie es justicia es la retributiva o correctiva. Suponiendo que se ha hecho una distribución de derechos, recompensas y cargos entre los ciudadanos por vía legislativa, es función del Derecho garantizar, proteger y mantener la distribución realizada contra posibles ataques ilegales.

Esta función correctiva del Derecho es administrada por el juez. Si un miembro de la comunidad ha invadido los derechos o la propiedad de otro, la justicia retributiva restaura el status quo devolviendo al perjudicado lo que le pertenecía o compensándole su pérdida. La justicia distributiva, lo mismo que la correctiva, aspira al mantenimiento de una justa proporción en la vida social de la comunidad.

3.2 CONCEPTO DE PAZ:

Paz (griego eiréne, latín pax) significa tranquilidad, sosiego, quietud, armonía, equilibrio, consenso, concordancia, ajuste, convenio... Implica, por tanto, en líneas generales, la idea de relación entre una pluralidad de cosas o sujetos, y precisamente el género de relación que se especifica por la tranquilidad y la armonía en el juego de acciones y reacciones entre los extremos de la relación, en su mutua reciprocidad.

Para la Filosofía social, la paz es la forma de convivir, o coexistir, los hombres de un modo tal que las inevitables diferencias, desigualdades o discrepancias de afectos, voluntades y convicciones que se dan entre ellos se resuelvan por acuerdo racional y no por el arbitrio de la lucha física (armada o no) entre ellos. Hay paz, pues, cuando las tensiones entre los hombres se resuelven por la fuerza de la razón y no por la sinrazón de la fuerza.

La paz supone, así, la observancia del orden debido entre los grados ontológicos de la naturaleza humana, puesto que se deriva del imperio o supremacía de la razón, suprema potencia del alma espiritual, sobre los intentos desordenados de las otras potencias humanas por asumir la soberanía de la conducta. Por eso constituye un valor objetivo siempre buscado y anhelado con tanto mayor ahínco por los hombres y los pueblos cuanto más en peligro o quiebra aparece en el análisis de la realidad.

3.3 LA PAZ COMO VALOR JURÍDICO:

La conciencia generalizada de esta situación plantea a la Filosofía del Derecho el problema fundamental del valor jurídico paz. Se trata del problema de los límites y condiciones de la virtualidad del Derecho como medio para la consecución de la paz. Se infieren las siguientes conclusiones.

1) En principio, el Derecho es medio para la consecución de la paz. Lo prueba el hecho de que la paz es la relación que pone al hombre en un orden con algo externo, y en especial con los otros hombres, y el Derecho es la expresión racional del orden interindividual. Ahora bien, el Derecho, que es agente productor y defensor de la paz, no es: a) ni el único vehículo de paz (porque también lo son otros órdenes normativos, paz ej., morales, religiosos o convencionales); b) ni el vehículo de toda clase de paz

2) La paz que se puede conseguir y mantener por medio del Derecho es solamente la paz social, que: a) Es la resultante, abstraída, de las paces existenciales relativas a los diversos grupos humanos (paz familiar, paz sindical,

paz laboral, paz regional, paz pública, paz internacional, etc.). b) Es una paz tensa, una paz imperfecta que excluye la guerra, pero no toda lucha u oposición en absoluto. La paz que puede alcanzarse en la historia es imperfecta y pensar otra cosa es pura utopía. c) Es una paz que resulta de un determinado orden en la sociedad, o sea, la paz justa, la que encarna el orden justo, tanto en sus aspectos estáticos, como dinámicos. Justicia y paz son, así, inseparables, por ser la paz la manifestación más ostensible de la justicia. La paz es irreductible al mero mantenimiento del orden público o de la seguridad. d) Es una paz que irradia entre los miembros de la comunidad el sentimiento subjetivo de tranquilidad y descanso que subsigue a la conciencia de que las cosas están en su sitio. En suma, la única paz que puede ser resultado directo del Derecho es la paz social, que es la situación en que los hombres conviven dentro de un orden social justo, que relaciona sus actividades con normalidad objetiva y tranquilidad subjetiva.

3) La paz individual (o sea, la de cada persona consigo misma, la que se sigue de la tranquilidad de conciencia) no es el objetivo inmediato, en el sentido de directamente alcanzable, del Derecho. Pero el Derecho sí es medio indirecto para su consecución, porque entre la paz interior y la exterior hay una mutua implicación. En efecto, a) la armonía exterior, la paz en las relaciones del hombre con sus semejantes, es presupuesto de la paz interior, pues, aunque quepa distinguir entre la paz interior del combatiente y su combate exterior, no cabe duda de que la guerra auténtica -justa- dificulta la paz interior de quien se ve obligado a participar en la lucha; b) y, a su vez, la paz interna de los individuos es condición para una verdadera paz social entre los ciudadanos o miembros de cualquier grupo. El fundamento de esta mutua implicación yace, como es patente, en la indisoluble conexión que existe en la unidad existencial hombre entre sus mociones internas y sus actos externos.

4) La paz es un fin del Derecho, puesto que es un resultado que se sigue de su mediación. Esto significa: a) Que la paz no debe ser considerada principio o fundamento del Derecho. O sea: no es que tiene que haber paz para que pueda haber Derecho, sino que tiene que haber Derecho para que pueda haber paz. Lo prueba el hecho de la existencia de Luis bell, del derecho de guerra. b) Que la paz no es el fin directo ni el efecto primario que produce el Derecho. Es tan sólo un fin derivado, un resultado que se produce como consecuencia de haberse alcanzado el fin primario que persigue directamente el Derecho, que es el establecimiento de un orden social justo; esto es, un orden humano, y por humano, racional, libre y social. El fenómeno no es exclusivo de este caso, de la relación paz y Derecho: la paz es siempre resultado de segundo orden o indirecto respecto de cualquier actividad éticamente normada Y c) que, aunque se proponga la paz como objetivo del derecho, la paz misma no puede constituir criterio del que sea posible extraer módulos o cánones orientadores que determinen el contenido del orden jurídico. La única pauta que confiere contenidos materiales al orden jurídico es la justicia. La paz es, así, solamente uno de los factores integrantes del conjunto de objetivos o finalidades jurídicas a que se da el nombre de bien común.

5) El Derecho es, en suma; instrumento fundamental, ineludible y básico para la instauración de la paz social. El testimonio universal del pensamiento jurídico, al respecto, es insoslayable. Pero, siendo condición necesaria, no es condición suficiente del logro de la paz En efecto, el Derecho encuentra su virtualidad limitada en este sentido, al menos, en los siguientes aspectos: a) Como la paz social es el resultado de la interconexión de las paz sociales inferiores, su menor eficacia para lograr la paz en algunas sociedades inferiores merma su eficacia para

lograr la paz total. Así ocurre con las comunidades que exigen una armonía prejurídica, como es la familiar. b) Como la paz social es resultado del efectivo vigor del Derecho, en aquellas sociedades en que éste aparece mermado por otras causas, la paz social padece las correspondientes limitaciones. Tal ocurre, paradigmáticamente, con la comunidad internacional. La paz internacional es, por eso, la que más precariamente puede sostener o crear el Derecho. c) Como la paz social no se logra solamente a través del Derecho, sino con la colaboración de otros órdenes normativos, la acción pacificadora del Derecho depende de la existencia real de tal concordancia. La concordancia en cuestión se hace especialmente grave respecto del orden de las normas morales y respecto del orden de las normas sociales. Lo que significa que para alcanzar duraderamente la paz social, el Derecho precisa apoyarse en las convicciones morales de los miembros del grupo en general. Y, más concretamente y ante todo, en el amor mutuo entre los miembros del grupo social (sea entendido como filia o amor natural, sea entendido como caritas o amor sobrenatural); y, en definitiva, en la virtud general de todos los miembros del grupo, que genera en cada uno de ellos la paz interior. Esta paz interior individual es, sin duda, el más firme soporte y la condición absoluta de toda paz social. Y precisamente el amor a ella es lo que caracteriza al hombre pacífico (no al pacifista o irenista) que es el real soporte de toda paz.

3.4 DERECHO PENAL Y PAZ SOCIAL: UNA APARENTE CONTRADICCION:

A lo largo de las presentes y futuras líneas se va a intentar responder de forma muy breve y resumida a una, quizás aparente, contradicción: que para llegar a conseguir en una sociedad medianamente libre y medianamente justa mantener

las condiciones mínimas de coexistencia y convivencia de los individuos y de los grupos en comunidad se tenga que recurrir a un instrumento de coacción, a un mecanismo formalizado que materialmente provoca los más graves menoscabos a los bienes jurídicos de los ciudadanos como puede ser su libertad, su patrimonio, su honor, etc. Para ello se van a traer a colación las concepciones iuspunitivas generales más recientes, con la intención de explorar en lo que se consideraría sus respuestas más previsibles, entrado, finalmente, en un examen crítico de sus postulados y consecuencias a través de un prisma pura y eminentemente personal. En última instancia se trata en relación a si se puede considerar al Derecho penal como un virtual instrumento configurador de la paz social.

Cuando ahora se utiliza la expresión de "paz social" se está aludiendo, en términos abstractos, al normal desenvolvimiento de las relaciones sociales e individuales entre los individuos y los grupos en una comunidad regida libre y democráticamente. En este sentido, dos son las notas que en términos generales se quieren destacar en esta profana conceptualización de la idea que aquí se pretende desarrollar. De una parte, y desde una perspectiva negativa y limitativa, se está tomando en consideración situaciones del desarrollo cotidiano de un país que no se corresponden con los supuestos que desde el punto de vista constitucional en los textos fundamentales occidentales son denominados como estados de excepción, de alarma o de sitio. Tampoco se utilizan los vocablos señalados para designar la forma de convivencia ajenas al modelo democrático genéricamente entendido, es decir, aquél que viene definido básicamente por la existencia real del pluralismo político y el respeto material a los derechos fundamentales. De otra parte, la segunda nota que ahora se estimaba pertinente destacar contiene un elemento positivo. Cuando ahora se utilicen expresiones como "paz social" o similares se quiere expresar de igual forma un cierto estado de cosas en el que se

conservan un mínimo de condiciones que hacen posible el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano y que promueven el favorecimiento respecto de éstos y de los grupos y comunidades que integran la realización efectiva (claro está, en la medida de lo posible) de valores tales como la libertad, igualdad y justicia.

Tras estas indicaciones previas, nos preguntamos: ¿Favorece el Derecho penal la expresión de "paz social"? ¿O los fines que persiguen institutos jurídicos como el delito y la pena responden más bien, desde una falsa y escondida legitimidad, a mantener vigente un determinado orden social injusto, de tal forma que paz social es sinónimo de defensa a ultranza de los específicos intereses de una minoría oligárquica?

“Se ha manifestado que en una sociedad democrática es necesario la existencia de leyes que reprimen ciertos comportamientos humanos con duras sanciones que implican privación de derechos fundamentales del ciudadano. La principal razón se centra, en mayor o menor medida, en la propia necesidad de mantener las bases de la convivencia humana en sociedad. Es posible que en comunidades muy primitivas y reducidas los mecanismos de represión formalizados sean escasos, pero en tales supuestos dichos mecanismos de represión se verifican a través de la Moral o la Religión. Sin embargo, un Estado moderno puede, a nivel teórico, acabar con todo el problema de la criminalidad. Esto se alcanzaría si en aras de la eficacia se eliminasen todas las garantías de los ciudadanos (presunción de inocencia, principio de culpabilidad, de ofensividad, proporcionalidad, etc.). Claro está, que esta eficacia se alcanzaría a costa de la libertad de los ciudadanos, a cambio de negar la propia dignidad humana, de violar, empleando términos puramente welzenianos, la estructura lógico-objetiva más elemental. Aparentemente se resolvería un problema, el de la inseguridad ciudadana ante el hecho delictivo. Pero en realidad se crearía otro exponencialmente agigantado: el

único delincuente sería el Estado. Se obtendría así una paz social absoluta... y tan absoluta como la paz que se respira en un camposanto”¹¹.

El Derecho penal es un componente imprescindible para conservar la coexistencia de los arbitrios individuales y colectivos. Se han señalado algunas razones y argumentos: la necesidad de mantener vigente el pacto social, de preservar los bienes jurídicos que configuran el orden social, de reprimir los instintos concupiscentes o agresivos del hombre, de interiorizar los valores ético-sociales que permiten una protección permanente de los intereses sociales elementales, etc. Estos argumentos podrían multiplicarse si se intentase buscar la etiología de los diferentes sectores de la criminalidad: carencias económicas en los delitos patrimoniales, deficiencias culturales y educativas en los delitos contra la integridad física, represión sexual en los delitos contra la libertad sexual, etc. No se trata ahora de descubrir la causa última que da origen al crimen. Tan sólo se quiere significar ahora, como conclusión provisional, que la ley penal existirá siempre que el hombre viva en sociedad y siempre que el hombre viva en libertad. El Derecho es producto de la libertad humana, creado para regular la coexistencia externa de los individuos y de los grupos en comunidad. La propia existencia del Derecho implica siempre, a nivel lógico, la posibilidad de su infracción, consubstancial con la naturaleza humana en la medida en que a ésta se le atribuya en su esencia cierta capacidad electiva. Así, “el derecho juega un rol indirecto importante en cuanto al cambio social por su acción de dar forma a diversas instituciones sociales”¹²

Si el Derecho es el factor más importante de regulación de la vida social, por su propio carácter y definición. Surge así en todo ordenamiento jurídico el Derecho

¹¹ Borja Jiménez, Emiliano. Universidad de Valencia. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/borja09.htm>

¹² Yehezkel Dror. Derecho y Cambio Social. En: Zolezzi, Ibarcena. Introducción a la Sociología del Derecho. Lima, 1970. P.U.C.P. Programa Académico de Derecho. pg. 343.

sancionador que tipifica y castiga las infracciones. Y en la actualidad también es pacífica en materia de Derecho sancionador la unidad de la naturaleza del ilícito y de la sanción (teorías cualitativas), siendo que las infracciones más graves corresponden con el marco del Derecho penal por razones de garantía. La propia idea del Derecho, la propia función social que cumplen las normas que lo integran, implica la necesaria existencia del Derecho sancionador, y por ende, como subclase más cualificada, la existencia del Derecho penal, pues sólo a través de las sanciones más graves se puede hacer efectiva la función de tutela de los bienes jurídicos más fundamentales para configurar el tejido el orden social. La paz social requiere la presencia del Derecho penal al igual que la libertad en sociedad requiere de la presencia de la ley. Pues "somos libres porque somos esclavos de las leyes".

3.5 CONTRIBUCIÓN DEL PROCESO A LA PAZ SOCIAL

Para *Julio César Cueto Rúa*¹³ "la paz implica la unidad entre seres humanos que se ven a sí mismos como miembros de una familia o de un mismo grupo, unidos por lazos espirituales de identidad y tradición. Existen vínculos que ligan a los miembros de una comunidad de manera tal que uno ve a los otros como amigos, no como enemigos. La paz, es decir, la unidad vivida y experimentada por los miembros de la comunidad, es muy valiosa para el Juez. El Juez debe intervenir en los conflictos para resolverlos. En los casos que tiene ante él, los intereses no se encuentran unidos están en conflicto".

El Juez comprende que no hay posibilidad de lograr la paz permanente, pero sabe que tiene la aptitud de reducir tensiones y diferencias. Por ello, el autor

¹³ V. *Métodos judiciales de interpretación del derecho*, trad. Por *Ciro Gilberto Infante*, publicado por "The Publications Institute Paul M. Herbert Law Center". Universidad de Luisiana, 1981. pp. 54/56.

citado, señala que toda sentencia judicial que tienda a incrementar un disenso, a fomentar el desasosiego y la desconfianza o a alimentar en rencor y el odio, debilita al grupo social y se lo expone a la acción agresiva de sus enemigos. Se aumentan, pues, las diferencias internas, obstruyendo las vías judiciales con más casos y disminuyendo su eficiencia y eficacia como instrumento para el logro de la paz.

Cuando el hombre deja de vivir para comenzar a convivir-abandona su estado de soledad para formar parte de una sociedad- se presenta la idea de conflicto, tensión entre el hombre y otros hombres o entre el hombre y la sociedad. El conflicto aparece en el aspecto intersubjetivo, cuando coexisten una pretensión y una resistencia, sobre un mismo bien en el plano de la realidad social.

Estos conflictos pueden disolverse o resolverse de varias maneras: la autotutela, la autocomposición o la heterocomposición- que puede ser pública o privada, según intervenga el juez o el árbitro respectivamente-

Dentro de esta última vía aparece la contribución más importante que el derecho hace a la vida en sociedad, que no es otro que brindar su método para resolver heterocompositivamente los litigios: el proceso. Elemento imprescindible para mantener la paz social.

Aquí puede plantearse como interrogante si esta afirmación es correcta, ya que para algunos la razón de ser del proceso es alcanzar la justicia y para otros la paz. Incluso, "se ha sostenido que el proceso persigue un interés individual y un interés colectivo, consistiendo el primero en la protección del interés jurídico del actor o del demandado mediante la sentencia y en su caso la ejecución de ella y el segundo, el mantenimiento inalterado del orden jurídico estadual"¹⁴. Esta idea,

¹⁴ J. Ramiro podetti, Teoría y técnica del proceso civil. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1963, p. 408.

señala Podetti, puede sintetizarse con la bella expresión de Carnelutti “la paz con justicia” y ambas pueden expresarse, fundiéndose los fines privados y públicos, en la actuación del derecho objetivo.

Para restar claridad sobre este particular, muchas veces se habla de “objeto” haciendo referencia a “objeto-fin”, lo que ocasiona algunos problemas de distinción terminológica entre objeto y objetivo. Así, el objetivo del proceso es la sentencia o laudo arbitral, aunque no se dicta si en el transcurso de la serie se arriba a la autocomposición o desistimiento, el objeto, en cambio, se relaciona con su contenido y es el debate dialéctico que todo proceso contiene.

Ni el objeto ni el objetivo deben mezclarse conceptualmente con la razón de ser o motivo de la existencia del proceso, cosa bien distinta y que nos interesa desde el ángulo sociológico. He aquí la discusión sobre si se trata de una forma de obtener la verdad y la justicia o si se implanta este medio en la sociedad como sostén de la paz- erradicando de toda fuerza ilegítima dentro de la sociedad-.

Por una parte, aparecen los defensores del finalismo, donde lo que interesa es alcanzar la “justicia” –en realidad, “La Justicia”- en todos los casos, sin importar cómo se logre. Configura esta noción un claro ejemplo de la supremacía de la meta sobre el método. Así, una línea de pensamiento adjetiva al proceso haciendo gala de lo que denomina “proceso justo”. Nos surge un interrogante: no podemos concebir un “indebido proceso”; ¿Puede aceptarse un “proceso injusto”?

Esta figura finalista es enfrentada por quienes rescatan la importancia del respeto al método como presupuesto para arribar a la meta. No se debe llegar a cierto objetivo por cualquier camino, sino únicamente por el correcto. Esta concepción

no sólo privilegia el fin, sino también los medios para lograrlo. No se trata de un dilema entre medio y fin, sino de la adición de medio más fin. El método más meta.

En esta corriente se erige en toda su dimensión el proceso como el método apropiado para llegar a la meta. Es la única manera de adecuarse a su razón de ser: alcanzar la paz social. Y de aportar a la sociedad un elemento muy claro en estos días: la seguridad jurídica, especie del género seguridad.

Recordemos lo manifestado por el célebre jurista italiano Francisco Carnelutti: "La injusticia perturba el orden y la paz social. Por eso es necesario, no tanto que los litigantes se pongan de acuerdo, cuanto que el acuerdo sea justo; tampoco en música, un acorde que desentone ese acorde. No se debe creer socialmente útil que uno de los dos se rinda a la voluntad del otro, si es injusta; en tales caso, no hay más que una apariencia de paz, ya que la paz sin justicia no es paz".

4. LA CORRUPCIÓN SOCABA LOS FINES DEL ESTADO

4.1 LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DE LA HISTORIA

El poder tiende a Corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente". La sentencia pertenece a lord Acton, y no deja espacio para la duda: desde que existe el poder existe la corrupción. Fatalmente, están ligados entre sí. Esta peste, de la que hoy tanto se habla, es casi tan vieja como el hombre; tuvo que haber aparecido unos días después de que nuestros primitivos abuelos abandonaran el sistema de hordas para constituirse en tribus. La historia parece darle la razón a lord Acton. El primer acto de corrupción documentado se remonta al antiguo

Egipto. Así lo registra un papiro datado en la XX Dinastía, durante el reinado de Ramsés IX (1142-1123 a de C.). En ese documento se detallan las vicisitudes por las que atravesó Peser, funcionario del faraón, por haberse atrevido a denunciar los negocios sucios de Pewero, otro funcionario de alto rango. Pewero se había asociado con los profanadores de tumbas y, haciendo la vista gorda a esos robos, obtenía suculentas ganancias. Además de ladrón, era astuto: en dos oportunidades pudo anular las pruebas presentadas por Peser y lo sometió a las peores burlas públicas. Finalmente, por lo que da cuenta el papiro, el bien triunfó sobre el mal: Peser recuperó la honra perdida y Pewero fue duramente condenado.

Los sumerios también estaban preocupados por ese flagelo que se había incrustado en sus instituciones. Uno de los himnos religiosos dedicado a Nanshe, diosa de la ciudad de Lagash, habla de los "hombres imperfectos"; dice que son "los que siguen el camino del pecado y cometen arbitrariedades; los que violan las normas establecidas; los que violan los contratos; los que consideran favorablemente los lugares de perdición; los que sustituyen con un peso ligero uno más pesado; los que sustituyen con una medida pequeña una mayor..." Una cabal radiografía de muchos funcionarios corruptos que por éstos días gobiernan en distintos puntos del planeta. También Grecia, la cuna de la civilización occidental, tuvo que soportarlos. Aristóteles en su "Constitución de los atenienses" se refiere a cierto episodio que protagonizó Solón, uno de los siete sabios griegos. Dracón, su antecesor, había cometido algunos errores económicos; con el propósito de corregirlos, Solón decidió abolir las deudas contraídas hasta ese momento. Hubo quienes se enteraron de esa medida antes de que se pusiera en práctica y de inmediato solicitaron préstamos para comprar tierras. ¿Quién les dio la información que les permitió enriquecerse

perversamente? Sin duda, alguien que estaba muy cerca de los altos mandos de la república. No es casual que los griegos hayan acuñado la palabra "cleptocracia" (de "kleptes" = ladrón, y "cratos" = poder) para definir a aquellos gobiernos ejercidos por delincuentes.

Acaso sea Roma el mejor ejemplo de cómo el poder absoluto degenera en la corrupción. La pequeña aldea que fundara Rómulo en el 753 antes de Cristo se convirtió tres siglos más tarde en el mayor centro de poder que tuvo la Tierra. Por entonces su grado de corrupción era tan grande que, según señala Paul Veyne en "El Imperio Romano": "No había función pública que no fuese un robo organizado mediante el cual los que ejercían el mando esquilaban a sus subordinados y todos juntos explotaban a los administrados (...) Los soldados pagaban sobornos a sus oficiales para quedar exentos de servicio, los titulares de las funciones públicas menores vendían su sucesión, los gobernadores provinciales exigían rentas ilegales y no había ningún funcionario que no se dejara sobornar para cumplimentar la menor exigencia ". El propio cargo de emperador llegó a comprarse por dinero, ése fue el punto más alto de la corrupción; después vendría la inevitable decadencia. Los más encumbrados héroes de la Roma Imperial -desde Escipión, "el africano" hasta el propio Julio César- se vieron complicados en actos corruptos. El general Escipión no vaciló en hacer quemar todas las pruebas que demostraban que su hermano Lucio había cometido una formidable estafa en perjuicio del estado romano; a consecuencia de esta actitud, y otras de parecido tenor, Escipión fue condenado a pasar sus últimos días en el destierro; ignorado por el pueblo que tanto lo había admirado. También Julio César cosechó ejércitos de admiradores, la gente de bien elogiaba su talento en los campos de batalla; los corruptos, las reiteradas estafas que había cometido en contra del Imperio. Julio César no tuvo que soportar el exilio, fue asesinado en

las puertas del Foro. Durante la Edad Media se registraron cambios fundamentales en el orden social y político. Pequeños reinos y señoríos reemplazaron a los Estados fuertes que los habían precedido. Los vasallos se encomendaban al poderoso de la comarca y conseguían protección a cambio de trabajo. Los derechos se restringieron al mínimo y los abusos aumentaron al máximo Felipe II, rey de Francia entre 1180 y 1223, que participó en la III Cruzada junto a Ricardo Corazón de León, imponía feroces impuestos a sus súbditos y les obligaba a fuertes "donaciones". Estos ingresos no se destinaban a mejoras en el reino, iban directamente a las arcas privadas de Felipe II, llamado el Augusto. No precisamente por los banqueros judíos, que solían ser sus principales víctimas: los obligaba a que les otorgasen fuertes préstamos que jamás devolvía. Su hijo y sucesor en el trono, Luis VIII, siguió al pie de la letra la política del padre.

Entre tantos pequeños reinados, la Iglesia Católica se transformó en la única institución capaz de cubrir el vacío provocado por el fin de los grandes imperios. En su libro "La corrupción", Mariano Grondona detalla con estas palabras el papel del clero de aquellos tiempos: "Hacia el siglo XV, el proceso de mundanización de la Iglesia era sin duda más grave. La política del Papado se reducía a los intereses italianos, dejando de lado el universalismo católico: las grandes familias Italianas se disputaban la titularidad de la Santa Sede; el clero participaba de la vida cortesana y las actividades militares; los altos dignatarios eclesiásticos ostentaban sin pudor sus riquezas..." Las grandes familias, con sus grandes fortunas, en muchas oportunidades lograron que alguno de sus miembros fuese ungido Papa. Los Borgia tuvieron dos, Calixto III y Alejandro IV, y llegaron hasta el crimen para conservar ese poder. Tamaña corrupción fue repetidamente denunciada en los encendidos sermones

pronunciados por el dominico italiano Girolamo Savonarola; pagó con su vida semejante protesta: fue ahorcado y quemado en la plaza del Mercado, en Florencia. Diecinueve años más tarde, el 31 de octubre de 1517, el padre Martín Lutero colocaba en las puertas de la iglesia del castillo de Wittenberg, en Alemania, sus célebres 95 "tesis". De ese modo denunciaba la corrupción que sufría el alto clero y daba comienzo al primer gran cisma que iba a sufrir la Iglesia Católica. Esta crisis de valores que estaba soportando el mundo occidental ya había sido vaticinada por Nicolás Maquiavelo, considerado con justicia el padre de la ciencia política moderna. Para Maquiavelo la corrupción inevitablemente se produce cuando el poder de los ricos se une al poder de los gobernantes. Esta alianza, aseguraba, destruye a la república y convierte a la libertad republicana en "una máscara de dominación."

Un siglo más tarde Inglaterra parecía escapar de ese sino fatal. A consecuencia de la constitución de 1688 se instituía un parlamento fuerte que, en principio, iba a neutralizar cualquier tentativa de soborno. Nada más lejos de la verdad. El Primer Ministro era a su vez Primer Lord del Tesoro; le resultaba muy sencillo obtener la mayoría parlamentaria: simplemente, la compraba. ¿Cómo se compraban esos votos? De una manera bastante parecida a la actual: se otorgaban puestos administrativos, pensiones, destinos militares y navales y "sinecuras": la versión británica de nuestros "ñoquis" contemporáneos. El tráfico de influencias -un eufemismo de la corrupción en las altas esferas- se mantuvo inalterable hasta 1901. Era una práctica tan común que la clase alta inglesa la consideraba como un derecho legalmente adquirido. De todos los Estados Alemanes sólo Prusia podía enorgullecerse de mantenerse incorrupta. Esto era gracias a las brillantes administraciones de Federico Guillermo (1657-1713) y Federico el Grande (1712-1786). Estos cristalinos gobiernos cimentaron la

La corrupción crea un gobierno ineficaz cuyo único sustento es seguir corrompiendo para mantenerse en el poder, dejando de lado el "buen gobierno". Crea inestabilidad política, generando un daño moral al premiar lo ilícito y castigar lo honesto. Destruye el Estado de Derecho y el imperio de la ley. Sin duda, el problema más visible que tiene nuestro Perú es el de la corrupción generalizada, el dolo, la burla de la leyes y la deshonestidad de funcionarios en todos los niveles de la administración pública y en todos los Poderes del Estado. Es el más grave porque es el que más a fondo daña la vida pública y privada del país. En la administración pública, es prácticamente imposible realizar cualquier gestión administrativa sin que, en alguna forma descarada o encubierta, haya que pagar comisiones y coimas.

La corrupción es un fenómeno estructural que violenta las diferentes relaciones sociales existentes en la sociedad. Violenta las relaciones políticas y debilita al Estado; violenta las relaciones económicas bajo la apariencia de reducir costos y afectando a los pobres y extremadamente pobres; violenta las relaciones personales al introducir patrones fuera de las reglas social o legalmente admitidas y violenta el conjunto de valores que deben ser la base de una sociedad democrática. En rigor, la corrupción como fenómeno estructural violenta al individuo y a su mundo social, político, económico y cultural.

Desde las víctimas, importan todas las causas y todos los efectos y elementos desencadenantes de la corrupción. La corrupción es polidimensional. Para combatirla, ninguna dimensión puede ser descartada.

La corrupción atenta contra la dignidad de los seres humanos. Toda acción corrupta afecta el ejercicio pleno de los derechos humanos, la satisfacción de sus

necesidades, o la realización de sus capacidades o de sus potencialidades. Afecta el desarrollo de las personas. En suma, atenta contra nuestra dignidad. Ésta es la dimensión personal de la corrupción.

La corrupción afecta las relaciones sociales de las personas. Introducir prácticas de conducta fuera de las reglas social y públicamente admitidas como válidas en un contexto determinado, resquebraja y debilita los mecanismos de producción y reproducción social de una comunidad. En rigor, toda acción corrupta afecta el ejercicio pleno de los derechos de la sociedad, la satisfacción de sus necesidades, o la realización de sus capacidades o de sus potencialidades. Afecta el desarrollo de la sociedad. Atenta contra nuestra dignidad colectiva. Ésta es la dimensión social de la corrupción.

La corrupción distorsiona la economía. Es bastante claro ya que las acciones corruptas, a diferencia de lo que antes se entendía, incrementan los costos de los productos. La coima clandestina o las comisiones oficiales aumentan y no disminuyen los costos de producción. Este sobrecosto planificado o no, se traslada luego al precio del producto o servicio. Quien recurre al sobrecosto corrupto desplaza al que no recurre al mismo. La distorsión de igualdad de reglas para todos ha sido consumada. Ésta es una parte de la dimensión económica de la corrupción.

Los recursos utilizados en la corrupción, por otro lado, desvían fondos para actividades que no necesariamente son prioritarias para la sociedad o las personas impidiendo invertir o focalizar la actividad pública, social o privada en programas sociales orientados a combatir la pobreza. La corrupción afecta directamente a los más pobres no sólo porque encarece los productos sino porque los priva de

recursos públicos que podrían destinarse a programas que los beneficien. Ésta es la otra parte de la dimensión económica de la corrupción.

La corrupción debilita la democracia. La realización de actividades y prácticas ajenas a las reglas o normas admitidas y que no cumplen o respetan los procedimientos y mecanismos oficiales de las instituciones públicas atentan contra la eficiencia y credibilidad de las mismas. El debilitamiento institucional afecta la consolidación o el desarrollo de la democracia. La corrupción atenta contra el equilibrio de poderes, propicia la clandestinidad en desmedro de la publicidad, concentra y oculta información, no la distribuye, promueve una cultura del secreto en lugar de una cultura de la transparencia. Democracia es equilibrio de poderes, publicidad, información, participación, transparencia. La democracia como un derecho personal y social, como una forma de gobierno, como un modo de vida, es una cultura anticorrupción. La democracia se estanca, se debilita, se destruye con la corrupción. Ésta es la dimensión política de la corrupción.

La democracia se debilita mucho más cuando, desde las propias esferas del Estado o del gobierno, la corrupción se convierte en instrumento de gestión gubernamental. Marcos en las Filipinas, Duvalier en Haití, Ceaucescu en Rumanía, los Salinas de Gortari en México, Fujimori y Montesinos en el Perú, son algunos ejemplos de cómo la corrupción ha tomado por asalto, capturado, con elecciones o sin ellas, a diferentes Estados.

La corrupción es una contracultura. Por constituir la corrupción una serie de prácticas ajenas a las reglas social y públicamente admitidas es, que duda cabe, una contracultura. Los valores de justicia, equidad, igualdad, tolerancia, democracia, etc. públicamente admitidas y oficializadas por las sociedades son

dejadas de lado o vulneradas por prácticas clandestinas, secretas o silenciadas que buscan beneficios particulares en desmedro de los colectivos y sociales. Por ello, la corrupción es sumamente peligrosa, porque no es un conjunto de actos aislados sino la viva expresión de prácticas y comportamientos anómicos dentro de las sociedades. La corrupción no es fortuita ni espontánea, no es circunstancial ni estática. La corrupción como contracultura es un motor dinámico de nuestras sociedades que tiene raíces históricas. Ésta es la dimensión cultural de la corrupción.

La corrupción es un fenómeno global. La corrupción se fortalece cuando los grandes centros de poder político y económico en el mundo - países desarrollados y grandes transnacionales- no sólo realizan y auspician prácticas corruptas sino, también, cuando dichos centros de poder propician, negocian, toleran y hasta se asocian con gobiernos corruptos. La corrupción local o nacional se optimiza e integra con la transnacional. Esta es la dimensión transnacional de la corrupción.

Asumir la pluralidad de dimensiones de la corrupción permitirá diseñar mejores propuestas para combatirla.

La lucha contra la corrupción es fundamental para salvar justamente a la democracia y no debe hacerse sin importar los medios, o sin importar el espíritu. El objetivo esencial consiste en restaurar el buen funcionamiento del sistema político de la democracia. Hay que ser prudentes para que esta lucha contra la corrupción no sea manipulada y posteriormente convertida en una lucha contra la democracia. Estos puntos van juntos: la lucha contra la corrupción y la defensa de la democracia.

La corrupción es un mal moral, pero también político y económico, paulatinamente deteriora la democracia y constituye el más peligroso enemigo de cualquier sistema socioeconómico basado sobre la competencia y la igualdad de posibilidades.

Que un régimen dictatorial se desmorone porque es corrupto, no provocará el lamento de nadie ya que quizás muera de su propio vicio. Pero no hay alternativas a la muerte de la democracia a causa de la corrupción.

¿Cómo se elimina la corrupción? El problema tiene facetas culturales, que resultan imposibles modificar por medio de una ley. El Estado deberá trabajar intensamente en las aristas institucionales y legales, en el corto y mediano plazo, valiéndose de una clara y decidida acción coordinada de los órganos de control del Estado y fundamentalmente del Poder Judicial.

Las prácticas de corrupción atravesaron en todo el mundo una transformación de tal envergadura, que actualmente se presentan como una de las principales amenazas a la democracia y las sociedades modernas.

La corrupción socava la democracia y constituye un obstáculo para la superación de la pobreza que es urgente remover. La corrupción es un flagelo en extensión, con manifestaciones de suyo graves, que lesiona bienes de primera importancia. Cada vez más, crece el interés de la ciudadanía en su eficaz represión. Además, por la debilidad de las penas conminadas para los autores de delitos contra el patrimonio del Estado, la fuga de los involucrados al extranjero, la rebeldía ante la justicia y las demoras en los procesos penales (explicadas en parte por la actitud obstruccionista de los encausados, por la existencia de normas procesales inadecuadas para lidiar con actos complejos de corrupción y las carencias

presupuestales) por ritualismos y formalidades de los tribunales que han limitado su acción, las investigaciones judiciales muchas veces son clausuradas vía la prescripción de los delitos. Ello refuerza la sensación de impunidad y fomenta la reproducción de las prácticas corruptas.

Todo esto nos convence de que no debe existir barrera temporal alguna para llevar a cabo la persecución penal de los actos de corrupción.

La corrupción en el Perú ha sido facilitada por el predominio de regímenes autoritarios y la frágil institucionalidad de la sociedad civil y del estado. La corrupción empieza a ser tomada en cuenta como un problema integral relacionado con el mal funcionamiento del Estado y la falta de sistemas de control y vigilancia efectivos a raíz del descubrimiento de la red sistemática de corrupción suscitada en el seno del Estado de la década del noventa. Una de las formas estratégicas de erradicar la corrupción es a través del cambio social positivo que involucre el cambio de mentalidades y el de la cultura organizacional de nuestras instituciones. La corrupción ha dejado de ser considerada como un problema exclusivamente de nuestro país ya constituye actualmente uno de los principales desafíos de la agenda global.

La corrupción es un fenómeno humano, por cuanto es la participación de la persona como victimaria y víctima. La corrupción en el país tiene un carácter inminentemente político que envuelve en una podredumbre moral los espacios de la institucionalidad política. Tal es así, que la corrupción no es la principal, sino que es el mal servicio o ineficiencia con la cual, deliberadamente o no, muchos funcionarios realizan sus funciones. En los párrafos siguientes, se describe la concepción de la corrupción política y sus implicancias negativas, los

problemas generados en los últimos veinticinco años y una visión genérica de ocurrencia del problema de corrupción en el ambiente americano.

Por corrupción, se entiende como un fenómeno social y como el aprovechamiento indebido de un patrimonio común, pero primariamente es un fenómeno humano; por cuanto, es el hombre tanto su victimario como su víctima. Este fenómeno es calificado como delictivo, porque es la desviación indebida de recursos y de los fines de la función pública en beneficio particular. (ORELLANA 2002). Entre las formas de erradicar la corrupción es a través de un debate generalizado, porque no basta conocer el fenómeno y los conceptos relacionados. Lo que interesa es el cambio social positivo, el cambio de mentalidades y el de la cultura organizacional, para lo cual el instrumento esencial es la capacitación de los funcionarios públicos en Ética pública. Otra de las formas es la de definir principios en torno a la cual elaborar estrategias globales de control sobre un aspecto determinado que se considera fundamental para el cambio. La estrategia global, es el más racional y expresa que para resolver el problema se tiene que actuar sobre sus causas y con una perspectiva de largo plazo.

En América la corrupción sigue siendo una preocupación de primer orden. De manera cotidiana los medios de comunicación nos muestran escándalos de corrupción. En algunos casos los gobiernos han sido despojados del poder político por multitudes de ciudadanos insatisfechos y hastiados de la corrupción. En otros, los candidatos presidenciables han usado la lucha frontal contra la corrupción como bandera electoral dando lugar a la aparición de propuestas políticas, mesiánicas y populistas.). La corrupción, por lo general, la protagonizan activamente los victimarios y los víctimas; pero, hay un tercer protagonista,

caracterizado como el que no oye, no ve y no habla; son los protagonistas pasivos (ORELLANA 2002). Las principales modalidades de corrupción están incluidas en el código penal; como: soborno, fraude, tráfico de influencias y malversación. Lo anterior, trae como efectos la postergación del desarrollo al obstaculizar el correcto gobierno de los pueblos, distorsiona la economía con costos injustos, destruye la competitividad de los rublos, desacredita a la autoridad y altera la paz de las naciones.

La corrupción política en el país ha sido facilitada por el predominio de regímenes autoritarios de los gobiernos en la década pasada y por una frágil institucionalidad de la sociedad exenta de los problemas reales del país. Para lograr la transparencia es necesario tener como aliado el funcionamiento adecuado de instituciones democráticas, una prensa independiente y acceso transparente a la información relacionada con el ejercicio del poder y las actividades gubernamentales. A esta estructura deben de sumarse los órganos de control que interactúa en cada entidad gubernamental y la consolidación del sistema de impartición de justicia del poder judicial, de este último depende la institucionalidad de una nación. Por cuanto, las necesidades sociales, la correlación de fuerzas políticas y la experiencia en materia de control, serán los factores decisivos para instaurar con éxito los instrumentos para la vigilancia de los haberes públicos.

En síntesis, la corrupción política es un proceso vicioso realizado por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que consiste en apropiarse o desviar indebidamente recursos asignados directa o indirectamente a la atención de los usuarios y puede asumir, además, las formas veladas de la ineficiencia deliberada o no deliberada y de actos conforme a las normas que implican el mismo efecto de desviar recursos de su destino legítimo. Es necesario

entender la corrupción como un problema integral, como un fenómeno relacionado al mal funcionamiento del Estado y a la falta de sistemas de control y vigilancia efectivos. No cabe duda, pues, la lucha contra la corrupción no es una tarea individual, más bien es un reto que asumen las instituciones civiles y públicas a fin de recobrar la confianza de la población.

ENCUESTAS Y ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO¹⁵

1. **¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?**

Si se entiende fuentes legales como condicionantes institucionales y normas que generan comportamientos o competencias muy abiertas sin el control necesario, desde luego que es un factor que junto con los demás contribuye o es base causal para la producción de conductas corruptas.

2. **¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?**

El combate contra la corrupción siempre es de naturaleza o de carácter sistémico, es integral, y por consiguiente todas las posibilidades de combate efectivo deben de cubrirse, desde luego tiene que revisarse profundamente los aparatos institucionales y el régimen legal que los condiciona para de esa forma no eliminar, pero

¹⁵ Presidente de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.

si reducir sensiblemente la posibilidad exitosa de conductas corruptas que afectan básicamente a la administración pública¹⁶.

3. **¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la lucha contra la corrupción?**

El problema aquí es identificar exactamente cual es el ámbito de las regulaciones que deben implementarse ya sea en el plano de la prevención, muy descuidado, y en el plano de la represión, en el plano del control efectivo a las conductas corruptas, el gran problema que se nos presenta y que tenemos aquí es que no se advierte una política de estado, unas políticas públicas consistentes en materia de lucha contra la corrupción, esta no aparece organizada, no aparece ordenada, no están claros los liderazgos, ni las lógicas de coordinación, la ausencia de una política anticorrupción que tiene un carácter global y luego trazar estrategias, planes y programas específicos es lo que actualmente no existe, y por consiguiente la ausencia de este plan general de estas tareas específicas de este conjunto de medidas es lo que determina que en puridad de verdad no tenemos una política anticorrupción precisa que sobre todo en términos estadísticos y de comparación y de medición podamos determinar en que medida estamos avanzando, cuáles son los factores que permiten su avance, su eficacia, el retardo o su ineficacia, de esos instrumentos a mi juicio y según mi entendimiento estamos en cero, y en consecuencia hay que armar toda una política de Estado, configurar planes adecuados, tareas específicas, programas puntuales,

¹⁶ El Magistrado refiere que la corrupción debe atacarse desde todas las esferas o áreas de la administración pública, es decir, con Representantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

líneas de responsabilidad, mecanismos de control y de seguimiento, que permitan medir no sólo el índice de corrupción sino la eficacia de las políticas para enfrentarla¹⁷.

4. ¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?

La historia contemporánea nos explica o nos enseña que una política anticorrupción visto a la naturaleza integral extensa del fenómeno de la corrupción de la cultura de la corrupción existente desde luego nos persuada como una simple consecuencia lógica de que la lucha contra la corrupción es desde luego larga, complicada, compleja, muchas veces insatisfactoria, pero es imprescindible por que allí está el centro mismo de la viabilidad del Estado y de la gobernabilidad como tal, en consecuencia tenemos que construir, identificar cuáles son esas pautas institucionales, el régimen jurídico, que permite generar posibilidades de corrupción dentro del funcionariado público, mientras no identifiquemos, no construyamos un sistema de empleo público y un sistema de control no podremos percibir como en su magnitud cuál su nivel de comprensión en el tiempo, las tareas de eliminación o por lo menos de reducción sensible de la corrupción¹⁸.

¹⁷ El Magistrado advierte que no se han creado instituciones especializadas ni se ha regulado ha conciencia acerca de la lucha contra la corrupción.

¹⁸ Considera que la tarea es complica y larga, sin embargo, cree por lo menos debemos ir identificando esas normas que son fuentes legales de corrupción para que en un futuro logremos por lo menos una pequeña reducción.

5. **¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?**

Lo primero que considero en atención a lo que ya he venido exponiendo es realizar un gran mapa de cuáles son esas normas, de cuáles son los ángulos institucionales que son fuente de reproducción de la corrupción, primero hay que identificarlos y desde luego una de las tareas no la principal será que esas bases legales sean debidamente alzadas, modificadas, reguladas, anuladas, revocadas, derogadas o reformuladas según una percepción o una ordenación muy clara del problema, insisto antes debemos de identificar, antes debemos de establecer como sería la organización y el funcionamiento, las atribuciones de los respectivos órganos públicos, luego como es el mecanismo de adscripción de los funcionarios, cuáles son los mecanismos de control y a partir de allí, sólo a partir de allí, podremos diseñar normas, las normas no son ni el 10% de la solución del problema, hay toda una cultura, hay lógicas de desarrollo institucional, hay mecanismos de actuación de los órganos públicos, allí está el centro del problema y la base o presupuesto de su solución, no sólo se trata de leyes, hay instituciones, hay organizaciones, atrás hay una cultura que es lo que se debe tener muy en claro¹⁹.

¹⁹ El Magistrado sostiene que lo primero que debemos hacer es diseñar un modelo, identificando y clasificando las normas que encierran corrupción, separándolas de acuerdo a la institución a la que corresponden, a partir de allí se puede comenzar a buscar una solución al problema.

6. **¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invaluable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?**

El tema como tal en todos los trabajos científicos sobre corrupción está necesariamente introducido, es decir, no es un tema que podamos decir inédito, está ya en todos los trabajos serios que estudian el fenómeno de la corrupción, eso está claro, sobre ese punto no hay novedad, desde luego novedad es la identificación concreta de cuales son aquellas bases normativas que son fuente de producción y expansión de la corrupción, la identificación de ellas y su validación a través de trabajos de campo es lo que importa la novedad en el problema, partir de que hay un ámbito normativo e institucional que es fuente, base y apoyo en la generación, reproducción y consolidación de la corrupción es desde luego, lo nuevo, pero hay que identificar, y el trabajo fundamental por delante, el trabajo académico, el trabajo político es casualmente acometer esta tarea, los últimos planes y programas que se han trabajado no contemplan de modo claro este aspecto fundamental, investigar sobre este punto, indagar cuáles serían los ángulos específicos, no necesariamente concluir por un paquete normativo de reformas, pero identificar por lo menos áreas, lógicas de funcionamiento, bases estructurales, lógicas de presencia, si sería lo más adecuado; no tengo en lo personal un ángulo o un conjunto de lineamientos programáticos específicos sobre la materia, yo he estudiado y trabajado en el campo del proceso penal, tengo trabajos publicados en algo sobre ese tema pero más que todo en el aspecto macro del

problema, en líneas de trabajo procesal, pero no tengo una concreción a nivel de propuesta específica en temas como los que se me sugiere, por el momento no lo tengo, mi actividad ahora incide en otros puntos, y eso es lo que explica el porque no tenga, pero estoy convencido de la necesidad de hallarlos y de construir un programa y unos planes adecuados sobre el particular²⁰.

²⁰ No le parece novedoso el tema, la novedad para él es el hecho de tener que identificar todos esos textos legales que inciden en la corrupción, no tiene identificada ninguna fuente legal de corrupción por que actualmente viene dedicándose con mayor incidencia al ámbito del Derecho Procesal Penal.

ENTREVISTA AL DOCTOR AVELINO GUILLÉN JAUREGUI²¹

1. **¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?**

Existen algunos estudios que apuntan a señalar que algunas disposiciones de origen legal pueden determinar o ser consideradas como fuentes de corrupción, por ejemplo algunas normas en cuanto al incremento de multas por infracciones de tránsito, pero esto es un aspecto que merece un análisis y un debate, ya que si bien por un lado este incremento de las multas por infracciones de tránsito como conducir en estado de ebriedad o pasarse una luz roja puede dar lugar a que algunos ciudadanos pretendan incrementar algún tipo de soborno a los miembros de la Policía Nacional también es verdad que este incremento de sanciones de multas tiene un efecto disuasivo que ha determinado que muchas personas estén cumpliendo en la actualidad con algunas normas de tránsito, entonces hay algunas disposiciones de origen legal que pueden dar lugar a una actitud de algunos ciudadanos de pretender solucionar esto rápidamente a través del pago de coimas, pero todo esto creo que tiene un origen y puede solucionarse con el debido cumplimiento de nuestras funciones, de nuestro deber, si todo funcionario y todo servidor cumple a cabalidad con sus funciones, con su trabajo, no interesa básicamente que se den

²¹ Jefe de la Jefatura Suprema de Control Interno del Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.

numerosas normas, el problema que se está dando en nuestra sociedad actual es que existe una actividad punitiva de parte del aparato estatal muy grande, muy acentuada, casi toda conducta tiene una penalidad y eso implica una restricción a la libertad de las personas, entonces frente a ese crecimiento desmesurado de la actividad punitiva del Estado que está calificando y tipificando una serie de conductas, está dando origen a la pérdida de la libertad de parte de los ciudadanos y en el caso de sanciones por ejemplo esto del arresto ciudadano por parte de cualquier persona puede dar lugar también a que se den casos de corrupción, toda medida toda conducta tenga origen legal o no, implica necesariamente una repercusión económica y eso trae como consecuencia el peligro de actos de corrupción²².

2. ¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?

Lo que se necesita básicamente es ver la forma de educar a la ciudadanía más útil que dar una serie de normas y disposiciones en su concepto son las campañas de prevención, son más importantes medidas que apunten a enseñar a la población, el problema radica en que desde niños nosotros tenemos una enseñanza en cuanto a la trasgresión de la norma, en Perú es común transgredir la norma, nosotros no cumplimos las normas, desde que uno sale a la calle, uno está incumpliendo las normas de tránsito, arroja basura en cualquier

²² Considera que si existen fuentes legales de corrupción, sin embargo, depende de las personas que cumplan sus deberes y obligaciones para con la sociedad y sus semejantes.

lugar, no tiene ningún respeto por el vecindario y esa es una conducta que nuestros niños, nuestros hijos ven y van aprendiendo, por que no hay ningún tipo de sanción, entonces lo que considero antes de pretender derogar cualquier fuente legal que se considere que pueda generar actos de corrupción, lo fundamental es trabajar dos líneas, la primera comprometer a todos los funcionarios y servidores públicos a que cumplan a cabalidad con su función y la segunda educar a la población en el cumplimiento estricto de sus deberes y obligaciones con los ciudadanos, nosotros somos transgresores de la norma y no sabemos respetar los derechos de nuestros semejantes, allí empieza el problema fundamental²³.

3. ¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la lucha contra la corrupción?

Creo que lo que se viene dando permanentemente por parte del Ejecutivo son sucesivas campañas para supuestamente enfrentar a la corrupción, pero solamente son eso, son campañas básicamente populistas son campañas con la finalidad de pretender contentar a la población, pero no son estudios serios para combatir a la corrupción, en el Perú no existe un plan integral para combatir a la corrupción, son medidas aisladas desesperadas, que se dictan ante graves hechos, son por ejemplo cuando ocurre un gran acto de corrupción o se descubre un acto de corrupción por una red criminal lo que se pretende son supuestamente dictar algunas medidas inmediatas para enfrentar a la corrupción, pero son paliativos, son maquillajes, no

²³ Cree que antes de reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción se debe educar a la ciudadanía con campañas de prevención.

existe un compromiso serio y formal por parte del Estado para enfrentar a la corrupción, en tal sentido que la corrupción se va desplazando no es un fenómeno estático, se va movilizandoy va adquiriendo una serie de componentes, como el gran caso complejo y de gran envergadura como es el caso de la Universidad Alas Peruanas, ese es un caso muy grande de corrupción, pero no se va investigar, igual va pasar unos meses y nos olvidaremos de ese tema, pero lo que se viene descubriendo de todo ese engranaje gran complejo nos determina como ayer lo señaló el ex Rector de la Universidad San Marcos que acá estamos hablando de un tema de corrupción mucho más complejo que el tema de los petroaudios, en tal sentido, no percibe diseño serio o una estrategia de parte del Estado destinada a poner coto a la corrupción²⁴.

4. ¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?

Es una tarea muy complicada, en primer lugar tendríamos que ver hasta que punto algunas medidas que se puedan considerar como fuentes legales de la corrupción son positivas o no, por un lado pueden dar lugar a actos de corrupción pero por otro lado hay que tener en cuenta que tienen un fuerte componente disuasivo y de prevención y que determinan alguna medidas de retracción por parte de la población por ejemplo ya no veo tanta cantidad de muchachos conduciendo en estado de ebriedad, hay un retroceso, los choferes de vehículos de servicio público ya tienen más control sobre su

²⁴ Opina que no existe un plan integral para combatir la lucha contra la corrupción.

actividad, hay cierto respeto y cierto orden pero también por otro lado he escuchado que algunos pagos o coimas se han incrementado y son sumas mayores de lo que anteriormente se acostumbraba y ese es el problema, pero todo eso tiene un origen en el incumplimiento de nuestro deber con el semejante, el incumplimiento de una norma primaria, el incumplimiento de una norma de conducta, si nosotros cumpliéramos eso no necesitaríamos de tanta norma, de tanta medida, por que acá lamentablemente se está dando un fenómeno de pretender legislar sobre todo tipo de conducta y eso puede ser una fuente de corrupción que tiene un origen legal, se pretende que toda conducta esté normada y toda conducta sea reprimida y eso no necesariamente es lo más correcto, la ética, el respeto al buen comportamiento, el actuar con moralidad, con honestidad, con transparencia, si todos cumpliéramos con eso no necesitaríamos de un paquete de normas que nos estén diciendo si tu haces eso te va pasar esto, y como yo no tengo salida entonces voy a incurrir en conductas que pueden considerarse como ilegales²⁵.

5. **¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?**

Lo que se tiene que hacer es un estudio de hasta que punto algunas medidas, decisiones, normas, sentencias tienen una consecuencia económica, por ejemplo si un Juez dicta una sentencia en un proceso de desalojo por falta de pago de los alquileres y se apiada de la demandada que es viuda con hijos menores y no ordena el desalojo

²⁵ Piensa que es una tarea muy complicada, por eso debemos comenzar nosotros mismos actuando con ética, moral, honestidad, transparencia y respeto a nuestras normas.

no obstante que está incurriendo en la causal, si ese Juez realiza ese tipo de conducta va traer como contraparte un incremento en los alquileres por que va haber una retracción por que nadie va querer alquilar un departamento o una vivienda a una mujer sola con hijos, por que saben que los Jueces fallan a favor de ellas, entonces eso trae una consecuencia, pero lo que pienso es que frente a normas que puedan considerarse de alguna forma que puedan traer a colación actividades de corrupción lo fundamental es trabajar por la enseñanza, por medidas de prevención, en la Fiscalía se está diseñando una política por parte de la Fiscal de la Nación, es mejor educar a un joven a un niño que sancionar a un adulto, nosotros ahora estamos trabajando eso, medidas de prevención en los Colegios estamos educando a los niños, le estamos impartiendo el respeto a la norma, los Fiscales están asistiendo a los Colegios a dictar conferencias, se están formando Fiscales Escolares que son quienes detectan y nos informan sobre la formación de pandillas, se está avanzando hacia eso, en tal sentido, que allí nosotros buscamos eso prevenir, no es necesario tener un bosque de normas que nos regulen todas las conductas y como yo no puedo regular todas esas conductas mi reacción va ser encontrar un atajo ilegal para evitar una sanción, nosotros decimos ahora es preferible enseñar y educar éticamente a un joven que después tener que investigarlo y sancionarlo por un delito²⁶.

²⁶ Cree que antes de elaborar proyectos de leyes, debe impartirse políticas de prevención de delitos empezando por los Colegios por que es mejor educar a un niño o a un joven que sancionar a un adulto.

6. **¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invaluable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?**

El tema es interesante es un tema novedoso es un tema que tiene que ver básicamente con el desarrollo del análisis económico de las conductas, del análisis económico de la consecuencia de darse determinadas normas, por ejemplo la norma que obliga a usar cinturones de seguridad también podría interpretarse que puede traer como consecuencia la realización de hechos de corrupción por que las personas que usaban los cinturones de seguridad comenzaron a descuidar normas de seguridad y conducían sus vehículos a mayor velocidad y eso origina sanciones y a su vez una serie de conductas es decir hay disposiciones que van regulando conductas cuando esas normas de seguridad no deberían dar normas con una sanción por no hacerlo, uno debe tener normas de comportamientos que uno debe cumplir sin necesidad de que tengan que darnos una serie de normas que nos regulen todo lo que tenemos que hacer, en ese sentido, percibo el tema como muy novedoso, pero es fundamental analizar y estudiar si suprimimos ese paquete de normas como podemos controlar las conductas de las personas, que originaría si nosotros sacamos del aparato legal este conjunto de normas que podrían considerarse que son fuente legal de corrupción que pasaría si retrocedemos y regresamos a las multas de tránsito de S/.17.00 y S/.20.00 soles, lamentablemente si uno excede e invade una señal de tránsito que le ordena detenerse implica una multa que si mal no recuerdo es S/.426.00 soles es muy alta y eso es materia de discusión

si el sueldo mínimo hasta donde recuerdo es S/.560.00 soles como voy a poner una multa de S/.426.00 soles por pasar una línea de seguridad, son multas no proporcionales al nivel de vida e ingresos de la sociedad peruana y eso trae como única salida que se trate de llegar a una solución determinada con la autoridad para evitar ese pago, por que es imposible pagar con esos niveles de ingreso, por que un taxista que gana un promedio de S/.20.00 soles diarios neto que alrededor hacen un total de S/.600.00 soles al mes como le voy a poner una multa de S/.426.00 soles el primer día de su trabajo como va solucionar o pagar, no es mejor educar y dictar normas de conducta que tener ese tipo de sanciones tan altas, eso es lo que nos lleva a reflexión, saludo la iniciativa del profesor en el sentido de motivar este tipo de discusión, pero acá básicamente es necesario algunos análisis, la necesidad de la norma, análisis costo beneficio de la norma, análisis de las conductas y que podemos hacer si suprimimos ese tipo de norma, cual sería el panorama que se podría visualizar ante la supresión de esa norma si es congruente eso, creo que ese es un debate que da para mucho más y que seguro ustedes van a tener en su aula²⁷.

²⁷ Si le parece novedoso el tema y también tiene identificadas fuentes legales de corrupción como las normas del actual Código de Tránsito, pero piensa que las mismas no están acorde con el nivel de vida e ingreso de la sociedad peruana, además cree que se debe analizar y estudiar que pasaría si se saca del aparato legal ese paquete de normas, si traería beneficios, por eso debemos comenzar cumpliendo nosotros mismos normas de comportamiento.

ENTREVISTA AL DOCTOR LUIS GALARRETA VELARDE²⁸

1. **¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?**

Si, las fuentes legales de corrupción están en las mismas deficiencias del sistema legal, para citar algunos ejemplos tenemos a la Ley del Nepotismo Ley N° 26771 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, dichas normas no contemplan el caso de las parejas, convivientes, nueras y amigos (compadres) de los funcionarios involucrados en las mencionadas normas.

Es por todos conocido los varios casos de funcionarios que contratan a personas con las que mantienen vínculos afectivos o indirectos, lo que demuestra la necesidad de efectuar una revisión al tema.

Algo similar sucede con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento Decreto Supremo N° 084-2008-EF, que no contemplan la figura de los compadres espirituales.

Desde otra perspectiva puede entenderse por fuentes legales de corrupción la dación de normas incompletas y sin sanción alguna para los infractores, o la creación de instituciones paralelas de las ya existentes las cuales no cuentan siquiera con personal, presupuesto ni objetivos claros.

²⁸ Congresista de la República.

Por ejemplo, hay varias instituciones públicas que gozan de autonomía constitucional, en el sentido más amplio de la palabra, la misma que ha sido una puerta abierta a la corrupción y a la impunidad, la cual no hace otra cosa que hacer que los ciudadanos no crean, o vean con desconfianza a las instituciones.

Por ello es vital que el legislativo haga una norma de desarrollo constitucional de cómo se ejerce la autonomía de Universidades, Gobiernos Regionales y Locales (Municipalidades) de lo contrario se seguirá sintiendo el tufillo de impunidad que vivimos día a día²⁹.

2. ¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?

Por supuesto, más allá de la persecución a los malos funcionarios, hay que tener un equipo de trabajo que se enfoque en detectar dichas fuentes para eliminarlas. Además, debe tenerse en claro, que no se trata sólo de dictar una determinada cantidad de leyes, muy por el contrario es engarzar una con otra, siendo el objetivo final de la creación de un sistema anticorrupción del cual formen parte también el Ministerio Público y el Poder Judicial³⁰.

²⁹ Comenta como ejemplo el caso del Ministro o Congresista que su conviviente ha sacado un jugoso contrato con el Estado, si es que hay una relación sentimental no tiene nada de malo por que es un tema privado, pero si esa relación sentimental trae como consecuencia un perjuicio al Estado, entonces la norma que lo regula encierra una fuente legal de corrupción.

³⁰ Plantea la necesidad de tener una comisión ó un equipo que pueda identificar las normas, pueden ser Representantes del Poder Judicial, que coordinen con Representantes del Poder Ejecutivo, pero que permanentemente esté pendiente de ubicar esas ausencias o vacíos que existen en la ley, ya que puede ser necesario aplicar una sentencia con condena efectiva pero se tiene que absolver por que la misma ley presenta deficiencias, por eso la idea es que ese equipo pueda identificar esas normas para poder derogarlas o ampliarlas.

3. ¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la lucha contra la corrupción?

Creo que en el país este tema no se ha venido manejando de la manera más adecuada, un ejemplo de esto puede observarse con la fallida experiencia de la Oficina Nacional de Anticorrupción ONA, un organismo que podría haber duplicado las funciones de la Contraloría General de la República y el Ministerio Público. Me parece que la idea central es que las deficiencias de las entidades públicas no se solucionan los mecanismos de control, funcionamiento y transparencia de las mismas entidades cuestionadas. En eso radica la eficiencia.

Por otro lado, la actual "política anticorrupción" del régimen lo único que ha conseguido es la generalizada sensación del ciudadano de sentirse permanentemente inseguro de su mismo Estado. La falta de credibilidad de las instituciones son la consecuencia de que las cosas no van por buen camino. Ejemplos de ello hay miles, pero citar algunos citemos uno especialmente álgido: dentro de la tan mentada reforma educativa con la Ley de la Carrera Magisterial, vemos que maestros acusados de violación, tocamientos, abuso de autoridad en general, reciben como único castigo la reubicación (lo mandan a otro Colegio) sin siquiera tomar en cuenta que pueda reincidir en esta conducta³¹.

³¹Considera que la regulación y la lucha contra la corrupción ha sido bastante débil, no hay decisión política de respaldar las instituciones que luchan contra la corrupción, se da muy poco esfuerzo por temas de lucha contra la corrupción en todos los niveles de corrupción, es decir, no ha sido atacada ni con acción de presupuesto, ni con acción de creación de instituciones, ni siquiera ha visto voluntad política en el tema.

4. ¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?

Lamentablemente, creo que si, la profusa legislación peruana es un factor que dificulta las cosas, pues también ha creado una serie de organismos autónomos cuyos titulares y funcionarios entienden dicha atribución como un escudo de protección contra cualquier fiscalización externa o un manto de impunidad que les permite el incumplimiento de las normas de transparencia, pero finalmente coincidiremos en que es una tarea imprescindible³².

5. ¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?

Además de buscar identificar las fuentes de corrupción y establecer sanciones drásticas, creo que deben orientarse a la estandarización de ciertos procedimientos como los vinculados a la contratación de bienes, servicios y personal, el manejo de fondos y la rendición de cuentas de éstos.

Las leyes deben establecer como regla general, las funciones claras, sin ambigüedades ni procedimientos engorrosos ni

³² Cree que es una tarea difícil y complicada, pero piensa que un paso importante es identificarlas, poder tener claro que existen este tipo de normas que en cierta manera legalizan actividades ya sea por acción o por omisión, aunque pueden presentarse posiciones como por ejemplo el caso del hermano de un Ministro que había tenido un contrato con el Estado, pero que por lo que dispone la ley de nepotismo, ya no pueda tener acceso a ello, lo cual resultaba injusto, más aún si no son muy cercanos, ya que el segundo no puede perjudicarse por que el primero llegó a un cargo público interesante, entonces este peso y contrapeso en los argumentos van a estar también en el debate, pero finalmente cree que la decisión política que ve ausente en materia de corrupción es la que más va ser difícil en poder remontar toda esta situación.

multidisciplinarios, ya que en estos casos siempre sucede lo mismo, todos somos los responsables, por lo tanto, nadie es responsable³³.

6. ¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invalorable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?

La denominación de “fuentes legales de corrupción” le parece novedosa aún cuando el concepto que encierra si lo ha conocido, pues es un tema vigente desde siempre y no sólo por el hecho que todos los ciudadanos vivimos día a día con la corrupción, desde la coima que le solicita el trabajador municipal por acelerar el trámite de una licencia o la rifa que quiere vender el policía o el secretario de juzgado.

En cuanto a la identificación de algunas de estas fuentes, como lo he mencionado líneas arriba, tenemos los casos de la Ley de Nepotismo y su Reglamento, así como la amplitud e imprecisión de las “autonomías” de muchos organismos por citar algunos casos³⁴.

³³ Señaló como ejemplo un tema que ha visto mucho en el caso de las UGELES en donde hay denuncias administrativas que prescriben al año, pero los procesos no demoran un año, demoran año y medio o dos años, y cuando después de dos años sale la noticia del profesor que no asistía o del director que se agarró el dinero del mantenimiento que le da el Estado al Colegio, lo que fuese ese resultado ya es innecesario por que la acción ya prescribió, entonces existen estas medidas, por eso cree que deben estar identificadas claramente cuales son estas normas, proponiendo sanciones drásticas y los proyectos de leyes deberían tener en la identificación de cada una de estas normas justamente un análisis individual de cuánto podría mejorar o cuánto podría evitarse en todo caso con la derogatoria de tal o cual norma, esas serían las tres partes que consideraría.

³⁴ Si le parece novedoso el tema, por que las normas se identifican, las normas las conocemos, pero el término como tal no lo tenía agrupado como fuentes legales de corrupción, por que hay normas como las que hemos conversado pero no las tenía asociadas a un conjunto de normas con determinadas características conocidas, pero si es algo para él novedoso, es algo que incluso en las diferentes labores que ha desarrollado puede haber discutido la ley o la norma específica o haber identificado pero no con la idea de que esta es una fuente legal de corrupción, agrega que es importante además que esto se pueda difundir para poder enmarcar bien el debate y saber de que tratan esas normas.

ENTREVISTA AL DOCTOR CARLOS FONSECA OLIVEIRA³⁵

1. **¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?**

Efectivamente, tradicionalmente se han considerado sanciones penales ante los delitos de corrupción y administrativas ante actos de corrupción que no están tipificados o codificados penalmente que no son delitos sin embargo si son corrupción según la concepción que tiene la Defensoría del Pueblo para corrupción, por ejemplo el nepotismo que es una infracción administrativa pero que es un acto de corrupción que no esta tipificado en el Código Penal.

Las fuentes legales, la corrupción es un fenómeno social complejo que permanentemente va mutando en busca de nuevas formas de trasgresión que medren dentro del mismo sistema, esto genera la necesidad de que la legislación y la normativa se vayan adaptando constantemente a los cambios sociales, si esto no se produce la legislación es superada por la realidad, en esos casos la legislación deja de ser efectiva para tutelar los bienes jurídicos que protegen los tipos penales de corrupción, deja de ser efectiva para tutelar los derechos fundamentales que son el fin de la protección del Estado, por que se encuentran consagrados en la Constitución; en ese sentido,

³⁵ Coordinador del Programa de Promoción de la Ética Pública y de la Prevención de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo.

consideramos que una legislación penal desfasada y no actualizada permanentemente y no debidamente concordada con instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes que sirven de interpretación como la llamada *soflot*³⁶ que es una normativa no vinculante que sirve de base para interpretar, si es que no hay una actualización constante y una guía con instrumentos internacionales, podría ser que los instrumentos legales efectivamente sean una fuente de corrupción dado que ya no responden a la realidad, dado que el derecho deja de responder y deja de regular a la realidad, están desfasados y la corrupción sigue mutando como la realidad rápidamente³⁷.

2. ¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?

Le parece que es imprescindible que las normas vinculadas con corrupción sean administrativas, sean penales, sean las normas civiles vinculadas con promoción de la ética pública, estén en permanente actualización y esa actualización debe estar basada en una observación constante de la realidad, este reforzamiento debe basarse en eso en la observación constante de la realidad en post de actualizarla y además de la contrastación y siempre la referencia de instrumentos internacionales como las comisiones más conocidas de

³⁶ Son instrumentos internacionales no vinculantes como declaraciones de la ONU, de la OEA y del Pacto Andino que se llaman función de buen gobierno por que hacen vínculos entre corrupción y derechos humanos, *es como la corrupción afecta al buen gobierno.*

³⁷ Considera que las normas legales deben ir acorde con los cambios sociales.

las Naciones Unidas, de la OEA hay otros instrumentos como el que comento la Soflot que es de las Naciones Unidas que vinculan corrupción y derechos humanos y hay una serie de instrumentos interesantes como el documento de Defensoría del Pueblo que será publicado en donde se ha compilado toda esa normativa sobre corrupción; les parece que las formas o una de las formas de enfrentar la corrupción es actualizando constantemente la normativa a la realidad, esta actualización va permitir que la ciudadanía esté en capacidad de exigir y demandar sus legítimos intereses y sus derechos fundamentales y eso contribuirá directamente a eliminar estas fuentes legales, una legislación actualizada impedirá que la normativa este desfasada y que no respondan a los supuestos que se verifican a diario³⁸.

3. ¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la lucha contra la corrupción?

Le parece que en la opinión del Programa de la Promoción de la Ética Pública y Prevención de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo es que la regulación demanda una actualización constante y que esa actualización debe ser permanente y debe ser además producto de una mirada interdisciplinaria no solamente jurídica sino una mirada que contemple las ciencias sociales y las ciencias humanas para poder aprehender realmente las modificaciones que se producen en la sociedad y así ir adaptando la legislación a lo que sucede constantemente, por eso esa regulación debe ser interpretada de

³⁸ Cree que la legislación que regule la corrupción debe actualizarse constantemente.

manera sistemática e interdisciplinaria y como le mencionaba hace un momento, utilizando aquellos instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes para que la interpretación en base en los principios que protegen los derechos fundamentales de manera tal que la lucha contra la corrupción sea y se desarrolle de manera paralela y se retroalimente con la lucha por defender los derechos fundamentales³⁹.

4. **¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?**

Si, en general las tareas de prevención y lucha contra la corrupción son tareas complejas dada la complejidad del fenómeno que es un fenómeno como le mencionaba que permanentemente cambia en la sociedad y que en vez de intentar destruir el sistema lo que hace es dentro del sistema construye formas de trasgresión que se desarrollan dentro de él, entonces efectivamente la dimensión de las fuentes legales como las llaman en su investigación y que nosotros consideramos con otras denominaciones, es una tarea larga pero es una tarea que hay que emprender y se está emprendiendo y es complicada en realidad por que el tema de corrupción es un tema complejo por que es un fenómeno social complejo que tiene implicancias no solamente jurídicas sino para empezar éticas,

³⁹ Piensa que regulación y eficacia debe ser resultado de una labor interdisciplinaria entre el Derecho y las Ciencias Sociales y Ciencias Humanas.

culturales, sociales, es un fenómeno complejo que demanda una mirada multidisciplinaria e interdisciplinaria⁴⁰.

5. ¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?

El punto de vista de la Defensoría del Pueblo sobre la corrupción como fenómeno social complejo debe ser mirado siempre desde una perspectiva interdisciplinaria, el enfoque jurídico no basta para comprender cabalmente a la corrupción, entonces los proyectos de ley deben partir de una buena comprensión de la realidad basada en un diagnóstico que se haga de manera interdisciplinaria entonces una proposición legislativa tendría que estar sustentada en una lectura de la realidad que se haga no solamente desde el derecho sino también de las ciencias sociales y ciencias humanas que la hagan así más certera⁴¹.

6. ¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invalorable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?

Es una aproximación interesante, en realidad no conocía la denominación “fuentes legales” pero si es equivalente a algunos temas que trabajamos, las causas o fuentes legales que trabajan en su investigación, me parece que son básicamente estos desfases que se generan cuando la realidad se va

⁴⁰ Señala que es una tarea complicada y larga por la complejidad del tema pero lo importante es comenzar esa tarea a través de enfoques multidisciplinarios e interdisciplinarios.

⁴¹ Los proyectos de ley principalmente deben estar basados en los problemas que realmente existen en la sociedad.

modificando a una velocidad que la ley no alcanza y no podría alcanzar si es que no está complementada por una mirada de otras disciplinas, entonces los ejemplos son muchísimos de la legislación que no llega a regular adecuadamente la realidad por que es tardía o por que cuando se emite no se contempla la realidad sino solamente se procura legislar sin haber efectuado una mirada global a la interpretación de la realidad del problema, en conclusión el punto de vista del Programa de la Promoción de la Ética Pública y Prevención de la Corrupción es que el problema de la corrupción siempre debe ser observado como un fenómeno extremadamente complejo que demanda una mirada multidisciplinaria y esa mirada siempre demanda un estudio previo para poder aproximarse a él⁴².

⁴² Le parece novedoso el tema por que no lo tenía identificado como fuentes legales, y si tiene identificada alguna de esas fuentes por que guardan relación con los trabajos que viene realizando el Programa de la Promoción de la Ética Pública y Prevención de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo.

ENTREVISTA A LA DOCTORA NORA MIRAVAL GAMBINI⁴³

1. **¿Tradicionalmente, los sistemas de control social se han dedicado a identificar y sancionar a personas culpables de corrupción. Sin embargo, además de personas culpables de corrupción existen fuentes legales de corrupción. ¿Cree usted en esta afirmación?**

No, por que la norma es clara, la corrupción es de la persona, son los valores y principios propios de cada persona que influyen, ya que si se ofrecen dadas o dinero y la persona acepta, no va haber norma respetada, por eso es la calidad de la persona que no acepta ser sancionada, que no acepta que ha cometido una infracción por escasez de valores, vive al margen de la ley, es decir, los valores y principios están unidos intrínsecamente a la persona, cuando faltan o existe carencia de ellos es cuando incurren en actos de corrupción⁴⁴.

2. **¿Considera imprescindible reforzar los mecanismos de lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de la corrupción?**

Cree que la lucha esta en una educación que nace del hogar y que tiene que ser reforzada en el Colegio, se requiere de padres respetuosos de la ley, que inculquen valores y principios, los que unidos a los que reciben en el Colegio, formaran personas

⁴³ Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial del Callao.

⁴⁴ No cree que hay fuentes legales de corrupción, lo que hay son personas corruptas que no cumplen la ley debido a la falta de valores y principios.

respetuosas incapaces de cometer actos de corrupción, pero si no se inculcan y no se refuerzan, habrá un deterioro de esos valores por que quedaran en los papeles, si no hay hombres y mujeres formados van a dejar pendientes muchas cosas; por ejemplo: el Código de Tránsito entra en vigencia recién después que ha cundido el desorden, por ello los valores deben inculcarse desde el hogar y reforzarse en el Colegio⁴⁵.

3. ¿Qué opinión le merece la regulación y la eficacia acerca de la lucha contra la corrupción?

La corrupción esta presente en todas partes, en todas las instituciones, por que nace del mismo ser humano que es renuente a sujetarse a las normas que establecen un orden de vida, son renuentes; la lucha contra la corrupción ha quedado en el papel no es muy eficaz o no es tomada en cuenta⁴⁶.

4. ¿Cree que eliminar las fuentes legales de corrupción es una tarea complicada y larga?

La tarea es complicada por que los principios y valores no han sido generados desde décadas por que actualmente hay personas que viven sin normas, sin reglas, sin valores, sin principios, y es difícil y largo combatirlos en personas adultas ya formadas con ciertas ideas, lo contrario sucede en caso de los adolescentes por eso es bueno

⁴⁵ Precisa que los mecanismos de lucha contra la corrupción comienzan desde la educación en los hogares y el refuerzo que reciben en los Colegios.

⁴⁶ Considera que es deficiente o no se toma en cuenta.

comenzar con medidas preventivas en los Colegios enseñando a los alumnos que son los actos de corrupción, el Ministerio Público viene realizando labor de prevención a los Fiscales Escolares en los Colegios con la finalidad de darles a conocer las normas legales vigentes que evitaran la comisión de delitos y actos de corrupción por parte de ellos⁴⁷.

5. ¿Qué deben contemplar los proyectos de leyes que busquen eliminar las normas legales de la corrupción?

Todos los proyectos de leyes deben estar orientados al respeto de la Constitución, tener en cuenta los derechos fundamentales de la persona, difundiendo para que exista respeto entre las personas, ver como las normas legales de la corrupción afectan o deterioran a las personas y a la organización del Estado por que en esa forma viene la lejanía el desorden por que cada uno opta por hacer lo mejor que le parece, incurriendo en el comparendo, sobre todo tomando en cuenta que en un país organizado están presentes los derechos fundamentales señalados en la Constitución⁴⁸.

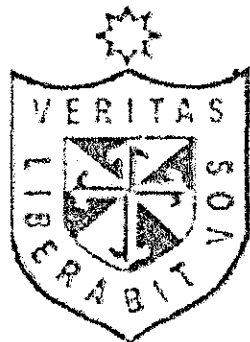
⁴⁷ Piensa que la tarea es complicada y larga por que las personas han sido formadas sin valores, principios, no se les ha inculcado el respeto a las leyes.

⁴⁸ Los proyectos de leyes deben respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

6. ¿Le parece novedoso el tema? ¿Tiene en su larga trayectoria e invaluable experiencia identificada alguna fuente legal de corrupción?

No es tan novedoso por que todos los días en las noticias se toma conocimiento que en las instituciones hay corrupción, es decir, la corrupción está en todos lados, por ejemplo: los comerciantes alteran sus balanzas para robar el peso a los compradores, eso es un acto de corrupción que debe ser controlado y sancionado por las Municipalidades, pero siempre la corrupción está unida a la idoneidad del ser humano, en su campo no ha identificado ninguna fuente legal de corrupción, considera que se trata de los operadores por que la norma está dada, depende del ser humano que la apliquen o cumplan bien o no, cree que el problema es el hombre por que las leyes son buenas pero el ser humano está pensando siempre en como sacar ventaja o provecho de alguna situación, vivimos en una sociedad que está al asecho de lo que se puede beneficiar, de que beneficio obtener, sacando provecho ya sea a través de dádivas o coimas, es el ser humano el propenso a no cumplir las normas con tal de sacar lucro o beneficio⁴⁹.

⁴⁹ No le parece novedoso el tema por que a diario recibe información al respecto, no ha identificado dentro de la labor que desempeña alguna fuente legal de corrupción.



UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

DOCTORADO EN DERECHO

ENCUESTA

1. **¿Considera que la corrupción es el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr su desarrollo?**
A) SI
B) NO
C) NO SABE, NO OPINA

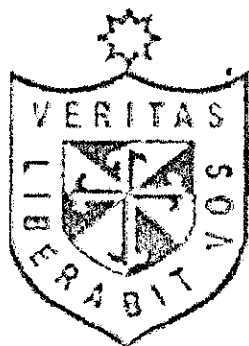
2. **¿Sabe usted que así como hay personas culpables de corrupción, hay también normas jurídicas que son fuente de corrupción?**
A) SI
B) NO
C) NO SABE, NO OPINA

3. **¿Quién cree que sean los responsables de la existencia de fuentes legales de corrupción?**
A) PODER EJECUTIVO
B) PODER LEGISLATIVO
C) NO SABE, NO OPINA

4. **¿En qué sector o institución de la administración pública considera que existen más fuentes legales de corrupción?**
A) POLICIA NACIONAL

- B) PODER JUDICIAL
- C) NO SABE, NO OPINA

5. ¿Podría usted decir algún ejemplo de fuente legal de corrupción?
- A) IMPOSICIÓN DE MULTAS ADMINISTRATIVAS
 - B) IMPOSICIÓN DE PAPELETAS DE TRÁNSITO
 - C) NO SABE, NO OPINA



UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

DOCTORADO EN DERECHO

ENCUESTA

6. **¿Cree usted que la formulación de denuncias frente a los actos de corrupción resulta efectiva?**
A) SI
B) NO
C) NO SABE, NO OPINA

7. **¿Qué factores influyen en la no denuncia de los actos o fuentes legales de corrupción?**
A) DESCONOCEN LOS TRÁMITES
B) NO CREEN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
C) NO SABE, NO OPINA

8. **¿Considera que sería necesario reformar las instituciones o sectores percibidos como más corruptos?**
A) SI
B) NO
C) NO SABE, NO OPINA

9. **¿Considera usted que es necesaria una reforma del Estado para ganar eficiencia, calidad en la prestación de servicios y competitividad?**
A) SI

- B) NO
- C) NO SABE, NO OPINA

10. ¿Cree que debería fortalecerse el Sistema Nacional de Control?

- A) SI
- B) NO
- C) NO SABE, NO OPINA

CONCLUSIONES GENERALES

1. El Sistema Normativo Peruano contienen normas que generan corrupción, de los cuales se aprovechan las personas que incurren en los delitos de corrupción.
2. La deficiente o ambigua redacción de las normas en el Sistema Jurídico Peruano, son elementos de corrupción.
3. El analfabetismo en nuestro territorio limita a la población rural el acceso a la información de las normas legales en el diario oficial El Peruano.
4. La alta corrupción en la administración pública de mayor relevancia son con relación con el funcionamiento de las licitaciones y adjudicación, la defraudación de los fondos públicos, así como el fraude fiscal y el tráfico de influencias.
5. La corrupción en el Perú ha estado presente desde la etapa de la desaparición de la burocracia colonial, donde se dieron al ascenso de las clases medias al poder, convirtiéndose en la base política de la organización de la República en formación.
6. La corrupción es el principal problema que enfrenta el Estado y que le impide lograr su desarrollo, así como hay personas culpables de corrupción, hay también normas jurídicas que son fuente de corrupción, y que por ello es necesario reformar las instituciones o sectores percibidos como más corruptos.

RECOMENDACIONES

1. Efectuar las modificaciones de las normas cuyos ejemplos obran en autos
2. Que, el Congreso de la República o cada Unidad Normativa tiene una labor de Auditoría Normativa para ser expulsados del sistema jurídico las normas que generan corrupción.
3. Otorgar un plazo de 180 días para que los sectores de la administración pública alcancen las normas deficientes o ambiguas al Congreso para su revisión parlamentaria.
4. Implementar el marco normativo jurídico de la Participación Ciudadana en la lucha contra la corrupción los “Contralores Cívicos” y la necesidad de transparencia en la administración pública es imperiosa.
5. La información es arma contra la corrupción, entonces hay que darle a la sociedad los sistemas de control eficaz, para ello hay que educar a la ciudadanía con campañas de prevención, con medidas que apunten a enseñar a la población, ya que el problema radica en que desde niños nosotros tenemos una enseñanza en cuanto a la trasgresión de la norma.
6. Que, la promulgación de las normas legales también se hagan en lenguas nativas para su publicación en las regiones quechua hablantes.
7. Incentivar los programas de alfabetización del adulto mayor en las zonas rurales de las regiones con mayor incidencia poblacional.
8. Detectar normas legales que son fuentes de corrupción, frente a la inveterada costumbre de detectar personas culpables de corrupción.
9. Promover el fortalecimiento del sistema de Lucha contra la Corrupción articulado e Institucionalizar en la administración pública las prácticas de buen gobierno, la ética, la transparencia y la lucha contra la corrupción.

10. Que se alienten y promuevan activamente la participación de las organizaciones no gubernamentales y de bases comunitarias, así como la de otros elementos de la sociedad civil, y a que despierten la conciencia pública ante la corrupción y lo que puede hacerse frente a ella.

CONTRASTACIÓN DE LAS HIPOTESIS

ANÁLISIS DE ENCUESTA

Objetivos:

General

- a. Obtener información que permita identificar cuantitativamente las opiniones de los especialistas en Derecho, en la encuesta, sobre la investigación de la necesidad de eliminar las causas legales de la corrupción, formulada a los Magistrados, Fiscales, Consejeros, Docentes, Abogados en ejercicio en Lima Metropolitana.
- b. Presentar alternativas deseables que permitan determinar de qué manera es imprescindible reforzar los mecanismos legales de viabilicen la lucha anticorrupción para dirigirlos también a eliminar las fuentes legales de corrupción.

Específicos:

- c. Recopilar información de los criterios de los profesionales encuestados sobre el problema de investigación
- d. Procesar la información seleccionada con técnica estadísticas apropiadas que permitan realizar la contrastación de las hipótesis de trabajo operacional.

Diseño y Descripción del Marco Muestral:

Población y cobertura del Marco Muestral

- e. La información básica del Marco Muestral ha sido tomada de muestras selectivas en los profesionales del Derecho.

- f. El Marco Muestral está constituido por el conjunto de unidades muestrales del cual se seleccionará la muestra.
- g. En el Marco Muestral se considera en primer lugar el listado de los Magistrados, Fiscales, Docente y Abogados en ejercicio de distinta materia, de modo que tengan las mismas probabilidades de ser elegidas en la muestra.

La encuesta de opinión y los cuadros estadísticos se encuentra acompañada en los Anexos del presente trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFIA

- **ALEGRÍA BARONA, Ciro.** “El Estado y sus Fines”. IUS ED VERITAS – PUCP N° 21 -2000.
- **ALLAN ARBUROLA.** Derecho. Los fines del Derecho. En: www.mailxmail.com/curso-derecho-conceptos/derecho-fines-derecho.
- **ANDRADE SÁNCHEZ, EDUARDO:** “Teoría General del Estado, editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, D.F. año 1987.
- **BISCAYI, Pedro.** Estrategias de Lucha Contra la Corrupción Algunas Reflexiones para el Contexto Latinoamericano, Lectura N° 03-a, Revista Probidad N° 26-Marzo 2004, Argentina, Fuente: cipce@fibertel.com.ar
- **BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO.** Universidad de Valencia. En: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2009/borja09.htm>
- **FERRERO, Raúl** “Teoría del estado”. Universidad Católica del Perú, Librería Studium S.A.
- **GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.**
- **J. RAMIRO PODETTI,** Teoría y técnica del proceso civil. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1963, p. 408.

- **KELSEN, Hans** "Teoría General del Estado". Editora Nacional, 1959.
- **KEOHANE Robert O.** "Internacional Instituciones: two Approaches, "Internacional Studies Quaterly 32 N° 4 (December1988) 384.
- **MERTON** "Estructura social y anomia: revisión y ampliación". American Sociological Review-3, año 1938.
- **QUIROZ SLAZAR, William.** La Investigación Jurídica, 1ra. Ed., diciembre 1998, Editorial IMSERGRAF E.I.R.L., Lima – Perú.
- **YEHEZKEL DROR. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL.** En: Zolezzi, Ibarcena. Introducción a la Sociología del Derecho. Lima, 1970. P.U.C.P. Programa Académico de Derecho. pg. 343.

ANEXOS

NORMAS QUE GENERAN CORRUPCIÓN

I. **NORMA** : TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL
MINISTERIO PÚBLICO - DECRETO LEGISLATIVO N° 052 --
ARTÍCULO 9°

SUMILLA : INEXISTENCIA DEL PLAZO DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS:

El artículo 9° dice: “El Ministerio Público conforme al inciso 5 del artículo 250’ de la Constitución Política (la referencia es al artículo 159’ de la Constitución actual) vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las fuerzas policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella, orientándola en cuanto a las pruebas que sean actuar y la supervigila para que cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal.

Igual función corresponde al Ministerio Público, en las acciones policiales preventivas del delito”.

El artículo bajo comentario colisiona con el principio de celeridad que constituye uno de los deberes de los magistrados, consagrado en el inciso 1 del artículo 184° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que le es aplicable a los miembros del Ministerio Público atendiendo a lo dispuesto en el artículo 158° de la Constitución Política. Asimismo también colisiona con el principio del debido proceso aplicado también a la investigación policial y en el ejercicio de su función

de velar por la recta administración de justicia, consagrado en el artículo 1° del TUO de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

De la lectura del artículo bajo análisis, vemos que no se establece un plazo en la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, durante la etapa policial, lo que ocasiona que, la Policial Nacional, tenga un amplio margen de tiempo para elaborar el documento policial que finalmente va a servir de sustento al Fiscal Provincial para su pronunciamiento, ya sea archivando la denuncia o formalizando esta ante el Poder judicial, generando que tanto miembros de la Policía Nacional como del Ministerio Público manejen muchas veces arbitrariamente el tiempo de investigación.

No es necesario que el Fiscal abunde en la investigación preliminar, busque todos los elementos probatorios para hacer su denuncia, es necesario, sólo que cuente con los elementos probatorios sobre los hechos que va a denunciar, porque la investigación conforme al sistema vigente obviamente la va a dirigir al Juez; al respecto el Tribunal Constitucional, cuando trata de la investigación preliminar por el Fiscal previa al proceso penal: se requiere -dice- la existencia de elementos probatorios básicos para el inicio de la investigación judicial, pero observando las normas constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico constitucional, de tal manera que la investigación preliminar dirigida por el Fiscal o por la Policía con intervención del Fiscal, está sujeta pues a principios y garantías del debido proceso, entendiéndose a este no solo para el proceso judicial, sino que también, se aplica, el debido proceso, en la investigación preliminar o policial, se tiene que respetar los derechos de defensa, el derecho a la presunción etc., de tal manera de que la idea fundamental de una investigación es que se sujete a la búsqueda de elementos probatorios, pero con respeto a los derechos fundamentales, y una de las manifestaciones al respeto a los derechos fundamentales es precisamente, la no dilación de la investigación

preliminar, debiendo ésta darse dentro de un plazo razonable. De lo expuesto se colige que, el Tribunal Constitucional entiende que la investigación se debe dar dentro de un "plazo razonable", esto es, un plazo que no sea muy "breve" o que tenga una "duración excesiva".

Sin embargo, hay que tener presente que, bajo la premisa del plazo razonable establecido por el Tribunal, se siguen afectando derechos fundamentales de la persona y principios que garantizan una investigación justa e imparcial, dado que, al no encontrarse previsto en la norma el tiempo de duración de la investigación, sucede que algunos miembros de la Policía Nacional y del Ministerio Público, sean protagonistas de actos de corrupción para favorecer o bien al denunciado (imputado) o bien, al agraviado, manejando a conveniencia el plazo investigatorio, ocasionando que con la dilación se produzca más adelante, la prescripción del ilícito y el estado de zozobra de los intervinientes o por su brevedad, el ocultamiento, la precariedad de los indicios o elementos inculpatorios o exculpatorios necesarios para el pronunciamiento final por el Ministerio Público. Es así que, a fin de evitar actos corruptores, se debe en este caso, señalar, de acuerdo a tipo penal en cuestión, un plazo expreso bajo responsabilidad, para la conclusión de la investigación preliminar, con algunas excepciones, atendiendo a la dificultad y complejidad del caso en concreto.

Finalmente si bien en algunos distritos judiciales se está implementando la vigencia del nuevo Código Procesal Penal en el que sí se establecen plazos de investigación, no obstante en otros distritos judiciales, como Lima, en los que aún no ha entrado en vigencia dicho cuerpo normativo, se hace indispensable que respecto a los plazos investigatorios, se disponga de una norma que lo establezca en forma provisoria hasta que entre en vigencia el nuevo código antes acotado.

II. **NORMA** : TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER
JUDICIAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 052 - ARTÍCULO 62° Y

66°

SUMILLA : JUNTA DE FISCALES SUPREMOS Y ATRIBUCIONES DEL FISCAL DE
LA NACIÓN.

ANÁLISIS:

El artículo 62° dice: *“Los Fiscales Supremos se reúnen bajo la Presidencia del Fiscal de la Nación y a su convocatoria.*

Son atribuciones de la Junta de Fiscales Supremos:

- 1. Solicitar la sanción disciplinaria de destitución de los Fiscales al Consejo Nacional de la Magistratura.*
- 2. Aprobar a iniciativa del titular del Pliego, el Presupuesto del Ministerio Público;*
- 3. Elegir en votación secreta al representante del Ministerio Público ante el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo nacional de la Magistratura conforme a la Constitución”.*

El artículo 66° dice: *“Son atribuciones del Fiscal de la Nación:*

- 1. Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad.*
- 2. Ejercitar ante la Sala de la Corte Suprema que corresponda, las acciones civiles y penales a que hubiere lugar contra los altos funcionarios señalados*

en el artículo 99° de la Constitución Política del Estado, previa resolución acusatoria del Congreso.

- 3. Formular cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos; y*
- 4. Ejercer el derecho de iniciativa legislativa, conforme a la Constitución”.*

Estas normas colisionan con el principio de transparencia en las decisiones de la administración del órgano autónomo del Ministerio Público y el de la doble instancia.

Los artículos bajo análisis, están referidos a las facultades o atribuciones del órgano colegiado constituido por la Junta de Fiscales Supremos y por el Fiscal de Nación. Ahora bien, de la lectura de ambos artículos podemos apreciar que no se menciona en ellos la facultad de poner en consideración por el Fiscal de la Nación a la Junta de Fiscales Supremos, las acciones civiles y penales contra los altos funcionarios del Estado, así como en los casos de enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos, los mismos que quedan a decisión unilateral del Fiscal de la Nación, omisión que permite que el Fiscal de la Nación concentre el poder en sus manos en estos casos, sin que sea puesto a debate y decisión del órgano colegiado de la Junta de Fiscales Supremos, lo que evitaría una suerte de politización en asuntos en los que estén involucrados los altos funcionarios ligados al gobierno de turno, dejando al libre albedrío de la decisión unilateral y muchas veces arbitraria en asuntos que son de interés público, por la envergadura del cargo y la delicada función que desempeña un funcionario del Estado. Entonces, siendo un órgano colegiado parte de una entidad Pública, es un instrumento jurídico colectivo que delibera y acuerda decisiones democráticamente por consenso, unanimidad o mayoría, los cuales expresan la voluntad unitaria respecto de un interés público, con mayor razón teniendo la

facultad de revisar en última instancia las resoluciones del Fiscal de la Nación. No es conveniente entonces, que se deje en manos de una decisión unilateral un asunto de tanta importancia nacional, pues, puede suceder, como es natural, que el Fiscal de la Nación cuya gestión coincida con un gobierno del cual guarda simpatía política, pueda prestarse a favorecimientos ya sea generando la impunidad omitiendo denunciar o por el contrario prestarse a intereses políticos de revancha a través de denuncias que no tienen sentido, ello teniendo en consideración gestiones pasadas de Fiscales de la Nación, que se han visto involucrados en actos corruptos, precisamente por la concentración de poder en asuntos tan delicados que ameritan ser debatidos y decididos por todos los miembros que conforman la Junta de Fiscales Supremos.

III. **NORMA** : LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - DECRETO
LEGISLATIVO N° 1017 (04/06/2008) – ARTÍCULO 53°

SUMILLA : OBSTÁCULOS PARA LA REVISIÓN DE LOS RECURSOS

IMPUGNATIVOS

ANÁLISIS:

El artículo 53° dice: *“...El recurso de apelación será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad siempre y cuando el valor referencial del proceso no supere las seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En caso el valor referencial del proceso de selección sea superior a dicho monto, los recursos de apelación serán conocidos y resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, en la forma y oportunidad que establezca el Reglamento de la presente norma, salvo lo establecido en la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final. La resolución que resuelva el recurso de apelación agota la vía administrativa...”*

El artículo bajo comentario colisiona con los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, de trato justo e igualitario, este último referido a que todo postor de bienes, servicios o ejecución de obra debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes a la de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley; principios que entre otros, rige la actuación de los agentes públicos y privados que intervienen en las contrataciones y adquisiciones estatales.

Es preciso indicar que con fecha 04 de Junio del 2008 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Nueva ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y deroga a partir de su vigencia la Ley N° 28650.

Para entender un poco la figura de la solución de controversias, resulta importante hacer referencia a la ley derogada; así tenemos que, en dicha norma los hechos que ameritaban cuestionamientos entre la entidad y los participantes, eran observados por el Comité Especial como autoridad responsable y sus decisiones podían ser discutidas por los postores que se consideraban perjudicados con su emisión pudiendo éstos impugnar mediante el recurso de apelación, los actos del Comité ante el titular del pliego (máxima autoridad institucional) y si no se encontraba satisfecho con la medida dictada en segunda instancia, podía ser revisado por el Tribunal Superior de CONSUCODE, (mediante recurso de revisión) luego agotada esta vía administrativa, aun había la posibilidad de recurrir al Poder Judicial a través de acción contenciosa administrativa.

Ahora bien, esta nueva ley en lo que respecta a la figura de la impugnación en caso de discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores **en un proceso de selección**, ha variado con relación a la ley anterior; entre otros, está el haber establecido que dicho recurso será conocido y resuelto por el

titular de la Entidad (mediante recurso de apelación), siempre que el valor referencial del proceso no supere las 600 UITs.,(el valor referencial está determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado y en función del análisis de los sistemas de comercialización a partir de especificaciones técnicas o términos de referencia y costos estimados en el Plan Anual de Contrataciones) caso contrario, es decir, solo de superar ese monto corresponderá resolver la apelación, al Tribunal de Contrataciones del Estado (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) lo que antes se denominaba Consejo Supervisor de Contrataciones del Estado (CONSUCODE), actuando en última instancia administrativa, desapareciendo el recurso de revisión de la ley anterior.

Ahora bien, la finalidad que persigue todo procedimiento de selección es abastecer a una entidad de determinado bien, obra o servicio que ésta requiere para cumplir con sus finalidades públicas, de manera ágil y operativa, no obstante, ello no implica que, bajo este sustento se tenga que limitar a los postores o participantes en el proceso de selección sometiéndolos a la decisión únicamente del titular del pliego y negándoles la posibilidad de recurrir a la máxima autoridad administrativa que es el Tribunal de Contrataciones del Estado. Esto significa que la mayoría de los procesos de selección tengan que ser revisados por el propio titular del pliego, es decir por la misma entidad, pues ya no van a poder recurrir al Tribunal de Contrataciones del Estado (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por haberse establecido un monto de 600 UIT, del valor referencial, prestándose estos a malos manejos y arreglos bajo la mesa dado que va a ser la misma entidad requiriente quien en única y definitiva instancia decida las controversias surgidas promoviendo de esta manera que malos funcionarios que detentan el poder en la propia entidad, movido por intereses particulares decidan a su conveniencia, para que, por

ejemplo determinada empresa prestadora de bienes, servicios u obras resulte desfavorecida en la decisión, por cuanto ya se ha determinado el otorgamiento de la buena pro (bajo la mesa) a favor de otra empresa que satisface sus intereses particulares (mediante coimas y otros beneficios personales), en perjuicio incluso de la propia entidad estatal requirente. Situación que adquiere gravedad sobre todo teniendo en cuenta que se mueve mucho dinero a través de este tipo de contratos, propiciando y generando corrupción en las esferas más altas de la entidad estatal.

IV. NORMA : ORDENANZA 1275 (QUE FACULTA A LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA A INTERVENIR EN PROCESOS DE LICENCIAS DE HABILITACIÓN URBANA Y DE EDIFICACIÓN SI SE DENUNCIAN TRANSGRESIONES A LA NORMATIVA OFICIAL)

SUMILLA : OMISIÓN DE UN PLAZO PARA LA REVISIÓN DE LAS LICENCIAS DE HABILITACIÓN URBANA Y EDIFICACIÓN

ANÁLISIS:

Artículo único "...La Municipalidad Metropolitana de Lima ante la solicitud debidamente fundamentada de revisión del expediente que presente una Junta Vecinal calificada, las personas jurídicas y naturales inmediatamente vecinas, un órgano público o un órgano de la propia Municipalidad solicitará a la Municipalidad Distrital que corresponda el expediente que origina la licencia en cuestión..."

Esta norma colisiona con los principios de cosa decidida, eficacia, principios que entre otros, rige la actuación dentro de un procedimiento administrativo, previstos en el artículo IV del título preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Esta norma pretende suplir a las Municipalidades Distritales en el control de las obras de construcción, pero al agregársele esta nueva "atribución" a la Municipalidad de Lima, nada garantiza que no se reproduzcan o incrementen los problemas que la ordenanza pretende resolver. "La Municipalidad de Lima, parte de una hipótesis equivocada, en el sentido que la reiterada revisión de documentos es suficiente garantía para que las construcciones sean seguras y de calidad. Olvidan que los principales problemas surgen porque la gran mayoría de edificaciones /el 70% de las viviendas cuando menos) se construyen sin asistencia profesional y sin licencia y que es necesario fortalecer la gestión de supervisión de las municipalidades distritales"

Ahora bien, esta ordenanza municipal no fija el plazo dentro del cual los vecinos puedan presentar reclamos luego de emitida la licencia municipal, lo que va a implicar que todo el tiempo la licencia esté sujeta a la revisión, por no haberse establecido un plazo prescriptorio para la interposición de denuncias por parte de terceros y para la avocación, por parte de la comuna limeña, al conocimiento de las mismas y la emisión de un pronunciamiento con respecto a la nulidad o ratificación de las licencias de habilitación urbana y edificación otorgadas por las municipalidades distritales. Lo que va a generar que malos funcionarios estén sacando provecho de la situación para obtener beneficios particulares, estando los empresarios sometidos permanentemente a una situación de incertidumbre, dado que en cualquier momento se les puede revocar la licencia, cuando ya han invertido en la obra e incluso – en el caso de edificaciones para vivienda – han vendido, dichas viviendas, en planos perjudicando, de este modo, no solo al sector empresarial, desincentivando la inversión, sino también a los ciudadanos que en su afán de adquirir una vivienda se ven frustrados en sus proyectos, generando así la corrupción en esta materia. No obstante la mencionada omisión, la potestad conferida a la Municipalidad Provincial de de Lima no debe

entenderse por un periodo indeterminado puesto que ello entrañaría una contravención a la seguridad jurídica en la medida que nadie tendría certeza sobre la firmeza y conservación de los derechos adquiridos tras la prosecución de procedimientos administrativos regulares.

V. **NORMA** : DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF-REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (D.L. 1017)

SUMILLA : OBLIGATORIEDAD DE ESTAR INSCRITO EN EL REGISTRO

NACIONAL DE PROVEEDORES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

ANÁLISIS:

El artículo 252° dice *“Los proveedores accederán a los Registros de Bienes de Servicios de Consultores de Obras y de Ejecución de Obras, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y cumpliendo con los requisitos, tasas criterios y escalas establecidos en el TUPA del OSCE ...”*

Esta norma colisiona con los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia, principios que rigen la actuación de los agentes públicos y privados que intervienen en las contrataciones y adquisiciones estatales previstos en el artículo 8° de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo n° 1017.

Para ser postor en procesos de selección que se realizan bajo la Ley de Contrataciones del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores y no estar sancionado e impedido para contratar con el Estado. Ahora bien, como vemos, toda aquella empresa sea grande o pequeña que quiera contratar con el Estado deberá previamente estar inscrito en el Registro Nacional

de Proveedores. Lo grave de esta norma reside en que se les obliga a los que desean contratar con el Estado a tener que pagar anualmente, que es el tiempo de vigencia de la inscripción, una tasa según el TUPA del OSCE, basado en relación a las ventas anuales brutas de la persona natural o jurídica. No obstante en la práctica no tiene sentido este Registro por cuanto no se recibe prestación alguna por ello.

Esto refleja la falta de una buena regulación en materia de adquisición estatal que impacta negativamente en diversos campos e incluso en el humor de los grupos sociales que esperan la ejecución de obras o la atención de necesidades que el Estado demora en satisfacer. Prueba de ello es lo que ha sucedido, por ejemplo en el caso del terremoto que afectó el sur, cuya reconstrucción que enfrenta diversos problemas, tiene un ingrediente adicional en la dificultad de hacer andar procesos de contratación ágiles y transparentes que eviten la corrupción.

No puede ser que el Registro Nacional de Proveedores no sirva virtualmente para nada, salvo para cobrar dinero a las empresas por los trámites que hay que efectuar, para que sancionen por asuntos intrascendentes a muchas empresas que lo único que quieren es hacer negocios con el Estado. En lugar de crear incentivos para que más empresas participen en los procesos de adquisición y abaratar los costos de la compra pública, se han creado incentivos para la corrupción mediante una normativa que hace mucho dejó de funcionar.

VI. **NORMA** : LEY N° 27867 LEY ORGÁNICA DE GOBIERNOS
REGIONALES

SUMILLA : CAUSAL DE VACANCIA O SUSPENSIÓN POR CONTRATACIÓN
DE FAMILIARES.

ANÁLISIS:

En el art. 30 de esta ley: vacancia

No considera en ninguno de sus incisos el hecho de la vacancia del Presidente, Vicepresidente y/o de quien le sigue en el cargo jerárquico al darse la contratación a puestos, en relación a familiares directos. Lo que hace que se produzca la figura del nepotismo, es decir la preferencia que tienen algunos gobernantes o funcionarios públicos para dar empleos públicos a familiares o amigos sin tomar en cuenta la competencia de los mismos para la labor.

Utilizan también para la colocación en puestos en diferentes entidades, de la influencia que tienen, es decir se da el delito de tráfico de influencias favoreciendo ya sea a familiares e incluso a otras amistades. Aunque tenemos casos que en nuestro medio basta muchas veces para sorprender a las personas el tener el carácter de familiar cercano para utilizar éste hecho a favor propio.

VII. NORMA : ORDENANZA N° 227-2007-MDSMP

SUMILLA : ELEVAN DE MODO EXORBITANTE TASAS POR

CARENCIA DE LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO

ESTABLECIMIENTOS

ANÁLISIS:

Si bien conforme al Art. 191 de la Constitución Política del Perú las Municipalidades provinciales y distritales, son los órganos de gobierno local; y, cuentan con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Y si bien la Constitución no se refiere de manera específica a las ordenanzas municipales que ésta emite en base a la atribución normativa de los municipios, salvo la referencia que se hace en el art. 200, inc. 4 en el sentido que de su interpretación da pie a sostener que los municipios tienen la potestad, efectivamente, de dictarlas, cuando el segundo párrafo establece que «corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras», lo que quiere decir el texto es que los municipios, en tanto entes autónomos del Estado, tienen su propia capacidad normativa, en el entendido que ésta se debe referir, exclusivamente, al ámbito de su competencia.

Facultada asimismo conforme al Art. 7A y 196 de la Constitución a crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. En tal sentido, los Municipios vienen aplicando mediante sus Ordenanzas las sanciones pertinentes por el incumplimiento de las Licencias de Funcionamiento de los diversos establecimientos comerciales; sin embargo, no se hace ningún tipo de distingo por el tamaño, volumen de venta y/o tiempo de funcionamiento.

Por otro lado considerando que la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es el indicador base a partir del cual se hacen los diferentes cobros de impuestos, multas y otros; y, que su valor se viene incrementado año a año, siendo en el 2009 la suma de S/. 3,550.00.

Es así que mediante la Ordenanza N° 227-2007-MDSMP se considera la ampliación de la sanción de aplicación de notificación por carecer de licencia de funcionamiento a local de venta en general de entre 1 a 3 UIT.

Lo que lleva a que muchas personas que finalmente no cuentan con un "real establecimiento", sino sólo con pequeños lugares acondicionados para recabar un ingreso que les permita subsistir se ven enfrentados a pagos irracionales; y, otros quienes si bien tienen un mayor ingreso no alcanza tampoco en modo alguno los montos fijados, lo que hace que ofrezcan al interventor "arreglos" que incrementan la corrupción.

VIII. **NORMA:** TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO NACIONAL
DE TRÁNSITO

SUMILLA: ONEROSIDAD EN APLICACIÓN DE SANCIÓN POR
BREVETE VENCIDO MENOR A UN MES.

ANÁLISIS:

La reciente norma especifica que los choferes que manejen con un brevete vencido en un término no mayor de un mes, serán sancionados con S/. 852 soles (24% UIT) y serán inhabilitados para obtener la licencia por 6 meses. Si el brevete hubiera vencido en un término mayor a un mes, el conductor será sancionado con la misma multa pecuniaria, pero inhabilitado para obtener el brevete por dos años. En ambos casos se les retendrá el vehículo y la licencia de conducir.

Monto que como es lógico deberá pagar á efecto de evitar la retención del vehículo; sin embargo la norma no es acorde con la realidad de muchos peruanos que se vieron obligados al ser cesados en sus trabajos, la recesión por la que se atravesó que les obligó a adquirir una unidad motorizada para poder cubrir sus necesidades básicas y que en la actualidad no reporta la ganancia o utilidad para cubrir montos tan exorbitantes de pago de multas; más aún teniendo en cuenta la deficiencia que adolecemos en la expedición de los brevets, por el tiempo que ello implica.

Esto unido al hecho que se le obstruirá mediante la inhabilitación hará que muchos choferes, así como las autoridades encargadas de su aplicación busquen "transar" en un arreglo para que no se aplique la sanción establecida.

IX. NORMA: TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO NACIONAL
DE TRÁNSITO

SUMILLA: APLICACIÓN IRRESTRICTA DE SU CUMPLIMIENTO A
PERSONAS CON CARGO

ANÁLISIS:

La ley se ha hecho para cumplirla; y su violación o trasgresión hace que la ciudadanía pierda no sólo el respeto a la misma, sino que si ésta es benevolente con quienes deben de dar el ejemplo; ven en el acto corrupto un hecho normal, más aún si el mismo es publicado en un medio de difusión masiva.

Así, si bien la Nueva Ley del Código de Tránsito ha sido defendida por las entidades competentes como un medio de frenar el auge de accidentes de tránsito, se aprecia que en los pocos días de su aplicación la misma no se ha producido en caso de personas que tienen algún cargo: ejemplo el Alcalde de Tumbes que sólo fue amonestado, según publicación del Diario Correo de Lima del 04 del presente. Es decir la ley no se aplica con la igualdad que estipula la Constitución Peruana Art. 2 inc. 2

Así la ecuación penalizadora reglamentaria ideal es más o menos esta: a falta grave cometida, multa correspondiente aplicada, con cargo a su cancelación inmediata, de grado y fuerza.

Ahora viene la otra ecuación: a falta grave cometida, multa no necesariamente aplicada por obra y gracia de la policía, con cargo a un "arreglo" (así entre comillas) con el infractor, "arreglo" (valga la repetición) que ni la dirección de la PNP ni el Ministerio del Interior estarían en condiciones de erradicar

La coima no está sujeta a una valoración ética sino a la configuración de un delito. En todo caso aquí sería más aplicable la ley de régimen disciplinario de la policía, que el Congreso debería aprobar cuanto antes.

X. NORMA : LEY N° 29320 LEY QUE MODIFICA EL ART. 21 DE LEY N°
28687 Y DE DESARROLLO Y COMPLEMENTARIA DE
FORMALIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INFORMAL, ACCESO
AL SUELO Y DOTACIÓN DE SERVICIO BÁSICO.

SUMILLA : NUEVA LEY INTENSIFICA TRÁFICO DE TERRENOS

ANÁLISIS:

La nueva Ley 29320 pone tres condiciones para titular: que se trate de invasiones anteriores al 31 de diciembre del 2004, que estén consolidadas y que no hayan podido ser tituladas por otros mecanismos. Los litigios en marcha no importan, pues igual procederá la expropiación.

Si bien hay que reconocer que el propósito de la ley es la solución del problema social que significa la situación de informalidad en que se encuentran los invasores de terrenos, lo cual es encomiable. Lo criticable no es el propósito sino el medio; en este sentido pudo escogerse otro mecanismo legal, con criterio técnico y en el marco de la Constitución. Así, por ejemplo, y sin recurrir a apropiaciones, podría autorizarse al Estado a proponer transacciones con los propietarios de predios invadidos, asumiendo inicialmente esta la responsabilidad por el pago y estableciendo, de manera simultánea, mecanismos de cobro a los beneficiarios; asimismo, podrían mejorarse los mecanismos legales para hacer más expeditiva la prescripción adquisitiva de propiedad.

Los primeros beneficiados con la ley son los traficantes de tierras, pues con ello se legitima las ventas que hicieron sobre terreno privado y da credibilidad para futuras invasiones con los consiguientes cobros a los futuros beneficiarios que requieren un lugar donde vivir.

Asimismo se atenta contra el derecho a la propiedad privada y se vulnera la posibilidad de defensa por medio de un juicio, ya que se declaran nulos todos los

actos jurídicos en marcha con tal de favorecer a los ocupantes informales; y, la seguridad jurídica de las transacciones, pues se ordena anular todo contrato hecho por las comunidades campesinas sobre terrenos invadidos. La nulidad de un acto jurídico solo es potestad del juez.

XI. **NORMA** : CÓDIGO PENAL – DECRETO LEGISLATIVO N° 635

SUMILLA : RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR EDAD.

ANÁLISIS:

Artículo 22° del Código Penal.- Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga mas de dieciocho y menos de veintiún años, o mas de sesenta y cinco, al momento de realizar la infracción.

Esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menos de veinticinco años o cadena perpetua”.

*Al establecerse la palabra podrá, se deja al criterio del juzgador la reducción de la pena cuando el agente este dentro de los requisitos señalados en el mismo artículo. Por este motivo podría general corrupción.

XII. **NORMA** : LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PUBLICO –DECRETO
LEGISLATIVO N° 052

SUMILLA : TRAMITE DE LA DENUNCIA

ANÁLISIS:

“Artículo 12.- La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior, si este lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente, Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria, Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento”,

*Como se puede apreciar, no se establece un plazo para que el Fiscal pueda formular denuncia, generando de esta manera que sea susceptible de un acto de corrupción.

XIII. **NORMA** : REGLAMENTO DE LA LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN-
APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 005-2005-MTC
SUMILLA : FINES DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN

ANÁLISIS:

Artículo 27°.- fines del servicio de radiodifusión.- En el otorgamiento de una autorización, podrá evaluarse el cumplimiento de los fines del servicio de radiodifusión y que esta no ponga en peligro, real o potencial, la seguridad nacional, ni atente contra el interés público, establecidos en el Ley y el presente

Reglamento. Para tal efecto, podrá solicitarse la opinión de otros organismos competentes.

*Como puede verse, a pesar de que la Ley había eliminado la posibilidad de denegar una autorización sobre la base de conceptos tan imprecisos, el Reglamento estaría pretendiente establecer otras causales de denegatoria no establecidas expresamente en la Ley.

XIV. NORMA : TEXTO ÚNICO DE LA LEY DE CONTRATACIÓN Y
ADQUISICIONES DEL ESTADO - DECRETO SUPREMO
N° 083-2004-PCM - ART. 17. REGLAMENTO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES Y ADJUDICACIONES DEL ESTADO DECRETO
SUPREMOS N° 084-2004-PCM -ART. 102

SUMILLA : MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA QUE SE DEBERÁ
PUBLICAR LAS BASES DEBEN SER OBLIGATORIAS

ANÁLISIS:

DECRETO SUPREMO N° 083-2004-PCM

Art. 17. Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía.-

Art. 17.-1 *La Adjudicación directa se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. En este caso el proceso exige la convocatoria a por lo menos tres proveedores. La Adjudicación directa puede ser Publicada o Selectiva. El Reglamento señalará la forma de convocatoria en cada caso.*

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado

DECRETO SUPREMO N° 084-2004-PCM

Art. 102.- Prepublicación de las Bases

Las Bases de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas Públicas deberán ser publicadas en el SEACE (Sistema y Contrataciones del Estado) y en la página web de la Entidad convocante, con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles de la fecha de convocatoria. En los casos de Adjudicaciones Directas Selectivas y de Menor Cuantía la prepublicación será potestativa. Las entidades que no tengan página web institucional para difundir las referidas Bases, las harán de conocimiento al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su oportuna prepublicación en la página web de esta última entidad. (sub rayado es nuestro)

Según esta norma modificada, la convocatoria a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía se realiza a través de su publicación en el Sistema y Contrataciones del Estado (SEACE), oportunidad en la que se deberá publicar las Bases; el sólo hecho de publicar por éste medio potestativamente limita la información de tomar conocimiento oportuno de los proveedores potenciales para participar en la convocatoria del concurso, ya que por este medio único informático se está restringiendo tomar mayor conocimiento y poder adquirir las bases para participar; hecho que vulnera la transferencia de los concursos y genera la corrupción que solo sería para un pequeño grupo de interesados cercanos a la entidad convocante, ya que se estaría ocultando las bases del concurso, puesto que la información sería incompleta para algunos al momento en que el ciudadano revisará las especificaciones técnicas y los detalles de la compra de las bases; por lo que la convocatoria debe ser de mayor difusión, las entidades convocantes que no tengan acceso a este medio de difusión deben hacer de su conocimiento a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa – PROMPYME para su oportuna prepublicación en su página web; así

como también por avisos pegados en la propia institución, sin perjuicio de las invitaciones que se pueda cursar en sobre cerrado a uno o más proveedores.

Por otro lado es relevante a fin de que se elimine el carácter potestativo la prepublicación de la convocatoria, debiendo ser obligatorio, de lo contrario se deja una amplia discrecionalidad que puede direccionarse y afectar el derecho de igualdad, oportunidad y principios de transparencia; en consecuencia, debiendo ampliarse los medios de comunicación para la convocatoria y siendo de carácter obligatorio.

XV. NORMA : LEY 28305 (MEDIANTE ÉSTA LEY EN OCTUBRE DEL 2005,
POR FIN, EL GOBIERNO CENTRAL DISPUSO LA CREACIÓN
DEL DENOMINADO REGISTRO ÚNICO DE INSUMOS
QUÍMICOS Y USUARIOS)

SUMILLA : LA EXIGENCIA QUE LA BASE DE DATOS SEA COMPLETO O
REGISTRO ÚNICO QUE DÉ CUENTA QUIÉNES TIENEN
AUTORIZACIÓN PARA IMPORTAR, EXPORTAR,
COMERCIALIZAR, UTILIZAR Y TRANSPORTAR LOS IQF
(INSUMOS QUÍMICOS FISCALIZADOS)

ANÁLISIS:

Las leyes son demasiado benignas, pues apenas se sancionan con una multa a quienes son descubiertos traficando los IQF. A diferencia de los traficantes de droga, que son procesados y enviados a prisión cuando se les encuentra con la mercadería, a los traficantes de IQF hay que probarles que el producto era, en

efecto, para elaborar droga. Si bien en octubre del 2005, el gobierno central dispuso la creación del denominado Registro Único de Insumos Químicos y Usuarios se logró su reglamentación, pero no quedó muy en claro qué entidad se encargaría de su adquisición e implementación de un sistema computarizado que almacene y tenga disponible información de vital importancia para el control de los insumos químicos sujetos a fiscalización, pese al tiempo transcurrido no ha logrado su potenciamiento y eficacia; mientras en las jurisdicciones de la Selva Alta el VRAE y Valle del Huallaga, zonas productoras de coca, estarán comercializando, envasando, transportando, almacenando, distribución, posesión y todo tipo de uso y actividades de kerosén, óxido de calcio, acetona, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico. Pese a los esfuerzos de la Policía Antidrogas, los decomisos son casi insignificante, ya que estas deficiencias en su control son aprovechadas por algunos malos autoridades, tanto policías y fiscales para ser corrompidos y permitir su comercialización ilegal y lograr que éstos insumos lleguen a sus destinos de las zonas cocaleras, o sea por las deficiencias en su registro no son registrados correctamente en su comercialización, haciéndose de la “vista corta” , cobrando cupos a los comercializadores de estos insumos ilegales.

XVI. **NORMA** : CÓDIGO PROCESAL CIVIL ART. 636 - MEDIDA CAUTELAR
FUERA DE PROCESO

SUMILLA : DEBE REGULARSE EL TIPO DE PROCEDIMIENTO A
TRÁMITARSE EN EL PRINCIPAL, PRESCINDIENDO EL
PROCESO QUE CORRESPONDE A LA MATERIA.

ANÁLISIS:

Artículo 636º: *Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto.*

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Pese a que en su mayor parte atendiendo a la cuantía de la presesión del proceso principal la medida cautelar son concedidas en los procesos de conocimiento, sin embargo ejecutado la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario de la medida cautelar al interponer su demanda principal y logrado el auto admisorio de la demanda, luego muestra poco interés en impulsar el proceso principal, ya que su objetivo era lograr la medida cautelar y con ello pueda manejar o disponer sus propios intereses por ejemplo en una de Obligación de Dar Suma de Dinero, lograr el embargo en forma de intervención en recaudación o embargo en forma de administración de bienes fructíferos, o similarmente en la medidas inmativas o de no innovar; en el primer caso tenemos por ejemplo la medidas cautelar que se han concedido a empresas embarcaciones pesqueras, o en el segundo caso, tenemos las medidas cautelares se han concedido en el funcionamiento de las "traga monedas" o finalmente como en el caso de la autorización de las filiales universitarias ilegales que funcionan al amparo de cuestionadas resoluciones judiciales; o sea que una vez lograda las medidas cautelar, los recurrentes no tienen el interés de que se resuelva el fondo del asunto del proceso principal, mas bien logrando dilatar el proceso de una y otra manera, dando falsos domicilios de los demandados que dificultan su

emplazamiento correcto, o al librarse los exhortos comisionados para notificar a los emplazados, estos no son diligenciados oportunamente, pues lo “manejan” para no llegar a sus destinatarios, solicitan la ampliación o modificación de sus demandas para incorporar al proceso a terceros haciendo complejo el proceso, etc., etc., razón por la cual, debe regularse la vía procedimental, cortándose los plazos y siendo estos perentorias, debe existir mayor control del tramite procesal por el juez de la causa, el plazo de abandono debe ser de 30 días naturales cuando sea imputable al demandante, debe otorgársele todos los medios logísticos para el emplazamiento a las partes, la notificación vía correo electrónico, UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL ÚNICO, porque no es dable que para lograr la medida cautelar los recurrentes son muy diligentes, pero logrado su propósito, muestran poco interés en el principal para resolver el fondo del asunto; y cuando el juez aplica la obligación que les impone el Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual indica que “el Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia ...” las partes son susceptible subjetivamente de cuestionarla que tiene interés en el proceso; de manera tal como se está proponiendo en el presente trabajo se pueda cortar la raíz de la mayor corrupción que existe en el Poder Judicial.

XVII. NORMA : LEY 26636 – LEY PROCESAL DEL TRABAJO

SUMILLA : EL PLAZO DE ABANDONO EN LOS PROCESOS LABORALES

DEBE ACORTARSE A MENOS DE 01 AÑO

ANÁLISIS:

La Ley 26636 – Ley Procesal del Trabajo, no reguló la institución del abandono toda vez que los legisladores consideraron que esta figura podría poner en evidente peligro el cobro de los derechos y beneficios sociales e introducir una limitación al derecho de ejercer la acción por parte del trabajador.

La inactividad legislativa, de no regular la figura del abandono, podía de alguna manera solucionarse con la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, conforme lo dispuesto por la propia norma procesal laboral. Sin embargo, el Acuerdo N° 2-99, adoptado en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, realizado en la ciudad de Trujillo, estableció que la Tercer Disposición Derogatoria, Sustitutoria y Final de la LTP prevé la aplicación supletoria de las normas previstas en el Código Procesal Civil en el proceso laboral, siempre que se trate de una materia regulada y exista compatibilidad con la naturaleza del proceso laboral. Es así, que establece en el punto 56 que el abandono “opera solo por el transcurso del plazo desde la última actuación procesal o desde notificada la última resolución. De igual modo, dispone que “cuando el proceso permanezca en los juzgados laborales durante un año sin que se realice acto que lo impulse, el Juez declarará el abandono de oficio, a solicitud de parte o de tercero legitimado”

Si bien los derechos laborales son irrenunciables por tener carácter alimentario, asimismo el Pleno Jurisdiccional dispuso que los jueces que administran la justicia laboral tienen la responsabilidad y obligación de cumplir eficazmente con la obligación que les impone el Art. I del Título Preliminar de la LPJ, el cual indica que el “el Juez dirige e impulsa el proceso para lograr una pronta y eficaz solución de las controversias que conoce”. Sin embargo este hecho, a provocado que los procesos laborales han caído en la desidia y negligencia por la parte

laboral del propio ex_trabajador como también del abogado patrocinador (en estas causas mayormente cobran sus honorarios al final del proceso una vez que gane el juicio el trabajador). Y están a la espera que todo lo haga el órgano jurisdiccional, empeorando esta situación cuando no concurren sin justificación alguna a las diligencias programada oportunamente generando las constante reprogramación de audiencias a solicitud de parte o las programadas de oficio. Porque la incorporación del abandono le va imponer una carga al demandante de desarrollar una constante actividad procesal y preocuparse por el impulso y desarrollo del mismo, cumpliendo con el principio de celeridad; le permitirá igualmente al juez dedicar su tiempo a procesos donde las partes tengan realmente interés en el mismo. Finalmente, les establece una carga a los abogados para que realicen el patrocinio procesal con la debida diligencia y celeridad; pues la corrupción no solo se da cuando hay dádivas, coimas y sobornos, sino también cuando los procesos judiciales no son resueltos oportunamente, sobredimensionando la carga procesal regular y que es el gran caldo de cultivo de la corrupción judicial.-

XVIII. NORMA : LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
GENERAL - ART. 45.2

SUMILLA : LAS ATENCIONES PREFERENCIALES DE PRESTACIONES
SIMILARES CON PAGO INCREMENTADO GENERAN
DISCRIMINACIÓN, DESIGUALDAD Y CORRUPCIÓN EN LA
ATENCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESTATALES

ANÁLISIS:

El Art. 45.2 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que las entidades no pueden establecer pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial al administrado, distinguiendo de los demás de su mismo tipo, ni discriminar en función al tipo de administración que siga el procedimiento.

Sobre el particular este dispositivo es una puerta abierta para que las entidades públicas puedan generar servicios preferenciales de atención de servicio previo pago mayor al costo ordinario en perjuicio de la clase social de economía baja, ya que el administrado de mayor capacidad económica será mejor atendido de inmediato, como en el caso de las municipalidades han establecidos pagos diferenciados para dar preferencia o tratamiento especial a una solicitud de las demás administrados, pese a que la atención o el servicio es del mismo tipo, así por ejemplo cuando van expedir las constancias de certificados de posesión, de partida de nacimiento, certificados de defunción, etc. etc. El costo es distinto de aquel que pagó para ser atendido inmediatamente de aquel que pagó para ser atendido después de 24 ò 48, entonces con ese pretexto el servidor público coimea para atender con servicio inmediato solicitando a cambio una "propina", felizmente este hecho desapareció en los Registros Públicos, debiendo hacerse extensivo en todas las entidades públicas.

Por lo que este dispositivo debe prohibir en rigor los pagos diferenciados para no dar preferencia o tratamiento especial, evitando la desigualdad de los recurrentes en la prestación de servicio público, y como no tienen dinero los recurrentes para cubrir esos gastos mayores inmediatos y teniendo la urgencia y necesidad de contar con el servicio, tienen que coimar con una "propina adicional" de pago al mal funcionario.

XIX. NORMA : REGLAMENTO DEL CODIGO DE EJECUCION PENAL: D. S. 015-2003-
JUS - ARTÍCULO 209°

SUMILLA : LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

ANÁLISIS:

“Artículo 209.- En la fecha de vencimiento de la condena, la Oficina de Registro Penitenciario o quien haga sus veces *dispondrá la excarcelación del interno que haya cumplido su condena, siempre que no registre proceso penal con mandato de detención u otra condena pendiente de cumplimiento.*

Artículo 210.- Para el cumplimiento de la condena, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento penitenciario, con el tiempo de pena redimido por trabajo o educación. En este caso, dentro del término de cuarenta y ocho horas antes de la fecha de cumplimiento de la pena, a solicitud del interno, el director del establecimiento penitenciario organizará un expediente de libertad por cumplimiento de condena, que deberá contener los siguientes documentos: (.....)

Concluida la formación del citado expediente, el director del establecimiento penitenciario resolverá tal petición dentro de dos días hábiles. En caso de excarcelación, comunicará al director regional del Instituto Nacional Penitenciario de su jurisdicción.

Como es de verse, el INPE declara la Pena Cumplida y es este ente quien directamente está facultado para dar la libertad del interno sin dar cuenta al Juez de la causa.

Esta institución sin intervención del Juez de la causa procede a evaluar, aprobar y realizar el computo de redención de la pena por el trabajo o estudio y con ello procede a dar la libertad al detenido.

La corrupción de esta ley esta que no existe la intervención del Juez para controlar la aplicación de estas normas y que sin la autorización de este se procede a dar libertad.

XX. NORMA : REGLAMENTO DEL CODIGO DE EJECUCION PENAL: D. S. 015-2003-JUS

SUMILLA : NO HAY PLAZO PARA RESOLVER LAS SOLICITUDES DE BENEFICIOS

PENITENCIARIOS

ANÁLISIS:

Artículo 165.- *Los beneficios penitenciarios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes a su reeducación y reinserción social. Deben ser tramitados y resueltos en los plazos establecidos en el Código.*

Artículo 166.- *Los internos procesados o sentenciados, podrán acceder, según el caso, a los beneficios penitenciarios siempre que reúnan los requisitos correspondientes.*

Artículo 167.- *Los informes emitidos por los profesionales que integran el Órgano Técnico de Tratamiento para efectos de solicitar un beneficio penitenciario, deberán expresar criterios que permitan al magistrado sustentar el sentido de su resolución.*

Los certificados que se expidan sobre cómputo de trabajo efectivo y educación con notas aprobatorias, así como el de conducta, serán supervisados, verificados y refrendados por el jefe del área respectiva y el director del establecimiento penitenciario, bajo responsabilidad, según corresponda.

Que, conforme se verifica de dichas normas y de las demás normas existentes en este reglamento, **no se contempla el plazo para que director del INPE se pronuncie respecto a las solicitudes de beneficios penitenciarios.**

La corrupción se da que para que los expedientes ante esta instancia pueda tramitarse con celeridad incentivan a la corrupción.

**XXI. NORMA : LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PÚBLICO: DECRETO
LEG. N° 052
SUMILLA : NO HAY PLAZO PARA RESOLVER EL RECURSO DE QUEJA**

ANÁLISIS:

"Artículo 12.- Trámite de la denuncia

La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento"

Luego de interpuesto el recurso de queja, que debe ser dentro del tercer día de notificado. No existe plazo para elevar el mismo al Fiscal Superior ni existe plazo para que éste resuelva o se pronuncie de dicho recurso de queja.

- XXII. NORMA : CODIGO DE TRÁNSITO
- XXIII. SUMILLA : M. 7 NO RESPETAR LAS SEÑALES QUE RIGEN EL TRÁNSITO MUY GRAVE MULTA 12% UIT
- XXIV. GRAVE MULTA 12% UIT
-

ANÁLISIS:

En la Carretera Panamericana Norte se han colocado señales que indican la velocidad máxima de circulación; estas señales establecen como velocidad máxima 30 kms. por hora en una zona descampada, después de una curva ciega o después de una loma, que imposibilitan advertirla si se está conduciendo a mas de 100 km por hora, ésta velocidad que solo se establece para las zonas urbanas, donde haya colegios u hospitales, posibilita que la policía encargada del control de carreteras lucre indebidamente e ilegalmente,

Podemos concluir que esta norma que permite colocar señales prohibitivas en zonas inadecuadas es una fuente legal de corrupción.

XXIII **NORMA** : LEY 29237 QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE INSPECCIONES
TECNICAS VEHICULARES

SUMILLA : LA PRESENTE NORMA ESTÁ ORIENTADA A CERTIFICAR EL BUEN
FUNCIONAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LOS VEHÍCULOS
AUTOMOTORES Y REQUISITOS TÉCNICOS ESTABLECIDOS EN LA
NORMATIVA NACIONAL, SU OBJETO GARANTIZAR LA SEGURIDAD
DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO TERRESTRE, Y LAS CONDICIONES
AMBIENTALES SALUDABLES

ANÁLISIS:

La falta de control del personal técnico encargado de la verificación de los requisitos técnicos y el contacto con los conductores de los vehículos que se someten a la revisión técnica, posibilitan, en caso de deficiencias al momento del examen del vehículo, el soborno, a pedido del técnico o por ofrecimiento de los interesados.

Podemos concluir que esta norma se constituye en una fuente legal de corrupción, porque el sistema de control de personal encargado no está fiscalizado debidamente y porque es un monopolio, el sistema no es el más idóneo.

XXIV **NORMA** : LEY 29365 LEY QUE ESTABLECE EL SISTEMA DE CONTROL DE
LICENCIAS POR PUNTOS

SUMILLA : ESTA NORMA ESTÁ ORIENTADA A FISCALIZAR DE MANERA

la corrupción se produzca por ofrecimiento del infractor o a requerimiento del efectivo policial.

Esta norma es una fuente legal de corrupción por la falta de un control más adecuado, la discrecionalidad del policía.

XXVI NORMA : DECRETO SUPREMO 035-2006-MTC ESTABLECE LE SISTEMA DE
CONTROL EN LAS GARITAS DE PEAJE "TOLERANCIA CERO"
SUMILLA : INADECUADO CONTROL EN LAS GARITAS DE CONTROL

ANÁLISIS:

La finalidad de la norma es *impedir* que los vehículos con los que se realiza transporte pesado de carga en camión y con los que se presta el servicio público de transporte interprovincial e internacional de personas, puedan pasar por las garitas de peaje ubicadas en la red vial nacional y el uso de la infraestructura vial, sino cumplen con los requisitos básicos de seguridad.

La presente norma al no haber contemplado de manera seria considerar utilizar

Esta norma es una fuente legal de corrupción por la falta de un control más adecuado, la discrecionalidad del policía.

NORMA: Ley N° 29090 (21/09/2007)

Sumilla:

Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones

Análisis:

a) Artículo 10.- Modalidades de aprobación. Para la obtención de las licencias de habilitación o de edificación existen cuatro (4) modalidades:

1. Modalidad A: Aprobación automática

Para obtener las licencias reguladas por la presente Ley, mediante el procedimiento de aprobación automática, sólo se requiere la presentación, ante la municipalidad competente, del Formulario Único acompañado de los requisitos establecidos en la presente Ley. El cargo de ingreso constituye la licencia, previo pago de la liquidación respectiva, y a partir de este momento se podrán iniciar las obras. Podrán acogerse a esta modalidad:

- a. La construcción de una vivienda unifamiliar de hasta 120 m² construidos, siempre que constituya la única edificación en el lote.
- b. La ampliación de una vivienda unifamiliar, cuya edificación original cuente con licencia de construcción o declaratoria de fábrica, y la sumatoria del área construida de ambas no supere los 200 m².
- c. La remodelación de una edificación, sin modificación estructural ni aumento de área construida.
- d. La construcción de cercos de más de 20 m hasta 1,000 m de longitud.
- e. La demolición total de edificaciones, siempre que no constituyan parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación y de las que requieran el uso de explosivos.

f. Las obras menores, según lo establecido en el Reglamento Nacional de Edificaciones.

g. Las obras de carácter militar de las Fuerzas Armadas y las de carácter policial de la Policía Nacional del Perú, así como los establecimientos de reclusión penal, los que deberán ejecutarse con sujeción a los Planes de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano.

2. Modalidad B: Aprobación automática con firma de profesionales responsables

Para obtener las licencias reguladas por la presente Ley mediante el procedimiento de aprobación automática con firma de profesionales responsables, sólo se requiere la presentación, ante la municipalidad competente, del Formulario Único acompañado de los requisitos establecidos en la presente Ley. El cargo de ingreso constituye la respectiva licencia, previo pago de la liquidación respectiva, y a partir de este momento se podrán iniciar las obras. Podrán acogerse a esta modalidad:

a. Las habilitaciones urbanas de unidades prediales no mayores de cinco (5) ha, que constituyan islas rústicas y que conformen un lote único, siempre y cuando no esté afecto al Plan Vial Provincial o Metropolitano.

b. Las habilitaciones urbanas de predios que cuenten con un planeamiento integral aprobado con anterioridad.

c. Las edificaciones para fines de vivienda unifamiliar o multifamiliar de hasta cinco (5) pisos, o condominios de vivienda unifamiliar y/o multifamiliar de hasta cinco (5) pisos, siempre que el proyecto tenga un máximo de 3 000 m². de área construida.

d. La construcción de cercos mayores a 1 000 m. de longitud.

En la presente modalidad, no están contempladas las habilitaciones urbanas y edificaciones que constituyan parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación declaradas por el INC.

3. Modalidad C: Aprobación con evaluación previa de proyecto por Revisores Urbanos o Comisiones Técnicas

Para obtener las licencias reguladas por la presente Ley, mediante el procedimiento de aprobación con evaluación previa del proyecto por Revisores Urbanos, sólo se requiere la presentación, ante la municipalidad competente, del Formulario Único acompañado de los requisitos establecidos en la presente Ley. El cargo de ingreso constituye la respectiva licencia, previo pago de la liquidación respectiva, y a partir de este momento se podrán iniciar las obras.

Para el caso en que el interesado opte por acudir a la Comisión Técnica de la municipalidad competente, el trámite correspondiente será regulado por el reglamento de esta Ley, en el que se aplicará el Silencio Administrativo Positivo. Podrán acogerse a esta modalidad:

- a. Las habilitaciones urbanas que se vayan a ejecutar por etapas, con sujeción a un planeamiento integral de la misma.
- b. Las habilitaciones urbanas con construcción simultánea que soliciten venta garantizada de lotes.
- c. Las habilitaciones urbanas con construcción simultánea de viviendas, donde el número, dimensiones de lotes a habilitar y tipo de viviendas a edificar se definan en el proyecto, siempre que su finalidad sea la venta de viviendas edificadas.
- d. Las edificaciones para fines de vivienda multifamiliar y/o condominios que incluyan vivienda multifamiliar de más de cinco (5) pisos y/o más de 3 000 m² de área construida.
- e. Las edificaciones para fines diferentes de vivienda, a excepción de las previstas en la Modalidad D.

- f. Las edificaciones de uso mixto con vivienda.
- g. Las intervenciones que se desarrollen en bienes culturales inmuebles, previamente declarados.
- h. Las edificaciones para locales comerciales, culturales, centros de diversión y salas de espectáculos que, individualmente o en conjunto, cuenten con un máximo de 30 000 m² de área construida.
- i. Las edificaciones para mercados que cuenten con un máximo de 15 000 m² de área construida.
- j. Locales para espectáculos deportivos de hasta 20 000 ocupantes.
- k. Todas las demás edificaciones que no se encuentren contempladas en las Modalidades A, B y D.

4. Modalidad D: Aprobación con evaluación previa de Comisión Técnica

El trámite bajo esta modalidad de procedimiento de otorgamiento de las licencias, a que se refiere la presente Ley, se inicia con el ingreso de los requisitos establecidos para esta Modalidad en el artículo 16, para el caso de habilitaciones urbanas; y en el artículo 25, para el caso de edificaciones, a la municipalidad de la jurisdicción, la que, luego de ser cancelados los derechos de trámite y de revisión, convocará a la Comisión Técnica, en un plazo no mayor a cinco (5) días útiles. La Comisión dispondrá de veinte (20) días útiles para edificaciones y cuarenta y cinco (45) días útiles para habilitaciones urbanas, para la evaluación correspondiente.

Para obtener la licencia de habilitación urbana o de edificación mediante el procedimiento administrativo de aprobación con evaluación previa por parte de la respectiva Comisión Técnica y con aplicación del Silencio Administrativo Positivo, se requiere la presentación, ante la municipalidad competente, del Formulario Único acompañado de los requisitos establecidos en la presente Ley. Deberán seguir esta modalidad:

- a. Las habilitaciones urbanas de predios que no colinden con áreas urbanas o que cuenten con proyectos de habilitación urbana aprobados y por lo tanto requieran de la formulación de un planeamiento integral.
- b. Las habilitaciones urbanas de predios que colinden con zonas arqueológicas, bienes culturales inmuebles, previamente declarados, o con Áreas Naturales Protegidas.
- c. Las habilitaciones urbanas para fines de gran industria o industria básica, comercio y Usos Especiales (OU).
- d. Las edificaciones para fines de gran industria o industria básica.
- e. Las edificaciones para locales comerciales, culturales, centros de diversión y salas de espectáculos que, individualmente o en conjunto, cuenten con más de 30 000 m². de área construida.
- f. Las edificaciones para mercados que cuenten con más 15 000 m² de área construida.
- g. Locales de espectáculos deportivos de más de 20,000 ocupantes.

La inscripción, en Registros Públicos, de las habilitaciones urbanas autorizadas por las Modalidades B, C y D se realizará únicamente con la recepción de obras. Sin embargo, el proyecto de habilitación urbana, aprobado por la municipalidad de forma automática, podrá ser inscrito, de ser el caso, bajo responsabilidad del promotor.

5. Fiscalización posterior en procedimiento de aprobación automática

Los casos a los que se refieren los numerales 1 y 2, estarán sujetos a las siguientes reglas:

- a. Fiscalización posterior, prevista en el artículo 32 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

b. En el caso del numeral 2, la fiscalización posterior, a cargo de la municipalidad respectiva, se realizará sobre el cien por ciento (100%) de los expedientes presentados.

c. En el caso del numeral 1 se realizará una inspección técnica durante el proceso de edificación al cien por ciento (100%) de los expedientes presentados.

d. La fiscalización posterior, que realizará la municipalidad, verificará que el proyecto presentado se haya elaborado con sujeción al Plan de Desarrollo Urbano de la respectiva municipalidad, el cumplimiento de las normas técnicas y de los parámetros urbanísticos y edificatorios, así como la ejecución de las obras en correspondencia al proyecto presentado.

e. Si como consecuencia de la fiscalización posterior se constata que el proyecto y/o la ejecución de las obras se realizan infringiendo las normas anteriormente citadas, la municipalidad podrá disponer la adopción de medidas provisionales de inmediata ejecución que pueden consistir en: i) Suspensión o cese provisional de la acción constructiva. ii) Retirar los bienes y equipos de construcción en la vía pública para internarlos en depósitos municipales hasta la enmienda y pago de la multa respectiva. Iii) Cualquier mandato de hacer, para evitar perjuicio a la seguridad pública o al urbanismo y la imposición de condiciones para la prosecución de la actividad constructiva. El costo de fiscalización posterior está comprendido en el costo de la licencia, establecido en el artículo 31.

b) Colisiona con el artículo 79°.- Organización del Espacio Físico y Uso del Suelo. Las municipalidades, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, ejercen las siguientes funciones: 3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales: 3.6. Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de: 3.6.1. Habilitaciones urbanas. 3.6.2. Construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratorias de

fábrica; con el artículo 90° Obras Inmobiliarias. La construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble, se sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezcan la Ley, el Reglamento Nacional de Construcciones y las ordenanzas o reglamentos sobre seguridad de Defensa Civil, y otros organismos que correspondan, para garantizar la salubridad y estética de la edificación; asimismo deben tenerse en cuenta los estudios de impacto ambiental, conforme a ley; con el artículo 92° Licencia de Construcción. Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una la licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios. Las licencias de construcción y de funcionamiento que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial; y, con el artículo 93° Facultades Especiales de las Municipalidades. Las municipalidades provinciales y distritales, dentro del ámbito de su jurisdicción, están facultadas para: 1. Ordenar la demolición de edificios contruidos en contravención del Reglamento Nacional de Construcciones, de los planos aprobados por cuyo mérito se expidió licencia o de las ordenanzas vigentes al tiempo de su edificación. 2. Ordenar la demolición de obras que no cuenten con la correspondiente licencia de construcción. 3. Declarar la inhabitabilidad de inmuebles y disponer su desocupación en el caso de estar habitados. 4. Hacer cumplir, bajo apercibimiento de demolición y multa, la obligación de conservar el alineamiento y retiro establecidos y la de no sobrepasar la altura máxima permitida en cada caso. 5. Hacer cumplir la

obligación de cercar propiedades, bajo apremio de hacerlo en forma directa y exigir coactivamente el pago correspondiente, más la multa y los intereses de ley.

6. Disponer la pintura periódica de las fachadas, y el uso o no uso de determinados colores. 7. Revocar licencias urbanísticas de construcción y funcionamiento.

c) Esta norma fomenta la improvisación, la informalidad y la irresponsabilidad en la construcción de edificaciones, ya que por ejemplo en las modalidades de aprobación automática para la construcción de viviendas unifamiliares hasta de 120 m² cuyas obras pueden iniciarse con la sola presentación del formulario único y efectuado el pago respectivo; y, para los casos de condominios de vivienda hasta de 05 pisos con no más de 3,000 m² de construcción para el inicio de las obras solo requieren presentar el formulario, realizar el pago respectivo y tener la firma de un profesional responsable. En ambos casos el cargo de ingreso constituye la Licencia, sin revisión previa, resultando más grave aún que para edificaciones de vivienda de más de 3,000 m² techados, o más de 05 pisos que si requiere revisión previa se puede iniciar la construcción al momento de presentar los documentos, sin embargo, sin supervisión técnica de proyecto y construcción, y aunque ésta se realice después, no es posible garantizar la seguridad de las construcciones, por lo que de ocurrir un nuevo sismo, se producirán miles de muertes y una gran destrucción, por las construcciones informales como quedo demostrado en el Sur donde colapsó el Hotel Embassy de Pisco, que sólo tenía licencia para 02 pisos y construyó 05, perdiendo la vida muchos de sus huéspedes. Por ello teniendo en cuenta que esta Ley es superficial, pues no distingue entre habilitación urbana y edificación, que pretende inconstitucionalmente modificar la Ley Orgánica de Municipalidades, y que ha sido formulada con la intervención de algunos inversionistas inmobiliarios que

con el pretexto de "facilitar la inversión" y "formalizar la propiedad inmueble", plantearon temerarias modificaciones, sería recomendable que se considere la opinión de los Colegios de Arquitectos e Ingenieros que por mandato constitucional y legal deben supervisar las actividades de construcción, ya que se trata de una normatividad sobre asuntos y procesos tan complejos y esencialmente técnicos y especializados como son las Habilitaciones Urbanas y las Edificaciones, lo cual garantizará la seguridad de la población en la edificación de sus viviendas y conllevará al desarrollo y bienestar, sin exponer las mínimas condiciones de habitabilidad de las ciudades, y menos aún, la seguridad de las edificaciones y la vida de sus ocupantes.

NORMA LEGAL:

Ley N° 29212 (16/04/2008)

Sumilla:

Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 992, Decreto Legislativo que regula el Proceso Pérdida de Dominio

Análisis:

a) Artículo 4.- De la obligación a informar sobre la existencia de bienes de procedencia ilícita. El funcionario público, la persona natural o jurídica, el Fiscal, el Juez o el Procurador Público que, en el desarrollo de cualquier actividad o proceso, tome conocimiento de la existencia de bienes de origen ilícito, deberá informar al Ministerio Público sobre la existencia de tales bienes que puedan ser objeto del presente proceso. Se reservará la identidad de cualquier persona natural que proporcione la información a que se ha hecho referencia, sin perjuicio de brindarle las medidas de protección adecuadas. El Ministerio Público emitirá las disposiciones reglamentarias que fueran pertinentes. En el supuesto de

que la información sea falsa, tendenciosa y/o con el propósito de ocasionar perjuicio, la persona natural, jurídica o funcionario público que proporcione la misma, asume las responsabilidades civiles, penales y/o administrativas, que la legislación prevé en estos casos. Los Estados y Organismos Internacionales habilitados para este efecto por un Tratado o Convenio de Cooperación de los cuales sea parte el Estado peruano, podrán dar noticia de la existencia de los bienes a que se hace referencia en el primer párrafo, para el inicio del proceso de pérdida de dominio.

b) Sin embargo, no se impone la obligación de publicar la lista de bienes incautados, ya que un presupuesto importante en la existencia de corrupción en la administración de estos bienes es el secreto con que se manejan los datos del patrimonio que se incauta, por que no se publica la lista integral detallada de los mismos ni el destino que tiene cada uno de ellos, ni en el Diario Oficial "El Peruano" ni en la Página Web del Ministerio de Justicia, es decir, si se publicarán las listas conteniendo la ubicación, valor, descripción, adjudicatario temporal o definitivo, etc., no se hubiera visto que hasta un Juez Supremo habría estado usando una casa de playa incautada a narcotraficantes.

c) Por lo expuesto definitivamente la publicación es un elemento disuasivo para los actos de corrupción, siendo necesario que se publiquen las listas desde los primeros días de incautación de los bienes y su contenido modificado según varíe el destino final de las propiedades, debiendo de manera urgente efectuarse la respectiva corrección a esta omisión.

NORMA LEGAL:

Decreto Supremo N° 027-2007-ED (08/11/2007)

Sumilla:

Reglamento de la Ley N° 28649 que autoriza el Concurso Público para Nombramiento en Plazas Vacantes de Profesores de Educación Básica y Educación Técnico Productiva

Análisis:

a) **Artículo 3.-** El proceso del Concurso es descentralizado. Se ejecuta en las Direcciones Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local e Instituciones Educativas en dos etapas: la primera es a nivel nacional, tiene carácter eliminatorio y cancelatorio y estará a cargo del Ministerio de Educación; y la segunda de selección a cargo de la Institución Educativa que tenga plaza vacante, con la supervisión de las instancias de gestión educativa descentralizada de los ámbitos regional y local, según corresponda.

b) Colisiona con la Ley N° 27867 - Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en el Artículo 47.- Funciones en materia de educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación: e) Promover, regular, incentivar y supervisar los servicios referidos a la educación inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, en coordinación con el Gobierno Local y en armonía con la política y normas del sector correspondiente y las necesidades de cobertura y niveles de enseñanza de la población.

c) Existe controversia jurídica, con el Reglamento de la Ley N° 28649, que señala que la primera etapa de la convocatoria es realizada en el Ministerio de Educación y la segunda etapa debe culminar por medio del Comité de Evaluación de la Institución Educativa; por ello, sería recomendable que los Gobiernos Regionales, se encarguen del proceso de nombramiento en el Sector

Educación, como Titular del Pliego Presupuestal de dicho Sector y no el Ministerio de Educación, es decir, tanto la primera etapa que corresponde al examen de conocimiento por nivel educativo, como la segunda etapa que corresponde a la selección, estén a cargo del Gobierno Regional respectivo.

NORMA LEGAL:

Ley N° 26842 (15/07/1997)

Sumilla:

Ley General de Salud

Análisis:

a) Artículo 26.- Sólo los médicos pueden prescribir medicamentos. Los cirujano-dentistas y las obstetras sólo pueden prescribir medicamentos dentro del área de su profesión. Al prescribir medicamentos deben consignar obligatoriamente su Denominación Común Internacional (DCI), el nombre de marca si lo tuviere, la forma farmacéutica, posología, dosis y período de administración. Asimismo, están obligados a informar al paciente sobre los riesgos, contraindicaciones, reacciones adversas e interacciones que su administración puede ocasionar y sobre las precauciones que debe observar para su uso correcto y seguro; y, **Artículo 35.-** Quienes desarrollan actividades profesionales, técnicas o auxiliares relacionadas con la salud de las personas, se limitarán a ejercerlas en el área que el título, certificado o autorización legalmente expedidos determine.

b) Sin embargo, la mencionada disposición en muchos casos no se cumple por que existen muchos cirujanos dentistas y obstetras que vienen atendiendo a

pacientes y prescribiendo medicamentos en diferentes áreas de la medicina que no corresponden a su profesión.

c) En ese sentido, debe establecerse mediante otro dispositivo legal la prohibición expresa para que profesionales de la salud que no cuenten con título profesional de médico atiendan y prescriban medicamentos que sólo a éstos últimos les corresponde, a fin de garantizar la salud de los ciudadanos que muchas veces por desconocimiento recurren a estos profesionales.

NORMA LEGAL:

Ley N° 29277 (18/10/2008)

Sumilla:

Ley de la Carrera Judicial

Análisis:

a) Artículo 84.- Evaluación integral del desempeño. El Consejo Nacional de la Magistratura efectúa la evaluación integral del desempeño de los jueces de todos los niveles cada siete (7) años. El Consejo Nacional de la Magistratura a través de la evaluación integral, desde la perspectiva de la idoneidad profesional, da su conformidad o no para la permanencia del juez en la función jurisdiccional. La decisión que adopte el Consejo Nacional de la Magistratura requiere el voto de la mayoría legal de sus miembros y de resolución debidamente motivada.

b) Colisiona con el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política del Perú que establece la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley,

ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

c) En ese sentido, al existir controversia entre ambas normas sería recomendable que los jueces que son sometidos a evaluación integral sea notificados previamente de los cargos que se le atribuyen para que efectúen los descargos pertinentes.

NORMA LEGAL:

ART. 20 de la Ley N° 26572 (05 de enero de 1996)

Ley General de Arbitraje

Texto de la Ley

Art. 20

Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada.

ANÁLISIS

Si bien es cierto, el procedimiento arbitral es un procedimiento que está amparado en la constitución política del Perú en el Art. 139 Inc. 1, pero este procedimiento debe ser llevado de acuerdo a los principios de probidad y buena fe, en las partes que intervienen.

CONCLUSIÓN:

Este artículo de la Ley General de Arbitraje es fuente legal de corrupción por cuanto es casi inadmisibles que un árbitro al ser designado por la parte solicitada pueda fallar en contra de este y debe eliminarse para así no generar suspicacias de favorecimiento.

Y debe mejorarse en tal sentido la norma; debiendo ser lo correcto (que los árbitros deben ser designados por la Institución que lleva a cabo el procedimiento arbitral).

NORMA LEGAL:

Artículo 307°.- DEL REGLAMENTO NACIONAL DE TRANSITO

“El grado de intoxicación alcohólica sancionable a los titulares de Licencias de Conducir para vehículos automotores, se establece de la siguiente forma:

- a) Clases “A”, “B” y “E” A partir de 0.70 grs./lt.
- b) Clases “C” y “D”. A partir de 0.50 grs./lt.

ANALISIS:

Norma que genera corrupción por cuanto de acuerdo al NUEVO CÓDIGO DE TRÁNSITO en el código M1 y M2 se sanciona al conductor que tenga más de 0.5 gramos de alcohol por litro de sangre.

Así mismo el Código Penal Art. 274 DELITOS DE PELIGRO COMÚN se sanciona al que tenga alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos – litro.

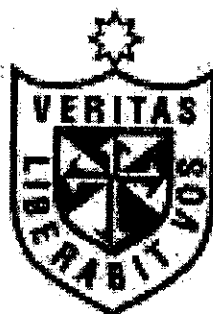
En consecuencia esta norma genera corrupción por cuanto es muy posible que el policía Nacional de Tránsito tenga que pedir coimas al conductor para efectos de encuadrar su conducta de acuerdo a como le parezca.

En consecuencia debe derogar algunas normas de tránsito a fin de evitar las antinomias y debe existir una Ley general.

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

ESCUELA DE POST GRADO

Doctorado en Derecho



Proyecto de Investigación:

"ASOCIACIÓN ILÍCITA DELINQUIR: ANÁLISIS DOGMÁTICO, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL"

Profesor: Dr. Julio Fernando Mazuelos Coello.

Trabajo de Investigación IV

Alumnos: Bazalar Manrique, Sonia Mercedes.
Chávez Aragon, Raquel Ivone
Cieza Montenegro, Dante
Espinoza Huaraca, César Andrés.
Espinoza Dulanto, Claver
Flores Espichán, Maricela Janett.
Flores Gallegos, Delia Graciela

2009

**TITULO: ASOCIACIÓN ILÍCITA DELINQUIR: ANÁLISIS DOGMÁTICO,
LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

I. OBJETIVO:

1. Realizar una investigación jurídica conjunta sobre el delito de asociación ilícita para delinquir en la legislación vigente, a nivel doctrinal y jurisprudencial
2. Adiestrar al alumno en las técnicas de investigación jurídica desde el punto de vista científico.

II. PLAN DE INVESTIGACIÓN:

1. **Título: “Asociación Ilícita Delinquir: Análisis Dogmático, Legislativo y Jurisprudencial”**

2. Determinación Del Problema:

- a. El delito de asociación ilícita para delinquir, si bien es un delito propio e independiente, muchas veces se viene utilizando como un delito residual, por el cual se procesa a la pluralidad de sujetos que han sido descubiertos cometiendo otros delitos, por lo que se hace necesaria la comprensión de los elementos del tipo penal para efectuar la diferenciación.
- b. El bien jurídico protegido en este delito si bien existe consenso en la doctrina con relación a que se trata de la Tranquilidad Pública, esta debe ser explicada en todos sus ámbitos, debido a que existe otro sector doctrinal que considera que sólo resulta amparable cuando esta Asociación Ilícita pone en jaque al Estado.

- c. Resulta imprescindible evaluar el grado de eficiencia y de sentencias en esta clase de delitos, pues no pocos terminan siendo archivados, pues estas asociaciones no reunían con los presupuestos de permanencia y estabilidad.

4. Hipótesis de Investigación

- a. El delito de asociación ilícita para delinquir, se viene comprobando a través de la comisión de los delitos fines
- b. la Tranquilidad Pública, como bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita para delinquir, se viene ampliando su ámbito, .
- c. Muchos de Los procesos instaurados por este delito terminan siendo archivados puesto que se logra acreditar probatoriamente la concurrencia de los presupuestos de permanencia y estabilidad.

3. Justificación de la investigación

No es ajeno a nuestra realidad el que toda asociación criminal ocasione alarma y preocupación en la Sociedad, independientemente que ésta cometa delitos, por ello se sostiene que la tipificación de la conducta de asociación ilícita constituye un instrumento realmente adecuado para combatir la criminalidad organizada, evitando se formen sociedades y asociaciones cuyo objeto y finalidad sea cometer delitos. Este delito surge, entonces, con el fin de controlar y disminuir los riesgos que se crean para los bienes jurídicos derivados de la existencia de estructuras complejas que pueden desplegar de modo más eficaz e idóneo: medios, estrategias y procedimientos para lograr sus objetivos, con mayor eficacia que si se tratara de un sólo individuo.

Lo cierto es que en la práctica esta figura delictiva presenta una serie de inconvenientes al momento de subsumir el supuesto de hecho al tipo penal, puesto que no existe del todo uniformidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto: a la determinación del bien jurídico protegido, a los requisitos de la asociación, a la participación delictiva en este delito, en cuanto al momento de consumación y si es posible admitir la tentativa; asimismo, en materia probatoria resulta difícil esta tarea, probar de por sí la existencia de la asociación criminal, puesto que lo que hacen en la práctica nuestros magistrados es probar la existencia de la asociación criminal a través de los actos de ejecución de los delitos cometidos por ésta, olvidándose que este delito es independiente del delito que se cometerá, inclusive para su configuración no requiere se cometan ningún delito.

Todo ello nos ha motivado a desarrollar la presente investigación, desde una perspectiva crítica y de mejor disposición para conocer sus alcances y proyecciones, hemos considerado desarrollarla en primer lugar ocupándonos de los antecedentes históricos y legislativos de este delito, así como del bien jurídico protegido, haciendo hincapié en el desarrollo de las teorías moderna sobre el bien jurídico, asimismo hemos desarrollado un análisis dogmático de la conducta típica, abordamos asimismo las consideraciones político criminales por las cuales se ha tipificado esta conducta como delictiva, y finalmente hemos desarrollado un análisis de la jurisprudencia nacional y fundamentalmente española con relación a los procesos instaurados por este delito.

TITULO: ASOCIACIÓN ILÍCITA DELINQUIR: ANÁLISIS DOGMÁTICO, LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1.- Primeros brotes del tipo penal de asociación ilícita o crimen organizado en el mundo (siglo XI al siglo XIX).

1.2.- El crimen organizado desde la Edad Media hasta nuestros días.

a.- En Italia:

b.- En Francia:

c.- En España:

d.- En Estados Unidos de Norteamérica:

1.3.- Modelos de primeras organizaciones delictivas en el mundo en el presente siglo . (Crimen Organizado Transnacional - COT)

a.- Modelo de Organización delictiva actual:

b.- Modelos de Crimen Organizado Transnacional.

2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

2.1.- En Europa:

a.- Italia.

b.- En España:

c.- En Francia:

2.2.- En Estados Unidos de Norteamérica:

2.3.- En Latinoamericana

2.4.- En el Perú:

a.- Código Penal de 1924

b. - Código Penal de 1991. Art. 317:

c.- Ley contra el Terrorismo y sus diversas modificaciones (Ley de arrepentimiento en casos de Terrorismo).

d.- Decreto Ley N° 22095 (Ley contra el Tráfico Ilícito de Drogas).

e.- Ley Nro 26320: Contra el Tráfico Ilícito de Drogas.

f.- Ley sobre Lavado de Dinero o Activos

g.- Decreto Legislativo N° 824.

h.- Normas contra la Criminalidad Organizada en el Perú: 2001

3.- LEGISLACIÓN COMPARADA:

3.1.- Códigos Penales:

a. - Argentina

b.- Colombia:

c.- Uruguay:

d. - México:

e.- Chile:

f. - Puerto Rico:

g.- Brasil:

3.2.- Tratados Internacionales:

CAPITULO II

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1- INTRODUCCIÓN AL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LOS BIENES JURÍDICOS

1.1- Origen del concepto del bien jurídico.

1.2.- Birnbaum

1.3.- Binding

1.4.- Liszt

1.5.- Welzel

2.- EL CUESTIONAMIENTO A UN DERECHO PENAL ORIENTADO A LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

- 2.1.- Teorías Constitucionalistas
- 2.2.- Teorías Sociológicas
- 2.3.- Teoría de los Bienes Jurídicos Colectivos

3.- EL DERECHO PENAL ORIENTADO A GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LAS NORMAS

- 3.1.- Antecedentes
- 3.2.- La tesis de Jakobs
- 3.3.- Criticas a la lesión del deber

4.- TOMA DE POSICIÓN

5.- EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

- 5.1.- El abuso del derecho de asociación
- 5.2.- La Teoría de la anticipación ó Tutela de otros bienes jurídicos de la parte especial y la protección de bienes jurídicos individuales.
- 5.3.- La Teoría del Bien Jurídico Colectivo
 - 5.3.1.-El Orden Público
 - 5.3.2.- La Tranquilidad Pública
 - 5.3.3.- La Autotutela del poder del Estado
- 5.4.- Toma de Posición

6.- LA PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL DEL ARTICULO 317 DEL CÓDIGO PENAL

CAPITULO III

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1- ASPECTOS DOGMÁTICOS

1. 1. ¿Qué se entiende por formar parte de la asociación?
1. 2. La idea de dos o más personas.
1. 3. ¿Qué se entiende por organización destinada a cometer delitos?
1. 4. Suficiencia de la Incriminación.

2.- ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR: ¿DELITO DE DOMINIO O DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER?

- 2.1.- Los delitos de dominio.
- 2.2.-Delitos de Infracción de Deber.

3.- ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA OBJETIVA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

- 3.1.- Sujetos
- 3.2.-La realización típica del artículo 317 del código penal.
- 3.3.-En cuanto a la descripción de la conducta.
- 3.4.-Medios delictivos

4.- PARTICULARIDADES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO.

- 4.1.- Riesgo Permitido.
- 4.2.-Principio de Confianza.
- 4.3.- Prohibición de regreso.
- 4.4.- Competencia de la víctima.

5.- ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA SUBJETIVA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

- 5.1.- Imputación Subjetiva.
- 5.2. Tentativa y consumación
5. 3.- Culpabilidad
5. 4.- Autoría y Participación.

CAPITULO IV

ASPECTOS RELACIONADOS A LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1.- EL DERECHO PENAL EN LA GLOBALIZACIÓN: EL NUEVO PARADIGMA.

- 1.1.- En el plano sustantivo.
- 1.2.- La Criminalidad como empresa: Las distintas acepciones del crimen organizado.
- 1.3. – El Delito de Asociación ilícita en el Panorama Mundial:
 - a. - En el plano sustantivo.
 - b.- Tendencias actuales.

CAPITULO V

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1. - CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

1.1.- Delito Autónomo, de convergencia, de peligro abstracto y de carácter permanente,

2.- DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR Y LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.

3.- ASOCIACIÓN Y ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

4.- CONDUCTA TÍPICA:

5.- SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

6.- REQUISITOS DE LA ASOCIACIÓN

7.-AUTORÍA

8.- PARTICIPACIÓN.

8.1. Actos de colaboración en la asociación y el acto médico.

9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.

10.-ASOCIACIÓN ILÍCITA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

11.- PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

12. JURISPRUDENCIA PENAL ESPAÑOLA SOBRE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

**ASOCIACIÓN ILÍCITA DELINQUIR:
ANÁLISIS DOGMÁTICO, LEGISLATIVO
Y JURISPRUDENCIAL**

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Aun cuando en sus inicios el delito aparece como resultado de una acción individual, concertada, los estudios criminológicos registran una propensión creciente hacia la complicidad en la comisión de los más variados ilícitos, ya no sólo de manera improvisada o eventual, sino también con un alto grado de sofisticación organizativa, adoptada conforme al desarrollo de la sociedad y aun propiciada por esta misma. Bajo este enfoque, acaso sean los delincuentes pasionales y los psicópatas los de menor inclinación a la asociación delictuosa. Al respecto, las investigaciones efectuadas por Escipión Sighele¹ establecen una secuencia de carácter cuantitativo que comprende la pareja o dúo criminal; la pandilla, integrada por varios; la banda, mucho más numerosa, y la organización corporativa, ya se trate de toda una entidad social o, por lo menos, de la mayoría de sus miembros.

Este instituto, en realidad, precisa recién su moderno concepto jurídico penal en el Código toscano de 1853, artículo 421, en donde las otras nomenclaturas, de banda del Código francés de 1810, artículos 265 y siguientes, cuadrilla del Código español de 1822, artículo 338, asociación de malhechores del Código sardo de 1859, artículos 426 y siguientes, que se remontan a las antiguas conventículas romanas, son substituidas por la nueva denominación jurídica de asociaciones para delinquir, o asociaciones delictivas o ilícitas, que expresa en forma más exacta qué actuación humana es la que cae dentro del ámbito penal.

¹ Citado por MORENO. RAFAEL, *Enfoque criminológico del crimen organizado, Reforma del Código Penal de 1996*, Editado por la UNAM, México 1997, p. 128.

Pero para visualizar dicho contexto, examinemos la evolución de esta forma delictiva a través de sus antecedentes históricos.

1.1.- Primeros brotes del tipo penal de asociación ilícita o crimen organizado en el mundo (siglo xi al siglo xix).

Originalmente, si acudimos a las fuentes romanísticas del Derecho Penal, hallamos que la participación de varias personas en un mismo delito, o sea la codelincuencia, como aquí debemos denominarla, podía tener lugar de diversas maneras, a saber: en forma de bandas organizadas (salteadores, por ejemplo), coparticipación igual a la de otros individuos que cooperasen al delito, en forma de instigación y en forma de ayuda antes o después del hecho². En el caso de igual coparticipación, a los copartícipes del delito se les llamaba *socii*, lo propio que a los copartícipes en el derecho patrimonial, y se les llamaba así no pocas veces en oposición al jefe, que solía ser designado con las denominaciones de *princeps sceleris*, *princeps delicti*³. Sobre todo los escritores no juristas denominaban no pocas veces *consciis*, esto es, cosabedor del delito a aquel coautor del mismo que resultaba haber tenido poca intervención activa en él, y, excepto en aquellos delitos en que existía la obligación de denunciar, el *consciis*, como tal, estaba libre de responsabilidad jurídica. Al instigador se le designaba como *autor*, pero es de advertir que no se consideraba como instigación cualquier simple recomendación de cometer delito, sino que se necesitaba para ello intervenir e influir de un modo decisivo en la resolución de otras personas. Cuando se trataba de un auxiliador, de un *minister*, lo que se contraponía no era, de un lado, la ejecución inmediata del delito, y de otro, la actividad auxiliadora, sino que más bien lo que se contraponía era la actividad ejecutora, o sea la ejecución material del delito y la actividad espiritual, la incitación por parte

² MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, Editado por F. Góngora y Compañía, Editores, Puerta del Sol N° 12, Madrid 1912, p. 66.

³ *Ibidem*.

del autor verdadero. Pero todas estas denominaciones de las diferentes formas de cooperación para el delito carecían de una determinación precisa, como carecían también de aplicación en el terreno jurídico, y el principal valor que las mismas tenían era el de que se empleaban en el modo corriente de hablar.

En caso de que una acción delictuosa ejecutada en común no hubiera podido ser realizada por ningún individuo en particular, como, por ejemplo, el hurto de una cosa muy pesada, cada uno de los copartícipes era, no obstante, considerado como verdadero y completo autor del delito.

Si varios esclavos de un mismo señor hubiesen cometido en común un delito contra la propiedad sin que el señor tuviese por anticipado noticia de que lo iban a cometer, el señor podía dejar sin efecto la acción noxal entablada por causa de cada uno de los codelincuentes, pagando una sola vez toda la pena correspondiente al delito de que se tratara.

Cuando en un hecho delictuoso hubieran tomado parte varias personas y no se hubiera conseguido determinar la participación de cada una de ellas en el mismo, el hecho cometido se consideraba en el juicio penal privado como un delito llevado a cabo por cada uno de los copartícipes⁴.

Para asignarles un nombre a estos grupos organizados de delincuentes, se utilizaba el término *conventiculum* o *conventícula*⁵ en los primeros tiempos se usó para designar las reuniones de eclesiásticos con el objeto de

⁴ "Por efecto de la vigilancia que en interés público habían de tener, sobre el personal a sus órdenes, los capitanes de embarcaciones, los administradores o empresarios de un negocio y los dueños de posadas o establecimientos semejantes, se exigía a todos ellos responsabilidad en el derecho penal privado por los delitos contra la propiedad cometidos en el barco o en el negocio emprendido, y también por el daño causado en las cosas por echazón o por caída de las mismas desde alguna casa. Esta responsabilidad de los empresarios, dueños de posadas, etc., tenía por base una presunta o, si se quiere, ficticia codelincuencia". (MOMMSEN, Teodoro, Ob. Cit., Pág. 68).

⁵ CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Penal, Trad. De Piero Arredondo*, Editorial La Ley, Buenos Aires 1956, p. 64.

propaganda religiosa. La bula de Sixto V comprendió también bajo tal nombre las sociedades de bandoleros que asolaban el Estado romano, constituidas para atentar contra las personas y la propiedad, siempre que se hubieran reunido “*con mal fin y con armas*”. Los prácticos romanos y luego los Italianos, extendieron el uso del vocablo para designar las agrupaciones armadas con fines de venganza o para cometer saqueos, depredaciones u otros hechos de tal índole maléfica.

1.2.- El crimen organizado desde la Edad Media hasta nuestros días.

Al crimen organizado, propiamente dicho, cabe señalar que, como una de las últimas modalidades en el proceso de transformación delictiva, se distingue por la conformación de empresas o sindicatos, cuyos antecedentes se remontan a las mesnadas de forajidos, durante la Edad Media que solían asaltar a los viajeros en los caminos. Una referencia inmediata la tenemos, por ejemplo, en las descripciones de las bandas de salteadores hechas en el Quijote por Miguel de Cervantes; las compañías de mercenarios o condotieros en los comienzos del Renacimiento que trabajaban para determinados nobles y jefes de familias importantes; las hermandades secretas del siglo XVIII.

a.- En Italia:

La temida *camorra* napolitana que se consolida en el siglo XIX y, por supuesto, la *mafia* siciliana, surgida como grupo de resistencia en la isla contra los invasores extranjeros. De ahí su nombre, que responde a las iniciales del grito de guerra: “*Marte al Francese, Inglese, Austríachi*” (muerte a los franceses, ingleses y austriacos)⁶. Un hecho de capital importancia que modificaría la fisonomía original de la llamada *Onorata Sozietá* (Honorable

⁶ MORENO, Rafael, Ob. Cit., p. 129.

Sociedad), fue el ascenso en Italia del régimen fascista, encabezado por Benito Mussolini, ya que éste asestó un golpe mortal a la *mafia* en 1927. Llevados a los tribunales sus principales líderes y ajusticiados muchos de sus *Capos* (jefes), algunos consiguieron escapar a la represión y emigraron a Estados Unidos.

El substráete material del delito consiste, como dice Manzini, en el hecho de asociarse para cometer delitos (o los delitos señalados en la ley). Es suficiente el acuerdo de voluntad de los diversos individuos, sin que sea necesaria formalidad alguna, bastando su existencia concreta.

Desde el punto de vista de cada participante, lo importante es que sea consciente de que se liga para actuar por y en pro de la asociación, por acuerdo de voluntades tendiente a la comisión de delitos o de los delitos que prescriben las diferentes legislaciones. Para que se configure el delito de asociación delictiva, el criterio seguido no es uniforme en lo que se refiere al número de personas requerido para constituirlo.

En el Código francés, artículo 265, conforme a su letra, es suficiente la concurrencia de dos personas: "Toute association formée quelle que soit sa durée ou le nombre de ses membres..." En el Código Zanardelli, artículo 248, era necesario un mínimo de cinco, que en el Código Rocco, artículo 416, se ha reducido a tres.

b.- En Francia:

En las legislaciones diferentes a la toscana, como el Código penal francés de 1810, la simple resolución y acuerdo entre varias personas para cometer delitos indeterminados, no constituye de por sí la causa de la incriminación, sino que es necesario que la asociación se manifieste por actos previos: su organización jerarquizada y operativa y la determinación de la forma en que debe participarse en el producto de los delitos. En cambio, en el Código toscano, el delito se agota con el simple pacto de cometer los atentados que

señala la ley

c.- En España:

En España, en los siglos XIX y XX, el delito de asociación ilícita se perfiló en el Código Penal de 1822, en sus artículos 316 a 320, el mismo que sancionaba algunos supuestos de asociación y reunión, con penas benignas (multas de entre uno y cincuenta duros y privaciones de libertad que llegaban hasta un año de duración); la configuración de los tipos era excesivamente casuística⁷. El texto punitivo de 1848, artículos 202 a 206, se refiere específicamente a las asociaciones ilícitas diferenciando dos categorías: sociedades secretas y además asociaciones ilícitas, centrando la entidad punitiva de estas últimas en su formación sin consentimiento de la autoridad pública» o en el incumplimiento de otras condiciones que esta le hubiera fijado; las sanciones, en relación con las sociedades secretas, se concretaban en destierro, inhabilitación absoluta y prisión mayor, según los casos, y en lo que respecta a las demás asociaciones ilícitas o, en multa de veinte a cien duros; en la reforma de 1850 se mantuvo la regulación con leves retoques (arts. 207 a 212) . Pero es a partir del Código de 1870 cuando la regulación se simplifica (artículos 198 a 201) y, sin entrar ahora en actos ilícitos de asociaciones lícitas, admite solamente dos supuestos de asociaciones ilícitas: 1. Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública» y 2. Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en dicho Código (art. 198). El texto de 1928 (arts. 268 y 856) eludió el propósito del tratamiento de esta temática. Por su parte, el Código de 1932 mantuvo la regulación prevista en el de 1870, con leves actualizaciones en las penas (arts. 185 al 189)⁸.

⁷ RODRÍGUEZ, Luis. *Anuario de Derecho Penal*, Tomo XXVI, Fasc. II, Mayo – Agosto de 1973, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973, p. 298.

⁸ *Ibidem*.

d.- En Estados Unidos de Norteamérica:

Un factor que contribuyó, de manera importante, a la renovación y formidable crecimiento de la *mafia*, sobre todo en Nueva York y Chicago, fue la incorporación de elementos no italianos y, concretamente, judíos, convertidos muy pronto en poderosos “cabezas de familia” dentro de la *Cosa Nostra*, como es el caso de Jake Guzik, el *consigliere* (consejero) de Al Capone; Benjamín *Bugsy* Siegel, precursor del emporio del juego en Las Vegas; Arnold Rotbstein, quien introdujo un nuevo tipo de delito: el “contrato”, es decir, el homicidio por encargo, muy difícil de investigar puesto que no hay vínculo alguno entre víctima y victimario. Mención aparte merece Meyer Lansky, amigo personal del presidente Fulgencio Batista y por cuyo intermedio logró extender los intereses de la *mafia* a Cuba, erigiéndose como el *Capo de tutti Capi* en la primera mitad de la década de los sesenta, precisamente cuando se aplicó a la *Cosa Nostra* el apelativo de “sindicato del crimen”. Por esas mismas fechas, el procurador general del gobierno de Estados Unidos, Robert F. Kennedy, emprendía un combate frontal contra el crimen organizado, no obstante que Edgar J. Hoover, fundador y director del FBI, había declarado públicamente la inexistencia del sindicato del crimen. Sin lugar a dudas, la prohibición de la venta de alcohol en Estados Unidos, conocida como “ley seca”, favoreció cual ninguna otra circunstancia el fortalecimiento de la hampa organizada que, mediante el contrabando y el comercio clandestino de licores, sentaría las bases para diversificar sus turbios pero muy lucrativos negocios: el juego, las apuestas ilegales, la trata de blancas, la venta de “protección”, el narcotráfico y los “contratos de muerte”. Esta verdadera bonanza dio lugar a un enorme poderío económico cuyas conexiones se ramificaron vertiginosamente hasta penetrar en los más altos niveles de la política y las finanzas, sirviéndose para ello de personajes influyentes y bajo la cobertura de consorcios y empresas libres de toda sospecha. Al margen de la truculenta versión del “gangsterismo”, difundida por el cine y la televisión, según el exitoso estereotipo hollywoodense, los recursos de estas organizaciones criminales suelen ser tan variados y

eficaces que, por desgracia, muchas veces no sólo se ven anulados los intentos para contrarrestarlos sino, todavía peor, ni siquiera es posible demostrar, con pruebas fehacientes, su trasfondo delictuoso, hábilmente encubierto por una fachada de inobjetable respetabilidad pública. Por otro lado, la intrincada superposición de su estructura impide detectar los nexos que conduzcan hasta los círculos superiores y, en consecuencia, cuando la policía logra aprehender a "jefes II menores, éstos ignoran quiénes mueven los hilos desde el anonimato o, conociéndolos, se abstienen de identificarlos por temor, bien fundado, a implacables represalias.

1.3.- Modelos de primeras organizaciones delictivas en el mundo en el presente siglo . (Crimen Organizado Transnacional - COT)

a.- Modelo de Organización delictiva actual:

En la actualidad, como dice Fernando Cabañas⁹, el crimen organizado ha alcanzado un grado de madurez y desarrollo de carácter transnacional. Duarte distingue una serie de hechos que facilitan el desarrollo de COT, como fenómeno globalizado: la debilidad de las instituciones fundamentales de los estados, la marginación de importantes sectores sociales, la modificación de sistemas de comercio tradicionales, la flexibilización de las voluntades políticas para combatir éste fenómeno, el incremento de los movimientos migratorios, la velocidad de las transacciones comerciales internacionales, la falta de coordinación cooperativa globalizada entre los estados para combatirlo, la falta de armonía en la legislación específica nacional e internacional, entre otros¹⁰.

⁹ CABAÑAS, Fernando. *El Crimen Organizado en el siglo XXI, Anuario de Derecho Penal*, Tomo XCIV, Fasc. I, Enero – Abril de 2001, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 2001, pp. 108 – 124.

¹⁰ DUARTE, R. (2005): *La globalización y el riesgo del crimen organizado transnacional*. Mimeo, México 2004, p. 37.

nacionales por los que las organizaciones criminales, con un enorme potencial económico, tienen la posibilidad de acceder a informaciones que se utilizan para mejorar y expandir sus negocios.

b.- Modelos de Crimen Organizado Transnacional.

La primera tipología clasificatoria de crimen organizado transnacional que podemos mencionar, es la realizada por Rojas Rodríguez¹², en función de la actividad principal que desarrollan, las cuales pueden ser: convencionales, tales como el tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, blanqueo o lavado de dinero, el juego ilegal, la prostitución, la extorsión o la evasión fiscal. o no convencionales, que englobarían los delitos cibernéticos, falsificación de equipos electrónicos, espionaje industrial, tráfico de desechos nucleares, de órganos, de plantas y animales protegidos, el robo de vehículos de lujo u obras de arte, entre otros.

Por otro lado, podemos clasificarlo tal como lo hace Resa Nestares¹³, en función del tipo de asociación que conforman las organizaciones.

Según el autor, en un extremo, tenemos la constitución organizacional Modelo Iglesia, en el que un grupo de crimen organizado domina un determinado mercado o territorio, caracterizado por una disciplinada estructura central de mando en el que las instrucciones fluyen de arriba hacia abajo, y la iniciativa personal estaría reducida al mínimo.

Un prototipo más laxo lo constituiría el Modelo Trust. En este arquetipo existe una única estructura operativa pero funciona con una distribución de la propiedad descentralizada. Los grupos concretos subordinan sus

¹² ROJAS, C. (2001): *Corrupción: Eje fundamental sobre el que descansan las formas de crimen organizado*. En www.revistaforum.com/espanol/articulos/123101artprin1.html.

¹³ RESA, C. (2001): *Autoridad estatal, gobernabilidad democrática y delincuencia organizada transnacional*. Disponible en www.uam.es/personalpdj/economicas/cresa/text1.html

operaciones a la estrategia global y existe mayor independencia para la toma de decisiones respecto a la ejecución de la propia tarea.

Luego, tenemos el modelo Asociación de Comercio, donde los dirigentes de cada uno de los grupos que actúan de manera independiente se encuentran periódicamente para cooperar acerca de factores estratégicos como proyectos conjuntos que requieren un capital que supera los niveles económicos de cada uno de los grupos. Pero cada grupo determina autónomamente su modo de actuación, aunque teniendo en cuenta los posibles daños colaterales que para otros miembros pueden tener sus actividades.

Por último mencionaremos el Modelo Fraternidad, que se diferencia del anterior, sobre todo, en el modo en que se establece la cooperación con los otros agentes del mercado común. Bajo esta modalidad no existen reuniones periódicas ni cuerpo dirigente común. Lo que hay es una serie de pautas de comportamiento similares que conforman una socialización común en la cual los contactos personales por asuntos no propios del negocio son frecuentes y que ayudan a la creación de vínculos ocasionales para trabajos concretos, asociaciones ad-hoc entre los grupos que finalizan en el momento en que se concluye dicha actividad para la que se formaron. Finalmente, incluiremos la tipología desarrollada por Lupsha¹⁴, el cual divide la vida de los grupos criminales en etapas a partir del grado de desarrollo y sofisticación alcanzados.

La primera etapa, el grupo criminal estaría constituido básicamente por una pandilla callejera o un grupo reducido enraizado en una zona, barrio o territorio concreto. La violencia que utilizan es por lo general defensiva, para mantener el dominio del territorio o eliminar enemigos y crear un monopolio sobre el uso ilícito de la fuerza. Los actos criminales suelen estar dirigidos

¹⁴ LUPSHA, P.: *Transnational organized crime versus nation-state*. Transnational Organized Crime; New York 1996. 1: pp. 21-22.

por la recompensa inmediata que se obtienen más que por objetivos bien planificados.

En una segunda etapa, las bandas pasan de la fase predatoria a la parasitaria cuando desarrollan una interacción corruptora con los sectores legítimos del poder. El crimen organizado amasa recursos en forma de capital, información y conocimiento empresarial y extiende sus redes a los sectores legítimos de la economía. La TERCERA ETAPA, es la simbiótica en la que los sectores políticos y económicos legítimos se hacen dependientes para su propio mantenimiento de los monopolios y las redes del CO.

2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

2.1.- En Europa:

a.- Italia.

En el Código Italiano de 1936 (art. 248), se abandona el nombre de asociación de malhechores, reemplazado por el de asociaciones para delinquir, porque la responsabilidad por el delito surge por el simple hecho de haber tomado parte en la asociación, con independencia de los antecedentes y conducta anterior de los participantes. Igual concepto receptiona el Código Rocco en el artículo 416, y la ley del 18 de diciembre de 1893, que reforma el Código penal francés.

La principal forma de criminalidad organizada en Italia es la mafia y las agrupaciones similares que se han desarrollado en el sur del país. Según algunos estudios, la mafia tiene sus orígenes en la Sicilia medieval como sociedad secreta nacida en el siglo XIII para resistir pasivamente las sucesivas ocupaciones extranjeras (ya lo mencioné en la parte histórica de este mismo informe). El fenómeno moderno de la mafia aparece en Italia desde el siglo pasado. Surge de los grupos de personas encargadas de

cuidar extensas propiedades rurales en la región meridional. Estas personas dotadas de armas por los terratenientes, fueron gradualmente dedicándose a actividades de extorsión y obteniendo beneficios de las amenazas en contra de los pobladores, al tiempo que ampliaban sus campos de actividad ilícita. Como hemos visto al referirnos a los Estados Unidos, estas organizaciones se expandieron hacia el extranjero y sus rasgos principales son: una fuerte jerarquización a partir del mando de un jefe o capo que asigna funciones y distribuye beneficios entre los miembros del grupo, así como el carácter secreto de la pertenencia a la organización, característica que en italiano se denomina omertá. La violación del deber de guardar secretos es castigada mediante las formas más crueles de tormento, el cual culmina con la muerte. La evolución jurídica del combate a la mafia se inicia con el reconocimiento de la existencia real de estas organizaciones y el estudio y conocimiento de sus características propias.

El aspecto más importante de la transformación del pensamiento jurídico italiano en torno al problema creado por estos grupos ha sido la elaboración del concepto asociación de tipo mafioso que tipificaron en su Código Penal a partir de 1992. Apareció así en la legislación italiana la figura de la asociación para delinquir que responde a la mencionada necesidad y es distinta a la noción de asociación delictuosa o asociación ilícita.

La asociación para delinquir del derecho italiano, se configura por la asociación de tres o más personas con el fin de cometer delitos, y quienes los promueven constituyen u organizan dichas asociaciones son castigados por ese solo hecho con una pena de tres a siete años de prisión. Además, por la sola participación en la asociación se impone pena de prisión de uno a cinco años. Se observa aquí que la penalidad es mayor para los promotores u organizadores. A los miembros se les impone igual pena que a los promotores. Si los asociados emplean armas en el campo o en la vía pública, la pena se eleva a un mínimo de cinco y un máximo de quince años. También se prevé una elevación de la pena si el número de los asociados es

de diez o más. Se puede apreciar en este tipo delictivo el propósito de combatir la existencia misma de las menciona las asociaciones. No obstante, esto no fue suficiente y en 1992 se adicionó al Código Penal italiano el artículo 416 bis que, atendiendo a nuevas consideraciones dictadas por la práctica, creó la figura de la asociación de tipo mafioso. Esta asociación se define en función de que quienes forman parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo o de la condición de sujeción o secrecía que deriva de la comisión de delitos para adquirir, de modo directo o indirecto, la gestión o el control de actividades económicas, de concesiones, de autorizaciones para prestar servicios públicos o para obtener provechoso ventajas injustas para sí o para otro o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o de procurar votos para sí o para otro con motivo de un proceso electoral.

Esta asociación requiere de un mínimo de tres miembros y cualquiera que forme parte de ella será castigado por ese solo hecho, con pena de tres a seis años de prisión. Los promotores, dirigentes u organizadores recibirán una pena de cuatro a nueve años. Si la asociación es armada se aplican de cuatro a diez años a los miembros y de cinco a quince años a los organizadores o dirigentes. La asociación se considera armada cuando los participantes portan armas u explosivos para la consecución de la finalidad de la asociación, aunque dichas armas o explosivos estén ocultos o se tengan en un depósito.

Se prevé también la confiscación de las cosas que sirven o sean destinadas a la comisión del delito y los productos o provechos obtenidos, así como la anulación de las licencias, permisos o concesiones obtenidas por ese medio. El artículo 416 bis del Código Penal italiano extiende también sus disposiciones a la camorra y a todas las otras asociaciones con distintas denominaciones locales que, valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo, persigan propósitos correspondientes a aquellos de las asociaciones de tipo mafioso.

Es de notarse la amplitud de la descripción del tipo y la necesidad de recurrir a conceptos poco precisos, para tratar de asir un fenómeno tan complejo como la asociación mafiosa, tal es el caso de la referencia a la fuerza de intimidación que produce el vínculo asociativo. Se trata de un elemento subjetivo tanto por lo que toca a la intimidación, como a la causa de la misma, ya que prácticamente equivale a señalar que el conocimiento que tiene el sujeto pasivo de la pertenencia de los delincuentes a la organización mafiosa, le genera un temor que da lugar a que acceda a otorgar los beneficios económicos que se le exigen.

b.- En España:

Este tipo de delito es tipificado por primera vez dentro del concepto de “asociación ilícita”, Art. 513 del Código de 1944, el cual procedía de la Ley de Seguridad del Estado, de 9 de marzo de 1941 dada durante el régimen Franquista, por lo que tenía una orientación eminentemente política . De acuerdo a Serrano Gómez, en realidad no tenía ninguna justificación el referido artículo dentro del Código, pues cuestiona el hecho de abordar el tipo analizado a partir de la agrupación de 3 o más personas, pues a su consideración bastaban dos personas “asociadas” para configurar el tipo penal. En relación con su forma agravada, el inc. 13 del Art. 513, al referirse a la “cuadrilla” también debía reducir el número a dos o más malhechores. Esto sin perjuicio de su posible supresión¹⁵.

Junto a ello, constituye preocupación fundamental la *confiscación del patrimonio criminal*, expresándose una clara tendencia hacia la inversión de la carga de la prueba en este campo. Con propuestas no siempre

¹⁵ SERRANO, Alfonso. *Anuario de Derecho Penal*, Tomo XXIV, Fasc. I, Enero – Abril de 1971, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 58 – 67.

compatibles con las tradiciones constitucionales de los Estados¹⁶. Pues bien, también en materia de confiscación se expresa un modelo diferenciado. Ese modelo diferenciado es ya una realidad en nuestro Derecho en el tratamiento del tráfico de drogas. Por ejemplo, es claro que en materia de confiscación o pérdida de la ganancia, el art. 374 supone un modelo excepcional frente a la regulación general contenida en el art. 127 CP, precisamente con la finalidad de favorecer la incautación del patrimonio criminal producto de la actividad organizada del tráfico de drogas.

Junto a ello se perciben propuestas dirigidas a favorecer la declaración de *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, superando el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, cuyas consecuencias han sido derogadas expresamente en otros ordenamientos europeos, de cuyos modelos no difiere sustancialmente el modelo español.

El Derecho español, condicionado por la dogmática tradicional, que no reconoce capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica, niega la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque ha introducido un sistema de *consecuencias accesorias* que aproxima el régimen de consecuencia jurídica a las sanciones penales. Por ello no existen obstáculos insalvables, desde el punto de vista constitucional, para aproximar esta legislación a aquellas tendencias de extender la responsabilidad penal a la persona jurídica. Antes bien, el Tribunal Constitucional español ha declarado en S. 246/1991, de 19 de diciembre, que nada impide que el Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles, pues, capacidad infractora, declarando expresamente que el principio de culpabilidad "se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de

¹⁶ CHOCLÁN, José, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001, p. 21.

ficción jurídica a la que responden estos sujetos".

Al margen de las tendencias generales que hemos expuestos, el caso más claro, de *lege data*, de legislación penal y procesal especial español se presenta en el derecho en materia *terrorista*¹⁷. La legislación antiterrorista en España puede remontarse a fines del siglo XIX, aunque referida, como es lógico, a una diversa realidad criminológica. Tras la implantación del Estado de Derecho, el terrorismo como organización es objeto de atención en la propia Constitución española, cuyo art. 55.2 ofrecía cobertura constitucional a la suspensión de determinados derechos fundamentales "en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre se ocuparía de dar el oportuno desarrollo a esta previsión constitucional¹⁸. Pero es la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de Desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, la que por vez primera, en el Estado Constitucional, contiene una regulación jurídica material y procesal completa frente a la delincuencia terrorista. Esta Ley es posteriormente derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, que da nueva redacción a la regulación penal sustantiva, ligeramente retocada después por la LO 3/1989. Esta es la evolución legislativa hasta que por LO 10/1995, de 23 de noviembre, se aprueba en España el nuevo Código penal. Con posterioridad a este Código, la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, modificó el Código Penal con la pretensión de instaurar instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a las agresiones derivadas de la violencia callejera, denominada "terrorismo de segundo grado". Recientemente, es clara la tendencia diferenciadora en el tratamiento dado al *menor terrorista* por la LO 7/2000, de 22 de diciembre de reforma del Código penal y de la LO 5/2000, reguladora de la

¹⁷ MOCCIA. Sergio, "El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.º 5, julio 2000, p. 23.

¹⁸ *ibídem*

asociaciones de individuos o de grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanentes, que se perpetúan por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios monetarios o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas.

El consejo es presidido por el subprocurador general y lo componen los siguientes miembros: el procurador general asistente, encargado de la Revisión criminal del Departamento de Justicia; el director de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI); el director del Servicio de los Marshalls²¹ de los Estados Unidos; el administrador de la Agencia Antinarcoóticos (DEA); el comisionado del Servicio de Inmigración y Naturalización; el Presidente del Comité de Asesores del Procurador General; el inspector general del Departamento de Trabajo; el secretario asistente encargado del Área de Aplicación Forzosa de la Ley del Departamento del Tesoro; el director de la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego; el comisionado del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos; el inspector en jefe del Servicio Postal; el director de la División de Aplicación Forzosa de la Ley de la Comisión de Valores y Actividades Bursátiles; el director del Servicio Secreto de los Estados Unidos y el comisionado asistente de la División de Investigaciones Criminales del Servicio de Impuestos (Internal Devenue) del Departamento del Tesoro²². Como puede apreciarse, es un conjunto de responsables de diversas áreas del gobierno federal que tienen que ver no solamente con la persecución directa de delitos, sino también con diferentes áreas administrativas, particularmente de tipo económico, que pueden tener contacto con actividades en las que intervenga el crimen organizado.

²¹ Este servicio atiende los requerimientos de seguridad de los tribunales norteamericanos. Realiza la aprehensión de fugitivos federales, otorga seguridad a testigos, ejecuta órdenes de aprehensión y custodia bienes decomisados. Depende del Departamento de Justicia.

²² ANDRADE, Eduardo, Ob. Cit., p. 59.

Para organizar el combate al crimen organizado se solicitó a los fiscales federales de los Estados Unidos que elaboraran y presentaran un informe sobre la situación del crimen organizado en sus respectivos distritos.

El consejo elaboró, a partir de los reportes enviados por los fiscales distritales, un documento denominado Estrategia Nacional para Hacer Frente al Crimen Organizado. Esta estrategia nacional tenía por objeto encontrar las mejores formas de alcanzar los objetivos del programa en contra del crimen organizado. Partía del reconocimiento de que este fenómeno es una amenaza real y se refería a sus diferentes manifestaciones, al tiempo que señalaba directrices para implementar un plan tendente a reducir esa amenaza en el corto plazo y a eliminarla completamente en el largo plazo. La estrategia, por supuesto, tenía que ser flexible y atender al problema de cómo aplicar óptimamente los recursos disponibles²³.

De acuerdo a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano basado en la *Common Law*, se elaboró el denominado Estatuto RICO, como principal instrumento jurídico contra el crimen organizado. Se denomina Estatuto RICO a un conjunto de disposiciones contenidas en el título noveno de la Ley para el Control del Crimen Organizado, emitida el 15 de octubre de 1970. Las siglas RICO significan Racketeer Influenced and Corrupt Organizations, cuya traducción al español es terriblemente compleja.

La conceptualización de un esquema como el denominado RICO en la legislación de los Estados Unidos obedece a la necesidad de enfrentar los aspectos más sutiles y complicados de la criminalidad organizada. Aquellos que consisten en sucesivos ocultamientos de las acciones ilícitas, o de los

²³ En el mismo documento se planteaba la necesidad de mantener la máxima atención sobre los grupos criminales que constituyeran la más seria amenaza para aquella nación, y se conservaba flexibilidad para reaccionar frente a nuevas formas de criminalidad organizada. Se marca en esta estrategia nacional una dirección, se establecen procesos y planes de acción y se comprometen recursos para alcanzar objetivos específicos. (ANDRADE, Eduardo, Ob. Cit., p. 60)

asociaciones de individuos o de grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanentes, que se perpetúan por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios monetarios o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas.

El consejo es presidido por el subprocurador general y lo componen los siguientes miembros: el procurador general asistente, encargado de la Revisión criminal del Departamento de Justicia; el director de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI); el director del Servicio de los Marshalls²¹ de los Estados Unidos; el administrador de la Agencia Antinarcoóticos (DEA); el comisionado del Servicio de Inmigración y Naturalización; el Presidente del Comité de Asesores del Procurador General; el inspector general del Departamento de Trabajo; el secretario asistente encargado del Área de Aplicación Forzosa de la Ley del Departamento del Tesoro; el director de la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego; el comisionado del Servicio de Aduanas de los Estados Unidos; el inspector en jefe del Servicio Postal; el director de la División de Aplicación Forzosa de la Ley de la Comisión de Valores y Actividades Bursátiles; el director del Servicio Secreto de los Estados Unidos y el comisionado asistente de la División de Investigaciones Criminales del Servicio de Impuestos (Internal Revenue) del Departamento del Tesoro²². Como puede apreciarse, es un conjunto de responsables de diversas áreas del gobierno federal que tienen que ver no solamente con la persecución directa de delitos, sino también con diferentes áreas administrativas, particularmente de tipo económico, que pueden tener contacto con actividades en las que intervenga el crimen organizado.

²¹ Este servicio atiende los requerimientos de seguridad de los tribunales norteamericanos. Realiza la aprehensión de fugitivos federales, otorga seguridad a testigos, ejecuta órdenes de aprehensión y custodia bienes decomisados. Depende del Departamento de Justicia.

²² ANDRADE, Eduardo, Ob. Cit., p. 59.

Para organizar el combate al crimen organizado se solicitó a los fiscales federales de los Estados Unidos que elaboraran y presentaran un informe sobre la situación del crimen organizado en sus respectivos distritos.

El consejo elaboró, a partir de los reportes enviados por los fiscales distritales, un documento denominado Estrategia Nacional para Hacer Frente al Crimen Organizado. Esta estrategia nacional tenía por objeto encontrar las mejores formas de alcanzar los objetivos del programa en contra del crimen organizado. Partía del reconocimiento de que este fenómeno es una amenaza real y se refería a sus diferentes manifestaciones, al tiempo que señalaba directrices para implementar un plan tendente a reducir esa amenaza en el corto plazo y a eliminarla completamente en el largo plazo. La estrategia, por supuesto, tenía que ser flexible y atender al problema de cómo aplicar óptimamente los recursos disponibles²³.

De acuerdo a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano basado en la *Common Law*, se elaboró el denominado Estatuto RICO, como principal instrumento jurídico contra el crimen organizado. Se denomina Estatuto RICO a un conjunto de disposiciones contenidas en el título noveno de la Ley para el Control del Crimen Organizado, emitida el 15 de octubre de 1970. Las siglas RICO significan Racketeer Influenced and Corrupt Organizations, cuya traducción al español es terriblemente compleja.

La conceptualización de un esquema como el denominado RICO en la legislación de los Estados Unidos obedece a la necesidad de enfrentar los aspectos más sutiles y complicados de la criminalidad organizada. Aquellos que consisten en sucesivos ocultamientos de las acciones ilícitas, o de los

²³ En el mismo documento se planteaba la necesidad de mantener la máxima atención sobre los grupos criminales que constituyeran la más seria amenaza para aquella nación, y se conservaba flexibilidad para reaccionar frente a nuevas formas de criminalidad organizada. Se marca en esta estrategia nacional una dirección, se establecen procesos y planes de acción y se comprometen recursos para alcanzar objetivos específicos. (ANDRADE, Eduardo, Ob. Cit., p. 60)

productos de éstas²⁴.

El Estatuto RICO tiene por objeto crear dichos instrumentos, dotar a los fiscales de fórmulas legales que hagan factible un combate eficiente contra la delincuencia organizada y, como es habitual en el derecho norteamericano²⁵, la elaboración de estos instrumentos no deriva de una construcción teórica preestablecida a partir de determinados principios, sino que reacciona pragmáticamente a las condiciones que tiene que enfrentar y busca soluciones casuísticas y prácticas. No se pretende una gran coherencia lógica de las disposiciones aplicables, sino su eficacia práctica, aunque ella requiera ampliar los márgenes de la interpretación a fin de adaptar la reacción de la autoridad a las acciones concretas de la delincuencia y no al contenido gramatical de los textos legales.

Es importante precisar, como señala Andrade Sánchez, que “cuando entró en vigor el Estatuto RICO, los jueces no admitían que la idea de empresa se aplicara a la organización misma de carácter ilegal. Decían, “no: si de lo que se trata este Estatuto es de evitar la penetración en empresas lícitas de la criminalidad organizada, pero no de que el mismo conjunto de delincuentes lo consideremos empresa”. Pero luego fueron variando los criterios y los tribunales norteamericanos dijeron en algún momento, también debe entenderse como empresa al conjunto de criminales o a cualquier oficina, consultorio, tienda de abarrotes, etcétera. Y la otra parte del requisito es que afecte el comercio interestatal. A esto le han dado una interpretación muy especial. No se trata de que el acto criminal afecte al comercio interestatal. Se trata de que la empresa misma afecte al comercio interestatal”²⁶.

²⁴ *Ibíd*em

²⁵ *Ibíd*em

²⁶ ANDRADE, Eduardo, Reforma Constitucional y Penal, Editado por la UNAM, México DF 1996, p. 10

2.3.- En Latinoamericana:

Se preveía en el anterior Código Brasileño de 1956 en el artículo 288, en el que se exigía para su configuración un mínimo de tres personas, lo mismo que en el anterior Código penal argentino, artículo 210, y que en el proyecto del Poder Ejecutivo, artículo 380, sometido a consideración del Congreso Nacional, en donde se prevé el delito de asociación ilícita bajo el título “De los delitos contra la tranquilidad pública”.

Pero veamos pormenorizadamente los casos más significativos de la experiencia latinoamericana:

2.4.- En el Perú:

a.- Código Penal de 1924

En el Código Penal de 1924 no se incluyó el tipo específico de asociación ilícita. No obstante, se prevé en el Art. 238 como forma agravada del delito de robo con el siguiente texto:

“La pena será penitenciaria no mayor de diez años o prisión no menor de seis meses, si el delincuente hubiera cometido el hecho en calidad de afiliado a una banda, o si fuera habitual en el delito de robo o si se demostrase por otras circunstancias su condición de especialmente peligroso”.

El Art. 239° se prevé otra agravante en cuanto al resultado del delito de robo que implique la acción violenta que pusiese en peligro la vida o la salud. En este caso la pena no será menor de cinco años o si hubiese cometido el robo “en calidad de afiliado a una banda”.

Así mismo, en el caso de los delitos contra el Estado, se admite para la figura del delito de sedición, los Arts. 310 y 311 para los que tomaren parte como director o promotor de una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición

b. - Código Penal de 1991. Art. 317:

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

Este artículo fue modificado a su vez por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

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

A su vez, este artículo fue nuevamente modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 317.- Asociación ilícita

El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la

misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333; 346 al 350 o la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin”.

Asociaciones Ilícitas para Delinquir durante los últimos años: Caso de Vladimiro Montesinos y Alberto Fujimori

Desde 1991 en que Alberto Fujimori asumió la condición de dictador mediante el golpe de Estado del 5 de abril de ese mismo año, empezaron a desarrollarse una serie de mecanismos y acciones, propias del crimen organizado llevado a las más altas esferas del poder. Es así, que en los diversos aspectos de la vida política y económica de la nación, nos vimos sumergidos en una secuela de actos de los más desvergonzados y rufianescos que podían presumirse. Con el pretexto de la lucha contra el terrorismo, primero, y luego con la guerra mantenida contra el Ecuador, se fraguaron una serie de iniquidades jurídicas y negocios fraudulentos como el de la compra de armas a Bielorrusia.

Caído el régimen por una especie de “atragantamiento” de sus propias acciones y luego de la escandalosa fuga de Vladimiro Montesinos, primero, y Fujimori después, se desarrolló una persecución legal que llegó a su final con la extradición del exdictador desde la República de Chile.

Sospechosamente, Vladimiro Montesinos, en el marco del proceso conocido como “Expediente Madre”, la Sexta Sala Penal Especial de la Corte Superior

de Justicia de Lima (CSJL), declaró fundada por mayoría el recurso de excepción de cosa juzgada presentada por la defensa de Vladimiro Montesinos Torres en el extremo que se le acusa por el delito de asociación ilícita para delinquir. De esta manera, el Colegiado Superior, presidido por el vocal Iván Sequeiros, declaró extinguida la acción penal y dispuso el archivo definitivo de la causa por este motivo.

Como se recuerda, Montesinos Torres es procesado, además, por los presuntos delitos contra la administración pública, corrupción de funcionarios, cohecho pasivo, enriquecimiento ilícito, falsa declaración, junto a su esposa Trinidad Becerra, su hija Silvana Montesinos, su ex pareja sentimental, Jackeline Beltrán, entre otros.

Según uno de los fundamentos de la Sala, el ex asesor presidencial ya ha sido sentenciado en otras oportunidades por el delito de asociación ilícita, según consta en múltiples ejecutorias supremas, como la condena a 10 años y ocho meses del 27 de mayo del 20005.

c.- Ley contra el Terrorismo y sus diversas modificaciones (Ley de arrepentimiento en casos de Terrorismo).

El violento escenario de la décadas de los ochenta y noventa, generó una diversidad de reacciones punitivas por parte del Estado a fin de tratar de controlar a los grupos subversivos, implementando una diversidad de normas y modificaciones del Código Penal, con un notorio incremento de las sanciones para estos tipos penales. No obstante, es durante el régimen de Fujimori donde al amparo de sus poderes dictatoriales, se da una Ley especializada y sistemática contra el terrorismo a pesar de su evidente colisión con los principios garantistas de nuestra Legislación Penal y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de los cuales el Perú es suscrito.

El 6 de mayo de 1992 se promulga DECRETO LEY N° 25475 en la cual se establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

El 16 de mayo de 1992 se promulga el DECRETO LEY N° 25499 en la que se establecen los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a incurso en la comisión de delitos de terrorismo.

El 2 de diciembre de 1992 por el DECRETO LEY N° 25916 se precisan que las prohibiciones de beneficios penitenciarios y procesales para los agentes de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, de Terrorismo y de Traición a la Patria mantienen su vigencia.

El 8 de mayo de 1993 mediante D.S. 015-95 JUS se aprueba el Reglamento de la Ley del Arrepentimiento sobre Delito de Terrorismo.

El 25 de noviembre de 1993 mediante Ley 26348 se Modifican el Decreto Ley N° 25659, en lo referente a la procedencia de la Acción de Hábeas Corpus en caso de delitos de Terrorismo o Traición a la Patria. El 15 de junio de 1995 mediante Ley 26479 se conceden amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos El 9 de mayo de 1997 Declaran improcedente demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de las Leyes N°s. 26479 y 26492 en los casos de amnistía a los militares y policías implicados en delitos de lesa humanidad.

d.- Decreto Ley N° 22095 (Ley contra el Tráfico Ilícito de Drogas).

Esta Ley fue promulgada el 28 de febrero de 1978 durante el denominado Gobierno Revolucionario presidido por Morales Bermúdez. Se le considera la

primera Ley sistemática respecto a la lucha contra el tráfico ilícito de drogas como una de las manifestaciones propias del crimen organizado que había alcanzado su apogeo en nuestro país al haberlo convertido en uno de los principales centros de producción de estupefaciente, especialmente de la cocaína, la marihuana y el opio, aunque éste último en menor proporción. En su versión primigenia, el Art. 57 precisaba:

Artículo 57.- Se impondrá pena no menor de diez años de penitenciaría:
Al que administre, instigue o induzca al consumo de drogas a incapaces o menores de dieciocho años de edad.

Al que administre drogas a otras personas con violencia o engaño.

Al que utilice menores de edad en la comisión de los hechos delictivos que esta Ley reprime.

Al que comercie con drogas en centros educativos, asistenciales o centros de readaptación social.

Al que fabrique sin autorización cualquier clase de drogas de las previstas en las Listas I y II "A"; y,

Al que comercie ilícitamente con drogas consideradas en las Listas I y II "A".

Posteriormente, este artículo fue modificado el 15 de junio de 1981 mediante Decreto Legislativo N° 122, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 57.- El que promueve, organice, financie o dirija una banda formada por tres o más personas y destinada a producir o comercializar droga, será reprimido con penitenciaría no mayor de quince años ni menor de diez años.

Los demás integrantes de la banda serán reprimidos, por el solo hecho de pertenecer a la asociación ilícita, con penitenciaría no mayor de diez años ni menor de cinco años".

e.- Ley Nro 26320: Contra el Tráfico Ilícito de Drogas.

Mediante esta norma se adiciona a la parte final del Artículo 298 del Código Penal, el siguiente texto: "A efectos de la aplicación del presente artículo, se considera pequeña cantidad de droga hasta cien gramos de pasta básica de

cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, doscientos gramos de marihuana y veinte gramos de derivados de marihuana. Por otra parte, se inserta la terminación anticipada de los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los Artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, para casos de colaboración.

f.- Ley sobre Lavado de Dinero o Activos

Mediante Ley 27693 se crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú la misma que cuenta con personería jurídica de Derecho Público, con autonomía funcional, técnica y administrativa, encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos, con pliego presupuestal adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas y posteriormente, por Ley 28009 fue adscrita a la PCM. El propósito de esta norma, era crear un organismo especializado para detectar y denunciar aquellas actividades llevadas a cabo por las organizaciones criminales (tanto del Narcotráfico como del Terrorismo) en el área económica, considerando esto último como fundamento esencial de sus existencias. A pesar que esta norma ha experimentado varias modificaciones en su articulado desde la fecha de su promulgación, queda claro que es desde todo punto de vista, un acierto su formación.

g.- Decreto Legislativo N° 824.

Este decreto fue promulgado de conformidad con la Primera Disposición Final de la Ley N° 28003, publicada el 18-06-2003, toda mención a la Comisión de Lucha contra el Consumo de Droga CONTRADROGAS, en el presente Decreto Legislativo, se entenderá referida a la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas "DEVIDA".

De acuerdo a esta norma, se diseñan todos los mecanismos jurídicos para la lucha contra las drogas, en lo que constituyó en principio, aparentemente

una ofensiva frontal contra las organizaciones criminales. Se implementó la denominada colaboración eficaz de los detenidos por el delito de tráfico ilícito de drogas miembros de estas asociaciones ilícitas, recibiendo beneficios penitenciarios si es que denunciaban a los cuadros de mando de dichas organizaciones., por otro lado se afinan los mecanismos jurídicos de control de los insumos destinados a la elaboración de estupefacientes. Así mismo se crean figuras como la del “agente encubierto” destinado a la infiltración de las organizaciones criminales.

h.- Normas contra la Criminalidad Organizada en el Perú: 2001

El 21 de junio del 2000 se promulga la Ley 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.

El 21 de Octubre del 2001 se aprueba el Reglamento del Capítulo III de la Ley N° 27378 sobre procedimiento de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada mediante D.S. N° 035-2001-JUS.

Se incorpora el Art. 333 en el NCPP D.L. N° 957 con el texto:

“Artículo 333 Coordinación Inter-institucional de la Policía Nacional con el Ministerio Público.- Sin perjuicio de la organización policial establecida por la Ley y de lo dispuesto en el artículo 69, la Policía Nacional instituirá un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación de dicha institución con el Ministerio Público, de establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y con las Fiscalías, de centralizar la información sobre la criminalidad violenta y organizada, de aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la adecuada persecución del delito, y de desarrollar programas de protección y seguridad”.

3.- LEGISLACIÓN COMPARADA:

3.1.- Códigos Penales:

a. - Argentina

Participación y la asociación ilícita

El Código Penal argentino regula la participación criminal en el Libro 1, Título VII.

Artículo 45

Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado di

rectamente a otro a cometerlo.

Artículo 46

Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad.

Artículo 210

Se reprime con prisión o reclusión de tres a diez años, al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

b.- Colombia:

Secuestro con fines terroristas (Art. 170, inc. 7)

Lavado de Activos:

Artículo 324. Circunstancias específicas de agravación. Las penas privativas

de la libertad previstas en el artículo anterior se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea desarrollada por quien pertenezca a una persona jurídica, una sociedad o una organización dedicada al lavado de activos y de la mitad a las tres cuartas partes cuando sean desarrolladas por los jefes, administradores o encargados de las referidas personas jurídicas, sociedades u organizaciones.

Concierto para delinquir

Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.

Terrorismo

Artículo 343. Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 344. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior, serán de doce (12) a veinte (20) años de prisión y multa de cinco mil (5.000) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando:

Se hiciera copartícipe en la comisión del delito a menor de dieciocho (18) años;

Se asalten o se tomen instalaciones de la Fuerza Pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares;

La conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos;

El autor o partícipe sea miembro de la Fuerza Pública o de organismo de seguridad del Estado;

Cuando la conducta recaiga sobre persona internacionalmente protegida diferente de las señaladas en el título II de este Libro, o agentes diplomáticos de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, o se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

Delitos contra la Administración Pública en forma de asociaciones.

Artículo 434. Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública. El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por ésta sola conducta en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor.

c.- Uruguay:

Artículo 150: Asociación para delinquir.

Los que se asociaren para cometer uno o más delitos serán castigados, por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría. El hecho será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría si la asociación tuviere por objeto la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1º de la Ley N° 8.080, de 27 de mayo de 1927; en los artículos 30 a 35 del Decreto Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en el artículo 5º de la Ley N° 14.095, de 17 de noviembre de 1972, de cualquier actividad ilícita relacionada con el tráfico de órganos o tejidos (Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971); el contrabando o la adquisición, recepción u ocultamiento de dinero o de los efectos provenientes de un delito.

d. - México:

Art. 139: Financiamiento de actividades ilícitas

La misma sanción se impondrá al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, en apoyo de personas u organizaciones que operen o cometan actos terroristas en el territorio nacional.

Artículo 148 Bis.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten: l) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor.

e.- Chile:

De las asociaciones ilícitas

Art. 292 Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Art. 293 Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior.

f.- Puerto Rico:

Puerto Rico posee una Ley Especial contra el Crimen Organizado, Ley Núm. 33 de 13 de junio de 1978

Artículo 46. Personas jurídicas. Son penalmente responsables las personas jurídicas organizadas bajo las leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico o autorizadas para actuar en su jurisdicción y toda sociedad o asociación no incorporada cuando las personas autorizadas, agentes o representantes cometan hechos delictivos al ejecutar sus acuerdos o al realizar actuaciones que le sean atribuibles. La responsabilidad aquí establecida no excluye la responsabilidad individual en que puedan incurrir los miembros, dirigentes, agentes, o representantes de las personas jurídicas o de las sociedades y asociaciones no incorporadas que participen en el hecho delictivo.

g.- Brasil:

Art. 62 agravante de la pena

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

Concurso de personas:

Art. 29. - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

3.2.- Tratados Internacionales:

Convención de la Delincuencia Organizada por la ONU

La convención contra la delincuencia organizada transnacional, concluida en la 10ma sesión del comité Ad Hoc establecido por la Asamblea General para encargarse de este tema, es un instrumento legal que obliga a los estados que lo ratifican a tomar una serie de medidas contra la delincuencia organizada transnacional. Estas medidas incluyen la creación de legislación doméstica para combatir el problema, la adopción de marcos para la ayuda legal mutua, de extradición, de cooperación para la aplicación de ley y de la asistencia técnica y capacitación²⁷

La convención contra la corrupción

En la resolución 55/61 del 4 de diciembre del 2000, la Asamblea General reconoció que era deseable establecer un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independientemente de la convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (resolución 55/25). El texto de la convención de Naciones Unidas contra la corrupción fue negociado durante siete sesiones del comité Ad-Hoc para la negociación de la convención contra la corrupción, llevadas a cabo entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003. La Asamblea General adoptó la

²⁷ http://www.onudd.org.pe/contenidos/quienes_somos_1.htm

convención aprobada por el comité Ad-Hoc mediante la resolución 58/4 del 31 de octubre del 2003.

Convenciones de control de drogas

Los tres principales tratados internacionales del control de drogas se apoyan mutuamente y actúan complementariamente. Además de incluir disposiciones generales sobre abuso y tráfico ilícito de drogas, buscan asegurar la disponibilidad legal de drogas narcóticas y de sustancias psicotrópicas para propósitos medicinales y científicos y prevenir su desvío hacia canales ilícitos.

Convención única sobre drogas narcóticas de 1961

Es un tratado internacional cuya objetivo es prevenir y combatir la drogadicción a través de acciones coordinadas internacionales. Señala que «la posesión, uso, comercio, distribución, importación, exportación, elaboración y producción de drogas están estrictamente reservadas para usos médicos y científicos». Se describen dos formas complementarias de intervención y fiscalización, la primera de naturaleza preventiva, referida al mercado lícito, científico y médico; y la segunda de naturaleza represiva, referida al tráfico ilícito, al uso indebido y a la adicción. Esta última consiste en establecer una cooperación penal internacional para castigar y disuadir el narcotráfico.

Convención contra el tráfico ilícito en drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas de 1988

Esta convención refleja la respuesta de la comunidad internacional al aumento de cultivos ilícitos, producción, transformación y tráfico de drogas. Incluye políticas contra el lavado de dinero y fórmulas de cooperación internacional para la extradición y procesos de los narcotraficantes.

UNGASS 1998

En 1998, se celebró en Nueva York la vigésima sesión especial de la Asamblea General sobre el problema de la droga del mundo. Los estados miembros se comprometieron a trabajar conjuntamente para elaborar estrategias y programas, y establecer metas comunes para el 2008: reducir o eliminar la producción de drogas ilícitas, incluyendo campañas para reducir el consumo y la demanda de drogas, programas para controlar la disponibilidad de sustancias que pueden utilizarse en la producción de drogas y actividades para mejorar la cooperación jurídica entre países para una mejor fiscalización del tráfico de drogas.

Convención Transnacional Contra el Crimen Organizado, conocida como la Convención de Palermo

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como Convención de Palermo, tuvo como antecedentes la resolución 53/111 del 9 de diciembre de 1998, en la cual se decidió establecer una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada, y examinar si procedía la posibilidad de elaborar instrumentos internacionales sobre la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas y el transporte ilícito de migrantes. A partir de esa resolución se realizaron una serie de reuniones de expertos intergubernamentales a fin de preparar los temas y las propuestas de la convención, la cual tendría lugar del 12 al 15 de diciembre de 2000 en la ciudad de Palermo, Italia. En ese lugar la asamblea declara su firme convicción "de que la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional entre otros casos de actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y de fauna en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural, los crecientes vínculos contra la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo.

A lo largo de su articulado el documento de la convención va detallando los fines, los ámbitos de aplicación, las medidas a tomar, las responsabilidades y la cooperación internacional. Establece como propósito de la Convención "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Las directrices internacionales actuales a nivel de la Unión Europea en materia de criminalidad organizada. Preocupación fundamental hacia la confiscación del patrimonio criminal

La técnica seguida en los distintos instrumentos internacionales, ante la falta de competencia penal supranacional²⁸, es la de la asimilación y armonización de las legislaciones internas, con el fin de conseguir el mayor grado de homogeneización jurídica posible. A falta de un Derecho penal unificado, la acción de la Comunidad se dirige a coordinar a los distintos Estados para la aproximación de sus Derechos internos. Hasta que sea posible un Derecho penal de la globalización, sólo Tratados sectoriales de uniformización, en lo sustantivo, o Tratados de cooperación jurídica internacional en materia procesal penal, pueden paliar las disfunciones que para una tutela eficaz frente al crimen organizado derivan de la heterodoxia legislativa. El Tratado de Amsterdam, en vigor desde el primero de mayo de 1999, ha creado un marco jurídico nuevo para una lucha eficaz contra el fraude y la corrupción, y otras manifestaciones de la criminalidad organizada, modificando en este punto el Título VI del Tratado de la Unión Europea referido a las "Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal". El Art. 29 del Texto consolidado de la Unión establece que el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este objetivo habrá de lograrse, según este precepto, mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas,

²⁸CHOCLÁN, José. "Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris Europaeo", *La Ley*, I y II, números 4475 y 4476, febrero 1998.

A lo largo de su articulado el documento de la convención va detallando los fines, los ámbitos de aplicación, las medidas a tomar, las responsabilidades y la cooperación internacional. Establece como propósito de la Convención "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Las directrices internacionales actuales a nivel de la Unión Europea en materia de criminalidad organizada. Preocupación fundamental hacia la confiscación del patrimonio criminal

La técnica seguida en los distintos instrumentos internacionales, ante la falta de competencia penal supranacional²⁸, es la de la asimilación y armonización de las legislaciones internas, con el fin de conseguir el mayor grado de homogeneización jurídica posible. A falta de un Derecho penal unificado, la acción de la Comunidad se dirige a coordinar a los distintos Estados para la aproximación de sus Derechos internos. Hasta que sea posible un Derecho penal de la globalización, sólo Tratados sectoriales de uniformización, en lo sustantivo, o Tratados de cooperación jurídica internacional en materia procesal penal, pueden paliar las disfunciones que para una tutela eficaz frente al crimen organizado derivan de la heterodoxia legislativa. El Tratado de Amsterdam, en vigor desde el primero de mayo de 1999, ha creado un marco jurídico nuevo para una lucha eficaz contra el fraude y la corrupción, y otras manifestaciones de la criminalidad organizada, modificando en este punto el Título VI del Tratado de la Unión Europea referido a las "Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal". El Art. 29 del Texto consolidado de la Unión establece que el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este objetivo habrá de lograrse, según este precepto, mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas,

²⁸CHOCLÁN, José. "Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris europeo", *La Ley*, I y II, números 4475 y 4476, febrero 1998.

a través de una mayor cooperación policial y judicial y de "la aproximación, cuando proceda, de las normas de los estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del Art. 31". Este último precepto dispone que la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá "la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas" (13).

El Art. 34 del texto consolidado del Tratado de la Unión ha introducido un nuevo instrumento para la aproximación de legislaciones en materia penal, que ha sustituido a la "acción común" y resaltado su fuerza vinculante: la *decisión-marco*. El Consejo podrá adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones marco *obligarán* a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, no teniendo efecto directo. Por tanto, aunque constituye un instrumento para la armonización de legislaciones penales, la decisión marco no permitirá aún obtener la necesaria uniformidad en la lucha contra el crimen organizado, en tanto deja libertad a los Estados para establecer los medios tendentes a cumplir los objetivos de la Unión, y por ello esta nueva fuente de Derecho comunitario está sujeta a las limitaciones de la Directiva en cuanto a su incapacidad para lograr un sistema igualitario de consecuencias jurídicas.

Específicamente en el ámbito de la lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de la Comunidad, un Segundo Protocolo al Convenio PIF de julio de 1995, adoptado por el Consejo el 19 de junio de 1997, tiene como finalidad la extensión de la legislación sobre el blanqueo de capitales a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. En el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, se destacó la importancia de ultimar y aplicar el Segundo Protocolo. En este plan se recomienda que los Estados

miembros generalicen la penalización del blanqueo de capitales, mejoren y estructuren mejor la cooperación con la Comisión y los Estados miembros en la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y contra los delitos conexos de blanqueo de capitales, tipifiquen como delito la participación de personas jurídicas en la delincuencia organizada y recopilen la información pertinente sobre las personas jurídicas a fin de prevenir la penetración de la delincuencia organizada en la economía lícita.

Pero al margen de estas realidades normativas, las propuestas de futuro giran en torno a fortalecer las medidas de reacción frente al crimen organizado. Pueden traerse a colación las Recomendaciones del *Programa de la Unión Europea para el principio del milenio, sobre prevención y control de la delincuencia organizada* (16), y las conclusiones de la Presidencia adoptadas en el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999. El Consejo Europeo está resuelto a garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito, en cuanto el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca (17). La reciente *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, firmada en Palermo los días 12 y 15 de diciembre de 2000, con sus tres protocolos para combatir el tráfico ilícito de armas de fuego y la trata de personas así como el contrabando de migrantes, constituye un nuevo instrumento internacional para la consecución de aquellos objetivos. En ella, constituye finalidad primaria "promover la cooperación para prevenir y controlar más eficazmente la delincuencia organizada transnacional", con especial referencia a los delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas de fuego y lavado de dinero, corrupción de funcionarios, terrorismo, tráfico de seres humanos y de inmigrantes.

Por tanto, la delincuencia organizada se ha convertido en una cuestión

transnacional muy compleja. Como se señala en el Informe mundial sobre la delincuencia y la justicia, desde la perspectiva de la delincuencia organizada en el decenio de 1990, Al Capone era un matón con horizontes estrechos, ambiciones limitadas y un feudo meramente local.

CAPITULO II

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1- INTRODUCCIÓN AL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LOS BIENES JURÍDICOS

La definición del concepto de bien jurídico protegido obedece a dos razones claramente diferenciadas, la primera corresponde a razones de política criminal -lege ferenda- que determina aquello que debe ser protegido por el Derecho Penal, y la segunda a razones dogmáticas -lege lata- a efectos de la precisión del objeto efectivamente protegido por la norma penal de que se trate²⁹.

En opinión de ALCACER, en la actualidad el concepto de bien jurídico apenas puede aportar parámetros de decisión al legislador, no sólo por la propia vaguedad en su definición, sino porque para esa decisión político criminal se precisa de una amplia perspectiva de análisis y decisión, orientadas hacia aspectos filosóficos – políticos (como la tensión entre los intereses de la persona y los de la sociedad) jurídicos (interpretación de la Constitución), incorporando una serie de principios limitadores del ius punendi, de naturaleza tanto utilitarista como valorativa (principio de intervención mínima, de última ratio, de fragmentariedad, etc.) que no pueden integrarse en la exclusiva referencia al bien jurídico³⁰.

Con el avance de la tecnología surgen cada vez nuevos hechos ilícitos que

²⁹ MIR, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ma Edición, Montevideo, Buenos Aires - Argentina, Editorial IBdeF, 2004, p. 166.

³⁰ ALCACER, Rafael. *¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión del Deber?*, 1era Edición, Lima - Perú, Editorial Grijley, Marzo - 2004, p. 23.

el Estado en uso de sus facultades debe prevenir o reprimir, por ello en la doctrina se discute la estructura jurídica de estos nuevos hechos delictivos que tienen como cuestionamiento principal determinar cuál es el bien jurídico que se protege, tal como sucede en el caso del delito de asociación ilícita para delinquir.

En el presente trabajo haremos un breve resumen de como ha ido evolucionando la teoría del bien jurídico desde el concepto subjetivo al concepto de bien jurídico colectivo, tratando también la teoría del bien jurídico como lesión de la norma y al final se toma posición respecto a qué se debe entender por bien jurídico penal.

1.1- Origen del concepto del bien jurídico.

En sus inicios el concepto de bien jurídico comprendía la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos, esto es, el Derecho Penal defendía derechos, el delito era la lesión de un derecho, una lesión jurídica. Del contrato social surgía el derecho a ser respetado y el deber de respetar, en consecuencia, el delito era una lesión a ese derecho subjetivo surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad.³¹

1.2.- Birnbaum

BIRNBAUM, quien en 1834 acuñó el término de bien jurídico, parte de la idea de que un derecho no puede ser disminuido ni sustraído, sino que ello sólo puede suceder respecto de lo que es objeto de ese derecho, y logra distinguir entre lesión de un derecho subjetivo y lesión de un bien, sentando así la base para el desarrollo de una concepción material del bien jurídico. Este se caracteriza por otorgarle un signo limitador al poder estatal, pues establece que los bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los

³¹ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte General*, 3era, Edición, Barcelona 1989, p. 45.

delitos. No obstante, el bien jurídico no nació en el sentido político criminal, sino en el sentido dogmático de *objeto* de protección elegido por la ley³².

1.3.- Binding

Posteriormente, Karl Binding³³, sobre la base de un positivismo jurídico sostiene que bien jurídico es todo valor que según el legislador constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal. La valoración del legislador quedará expresada en la norma. Cada norma lleva en sí su propio bien jurídico, esto es, el objeto del delito que es un producto de la decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos³⁴. Esta posición, si bien atribuía al legislador el poder de decidir los bienes que debería ser objeto de protección, los despojaba sin embargo de su criterio limitador³⁵. La crítica a Binding y a su concepción es la total desprotección en que queda la persona frente al Estado.

1.4.- Liszt

Franz von Liszt (1888) de la Escuela Sociológica³⁶, por su parte, negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó más bien

³² MIR, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, p.129 num.50.

³³ BINDING, Karl, pertenece al Positivismo Jurídico Normativista, considera que el vínculo a la ley no debe ser entendida como una vinculación a la voluntad del legislador, sino una vinculación al contenido de la ley en la interpretación.). BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Praxis S.A. Segunda Edición - 1999, Barcelona - España, p. 86.

³⁴ URQUIZO, José. *El Bien Jurídico*, En: *Cathedra - Espíritu del Derecho*, N° 2, Año 2-Mayo 1998.

³⁵ HURTADO, José. *Manual de Derecho Penal – Parte General I*, 3era Edición, 2005, Lima – Perú, Editorial Grijley, pp. 15-16

³⁶ VON LISTZ, Franz, pertenece al positivismo jurídico sociológico, que tiene como punto de partida las exigencias del nuevo modelo de Estado, el Estado Social de Derecho; entiende que la actividad científica en el Derecho Penal debe abarcar dos ámbitos, el estudio del delito y la pena en la realidad (método empírico) y por otro el estudio sistemático de los preceptos penales (método jurídico). BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Praxis S.A. Segunda Edición - 1999, Barcelona - España, p. 86.

que eran *intereses vitales*, personales o colectivos que tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas, siendo que éstas únicamente las reconocía para darle protección jurídica. Von Liszt sitúa el bien jurídico más allá del ordenamiento jurídico: en la vida. Sin embargo, Von Liszt no estableció los criterios para seleccionar los intereses “preexistentes”, no logrando por ello fijar el contenido del bien jurídico ni establecer los límites de definición al poder estatal.

Hasta aquí, la necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de “bien jurídico” nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos³⁷.

1.5.- Welzel

Hans Welzel³⁸ reelabora el concepto de bien jurídico y lo entiende “como todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”. Precisaba que “la suma de bienes jurídicos no constituyen un monto atomizado, sino el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino solo en conexión con todo el orden social”³⁹. Si bien no se desprende del concepto liberal del bien jurídico, propugna su referencia a él sólo como una exteriorización del desvalor del acto.

En ese sentido, “Welzel afirmará que el contenido material de las proposiciones jurídicas-penales no es la mera protección de bienes jurídicos,

³⁷ BUSTOS, Juan, *Derecho Penal, Parte General*, Edición 2004, Editorial Ara Editores, p. 539.

³⁸ WELZEL, Hans, pertenece a la teoría del finalismo, que se opone al subjetivismo neokantiano. Estima que la Ciencia del Derecho estudia la realidad de las acciones humanas en su finalidad.

³⁹ VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal – Parte General*, Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, Marzo - 2006, Segunda Reimpresión, Agosto 2007, Lima, p. 99

sino el mantenimiento de los valores de la actitud correcta. Por ello, la lesión del bien jurídico (...) solo es un momento parcial dependiente y condicionado dentro del más amplio desvalor del acto de la acción⁴⁰. En consecuencia, para este autor, el fin principal del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia de carácter ético-social y solo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares. Lo fundamental son elementares deberes ético - sociales que sirven de base a los mandatos y prohibiciones.

2.- EL CUESTIONAMIENTO A UN DERECHO PENAL ORIENTADO A LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Después de la Segunda Guerra Mundial se vuelve a discutir en torno al bien jurídico y surgen nuevas teorías, estas teorías buscan solucionar la crisis en la que se había sumido la teoría del bien jurídico, reorientándose a otros fundamentos.

Buscan establecer criterios materiales para la determinación de los bienes jurídicos a tutelar, así tenemos dos grandes sectores doctrinarios:

2.1.- Teorías Constitucionalistas

Las Tesis Constitucionalistas se inclinaron por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar los bienes jurídicos, para ello recurrió a la Constitución, se considera que ella fija la orientación básica para limitar la función punitiva estatal, sin embargo, estas teoría no definen el concepto de bien jurídico sólo establecen relaciones y consecuencias entre bienes jurídicos y valores que consagra la Constitución. Entre los primeros que defendieron esta teoría figuran Walter Sax y Ernst - Joachim Rudolphi. Existiendo dos posiciones la estricta y la amplia.

⁴⁰ ALCACER, Rafael. Ob. Cit. p. 54.

a) Tesis Constitucionalista restrictiva.-

Estas posiciones consideran como bienes jurídicos penalmente relevantes sólo aquellos expresamente contenidos en la Constitución Política, convirtiendo de esta manera la Carta Magna en un programa de la potestad punitiva del Estado. Los defensores del constitucionalismo estricto pretenden salvar el problema de no hallar el interés penalmente tutelado dentro de la Constitución, incluyendo intereses integrables u homologables a los valores reconocidos constitucionalmente; de otro lado, aplica la analogía, lo cual generaría incertidumbre y arbitrariedad. Siguen esta teoría Rudolphi, Franco Bricola, Juan José Gonzáles Rus y Nicolás García Rivas.

Asimismo, Roxin⁴¹ también se inclina por un concepto de bien jurídico vinculado a la Ley Fundamental de un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través del cual se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En ese sentido los bienes jurídicos son "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema."⁴²

Bottke, otro representante de esta corriente, postula una concepción constitucional radical, indica que no basta con exigir sin más al Derecho Penal la protección de bienes jurídicos, sino se debe vincular esta exigencia a bienes jurídicos constitucionales, pues recién existiría la posibilidad de poner límites efectivos al poder del legislador penal. La teoría de Bottke no se opone a la tesis constitucionalista tradicional ni a la de Roxin ni tampoco

⁴¹ ROXIN señala que si se partiera de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el sentido liberal de la Ilustración, al Derecho Penal solamente la podría corresponder garantizar, subsidiariamente, una coexistencia pacífica, libre y socialmente asegurada a los ciudadanos mediante la protección de ciertas circunstancias y objetivos. ABANTO VASQUEZ, Manuel, Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos, En: Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, Editorial Idemsa, Edición Agosto - 2007, Lima - Perú; p. 10.

⁴² ROXIN Claus. Derecho Penal - Parte General. Tomo I, trad. A la 2da Edición Alemana por Diego- Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, reimpresión a la 1era Ed. Civitas Madrid, Edición 1999, pp. 55-56

llega a consecuencias distintas, la diferencia es solo terminológica.⁴³

Hefendehl, dentro de esta corriente ha propuesto una teoría propia, busca a partir de la Constitución definir los bienes jurídicos que el Derecho Penal debe proteger, como también fijar los límites a la intervención penal. Considera que la materialización del bien jurídico se deriva de los principios que recoge la Constitución. El elemento personal procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo bien jurídico tutelable penalmente, tanto individual como colectivo⁴⁴.

El inconveniente de esta teoría subyace en la imposibilidad de criminalizar comportamientos que con el desarrollo histórico y social afecten a nuevas realidades que escapan al marco de la ley fundamental⁴⁵.

b) Tesis Constitucionalistas amplias.-

Esta segunda posición pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista, al que la constitución desea servir de marco. Esta teoría lleva a predicar del Derecho Penal una función promocional para el cumplimiento de las metas constitucionales señaladas, añadiéndose además criterios sociológicos y valorativos al proceso de selección de bienes jurídicos a proteger. La deficiencia de estas teorías amplias es que tampoco logran concretar el contenido material del bien jurídico, pues la vigencia del Estado Social y democrático de derecho reconocido en la Constitución, pese a constituir una condición necesaria para la operancia crítica del bien jurídico penal, es *per se* insuficiente, siendo necesario avanzar hacia una idea más precisa que vincule las necesidades

⁴³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos. En: Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, Editorial Idemsa, Edición Agosto – 2007, Lima, Perú; p. 12.

⁴⁴ ABANTO, Manuel. Ob. Cit, p.12.

⁴⁵ CARO, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs. En: Revista de Derecho, Themis, Nº 35, Segunda Epoca, 1997, p. 159, citando a Busto Ramírez Juan.

del garantismo penal y permita superar las meras descripciones negativas, en términos de no inconstitucionalidad⁴⁶.

En el Perú esta corriente es seguida por Hurtado Pozo⁴⁷, cuando sostiene que las normas constitucionales y las declaraciones de derechos humanos, constituyen puntos de referencia esenciales para determinar que bienes jurídicos merecen protección penal; otros seguidores son Urquizo Olaechea⁴⁸, Castillo Alva⁴⁹, Abanto Vásquez⁵⁰.

c) Crítica a esta corriente.-

Muñoz Conde critica esta corriente en el sentido de que la Carta Magna contiene derechos fundamentales expresos e implícitos, de lo cual se colige que existirían bienes jurídicos expresos e implícitos que necesitarían de protección penal, convirtiéndose así el Derecho Penal en un apéndice de la Constitución.

Asimismo se señala que existe una falta de concreción y se trataría de una corriente conservadora pues al fijar una lista de bienes jurídicos, se opondría a futuros cambios sociales que pudieran hacer necesarias nuevas intervenciones penales⁵¹.

⁴⁶ CARO, Carlos. Ob. Cit. P. 51.

⁴⁷ HURTADO, José. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, op. Cit. p. 27.

⁴⁸ URQUIZO, José: *El bien Jurídico*, en la pág web: http://sisbib.unmsm.edu.pe/Bibvirtual/publicaciones/Cathedra/1998_n3

⁴⁹ CASTILLO, José. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Lima, 2004, p. 258.

⁵⁰ ABANTO, Manuel. *Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas*, primera edición, Idemsa, Lima, 1997, P. 71; el mismo. *El Derecho de la Libre Competencia*, p. 25, primera edición, Edit. San Marcos, Lima, 1997.

⁵¹ ABANTO, Manuel. *Acerca de la Teoría de los bienes jurídicos*, En: *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal*, op. cit. p. 36

2.2.- Teorías Sociológicas

Entre los años sesenta y ochenta surge la teoría sociológica – funcionalistas del bien jurídico que aprecian la necesidad de entender el bien jurídico en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación del orden social⁵². Estas teorías dan contenido al bien jurídico mediante criterios sociológicos, se destacan dos vertientes: una monista individualista y otra relacionada con el perjuicio social. La Teoría del bien jurídico se basa en la premisa de que bien jurídico solo puede ser lo que ya antes era bien⁵³. En esta corriente se encuentran Amelung, Hassemer, Callies, Muñoz Conde, Quintero Olivares, Mir Puig, Octavio de Toledo, Gómez Benítez, entre otros. Amelung, desde una perspectiva funcionalista señala que el bien jurídico está constituido por la dañosidad social, cuya base estaría dada por la contraposición con las condiciones de existencia social, con lo cual llega a una total formalización social del problema, como una función inmanente al sistema.

Dentro de esta corriente se encuentra Hassemer⁵⁴, quien presenta una teoría personalista del bien jurídico negando la simple protección del sistema social, delimitando el bien jurídico en torno a los intereses humanos que necesitan ser protegidos; explica los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, funcionalizándolos desde la persona⁵⁵.

Estas tendencias sociológicas que parten de alguna determinada base teórica, se acercan a posiciones críticas, pues tienden solo a señalar

⁵² CARO, Carlos. *Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs*, Op. Cit. p. 142.

⁵³ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ta Edición, 1994, PPU, pp. 118 - 119

⁵⁴ HASSEMER, pertenece a la Escuela de Frankfurt, que formula un cuestionamiento crítico de la misma función de protección y de legitimación del Derecho Penal, manteniendo una postura cercana a la del derecho penal mínimo o abolicionista. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Grijley, Edición 2008, Lima - Perú, p.315.

⁵⁵ VILLAVICENCIO, Felipe. Op. Cit. p. 101

determinadas condiciones para la existencia de un bien jurídico, ya sea en general o en concreto; pero al faltar una precisión concreta de su contenido y conexión y ubicación con el sistema social, no aparece suficientemente delineada su función o significación dogmática⁵⁶.

2.3.- Teoría de los Bienes Jurídicos Colectivos

La Teoría de los Bienes Jurídicos Colectivos, se plantea el problema de como elegir que bienes colectivos deben ser protegidos, al respecto Mir Puig señala que debe evaluarse dos elementos: la suficiente *importancia social* y *la necesidad de protección por el Derecho penal*. La importancia social ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal. Mir Puig considera que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal, pero ello no es suficiente. Siempre se han protegido a aquellos bienes que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos. Actualmente existe la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos. Se debate la tutela penal de nuevos intereses colectivos. Para ello, se debe valorar su importancia para el sistema social y su repercusión en los individuos. A un Estado social democrático le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos. Se busca un sistema social que se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema. La importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración

Crítica a esta Teoría.-

Si bien es cierto, con el desarrollo de la tecnología y la sociedad actualmente se vulneran bienes colectivos como la salud, el medio ambiente, la tranquilidad pública entre otros, la crítica a la Teoría de los Bienes

⁵⁶ BUSTOS, Juan.. Op Cit. p. 119.

Colectivos se centra en que la protección de bienes jurídicos colectivos lleva consigo la problemática de transgredir garantías y principios dogmáticos como el de legalidad, lesividad, exclusiva protección de los bienes jurídicos, la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad, entre otros. No habiendo los defensores de ésta Teoría planteado soluciones a tales problemas.

3.- EL DERECHO PENAL ORIENTADO A GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LAS NORMAS

3.1.- Antecedentes

Uno de los principales representantes es HEGEL que parte de la comprensión del delito como lesión del deber, este filósofo alemán parte especialmente de la concepción del Estado, de presupuestos filosóficos-políticos propios del llamado comunitarismo, concepción que por oposición al liberalismo político se caracteriza por dos aspectos, el primero por situar como valor axiológico esencial no los intereses del ciudadano, sino los del todo social, el Estado o la comunidad, estableciendo como fin del Estado y el derecho la identidad y cohesión de la comunidad; el segundo por asumir la moral colectiva como esencia de esa identidad, produciéndose una fusión entre Derecho y moral, tanto en la fundamentación de las normas, como en las formas de acatamiento de las mismas⁵⁷.

Para Hegel la relevancia del delito se ubica en la aptitud que tiene para debilitar la valides del Derecho mismo, incluso sobre el daño material que produce a determinados bienes.

3.2.- La tesis de Jakobs

En la concepción que Jakobs ha venido desarrollando en los últimos años,

⁵⁷ ALCACER, Rafael. *¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión del Deber?*, pp. 37-38

inspirado, en sus aspectos teóricos-formales, especialmente en la teoría sistémica de Luhmann, pero también en determinada asunción sociologizante de Hegel, la oposición esencial no es la de individuo/comunidad (Estado), de carácter axiológico, sino la de sistema/entorno, de carácter esencialmente epistemológico; dualismo que, acentuando este carácter, es interpretado por Jakobs desde los proceso de comunicación social, oponiendo los términos de sentido y naturaleza, respectivamente. Según esta concepción, la sociedad no es entendida como la asociación de un conjunto de individuos, sino que conforma un sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas, que conforman la estructura organizativa del sistema⁵⁸. La sociedad, como sistema de comunicaciones, no está constituida entonces por realidades pertenecientes a la naturaleza, sino por comunicaciones, por normas.⁵⁹

Jakobs, concibe a la "persona" no como un sujeto pre-social y naturalista que conforma un sistema psíquico-físico, sino como entidades determinadas por normas, cuyo comportamiento contiene significado. Ser persona, significa tener que jugar un rol, es decir, representar una competencia socialmente comprensible. Y es en función del rol desempeñado en cada ámbito de donde emanan las expectativas que los terceros tienen de nuestra conducta. Así, son las normas jurídicas las que conforman el rol social de la persona, su competencia comunicativa dentro del sistema. *"El rol cuyo mantenimiento garantiza el derecho penal es el de ciudadano respetuoso del Derecho, es decir, el de persona en Derecho"*⁶⁰

El derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad, sólo la vigencia de la norma, es decir, la firmeza ante la defraudación de las

⁵⁸ Ibidem . p. 73

⁵⁹ ALCACER, Rafael. Ob cit .p. 74

⁶⁰ Ibidem. p. 79.

expectativas y, por lo tanto, el hecho punible es un hecho dañoso no por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma.

En cuanto a su concepción del delito, Jakobs señala que éste no puede concebirse como la producción causal de un daño material a un bien jurídico, sino que como acción con sentido, es decir, como acción interpretable y comprensible socialmente, el injusto penal es esencialmente un elemento de la sociedad como sistema de comunicación. En ese sentido, al derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto situación valorada positivamente. Lo que constituye una lesión del bien jurídico penal no es la causación de una muerte, sino la contradicción de la norma existente en el homicidio evitable.

El funcionalismo jurídico - penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad y la dogmática penal reside en desarrollar proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado mediante un acto con significado.⁶¹

Cuestiona que los bienes jurídicos sean el objeto inmediato de protección del Derecho Penal, no es la vida o el patrimonio mismo lo que dicho sector del ordenamiento tutela, no es el bien mismo, sino la expectativa que todo titular de derechos y bienes tiene a que no se vea perturbado en la titularidad y disfrute de los mismos⁶².

El Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos⁶³. Dentro de este contexto, el agente se le debe identificar

⁶¹ URQUIZO, José. *El Bien Jurídico*, En: *Cathedra - Espíritu del Derecho*, N° 2, Año 2- Mayo 1998.

⁶² OLMEDO, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*, Ara Editores, Edición 2002, Lima - Perú, p. 53.

⁶³ POLAINO, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Grijley, Edición 2008, España, 65

como la persona a la que le compete o no compete la evitación de la lesión de un bien, en consecuencia, debe considerarse los roles de las personas, adquiriendo mayor importancia cuando están obligados por una institución a prestar un apoyo positivo⁶⁴.

Las normas regulan las relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización es estabilización de la sociedad⁶⁵.

3.3.- Críticas a la lesión del deber

La categoría de los delitos de infracción de deber constituye una construcción muy criticada, que no se ha impuesto ni en Alemania ni en España. Se le critica porque transgrede los principios de legalidad y lesividad, así como que constituye una categoría superflua que no aporta nada nuevo frente a la ya consagrada distinción entre delitos comunes y especiales.

Respecto del principio de legalidad existen dos objeciones fundamentales: a) que los delitos quedan configurados sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad, poniendo en peligro el principio de legalidad; y b) por sus consecuencias también estaría en contradicción con este principio, que prohíbe considerar a las acciones de inducción o cooperación como acciones de autoría, salvo que la ley lo diga expresamente. Por otra parte, el principio de legalidad es respetado en la medida en que la infracción de deber debe apoyarse en alguna forma de descripción delictiva específica, es decir, que no basta cualquier infracción ni cualquier comportamiento, sino que es necesario que el tipo plasme cierta descripción y que la infracción se

p.323.

⁶⁴ VILLAVICENCIO, Felipe. Ob. Cit. p. 104.

⁶⁵ JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo - Mendoza, 2001; Traducción de Manuel Cancio Meliá. pp. 55-56.

refiera a ella.

Al principio de lesividad, se suele cuestionar también el que esta categoría prescinda de la idea, consustancial al concepto de Derecho Penal Democrático, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como límite al ius puniendi estatal.

Alcacer Guirao asume que la idea de quebrantamiento de la vigencia de la norma, por ser de carácter genérico y formal, no puede concretar en cada caso el grado de lesividad, por ser un elemento simbólico carente de substrato fáctico. También señala que el delito se limita a un desvalor de acción, quedando como elemento secundario la lesión del bien jurídico.

En el Perú, Caro Coria rechaza el funcionalismo jakobsiano a partir de los mismos argumentos pre-jurídicos e ideológicos de sus fuentes. Le preocupa que Jakobs entienda que el bien jurídico cumpla una función crítica del sistema como descripción y cuestionamiento del derecho vigente, pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar⁶⁶.

⁶⁶ CARO, Carlos, Op. Cit. p. 139.

4.- TOMA DE POSICIÓN

Como hemos expuesto en los capítulos anteriores, el concepto de bien jurídico ha ido evolucionando de un contenido subjetivo individual a una noción colectiva del bien jurídico, pasando por el análisis de considerar como objeto jurídico de protección penal a la norma social, lo cual permite concluir desde el punto de vista de la dogmática jurídica que los concepto jurídicos no son estáticos sino que estos van cambiando o desarrollándose conforme evoluciona la sociedad y la tecnología.

También tenemos en cuenta que actualmente el Derecho Penal está siendo cuestionado por los efectos de una realidad, como es el crecimiento de la delincuencia y el crimen organizado que hace que el sistema de justicia penal no funcione para combatir la delincuencia, por ello se hace necesario evaluar nuevamente el concepto de bien jurídico que se encuentra ligado a los fines del Derecho Penal.

Pensamos que todo hecho ilícito vulnera un bien jurídico material y una norma social. Por ejemplo, en la acción de matar (homicidio) se vulnera el bien jurídico protegido vida y la norma social relacionada al derecho que toda persona tiene a la vida; en la acción de robar (robo) se lesiona el bien jurídico propiedad y la norma social que toda persona tiene derecho a que se respete su propiedad, siendo el caso que en este tipo de acciones es fácil identificar el bien y la norma lesionada.

Pero, existe otro grupo de hechos ilícitos en los cuales es difícil determinar qué se está lesionando, así tenemos la acción de conducir en estado de ebriedad, cuyo bien jurídico lesionado es la seguridad pública, que es un bien colectivo que no se encuentra identificado con un individuo en particular sino con toda la sociedad y se trata de un concepto abstracto; pero si analizamos más la acción ilícita, concluiremos que también se vulnera una

norma social relacionada con el deber de respetar las reglas de tránsito, acción que todos los demás ciudadanos esperan que se cumpla, para que la sociedad funcione de forma organizada y en armonía.

Desde este punto de vista, proponemos como contenido del bien jurídico una posición mixta, esto es: a) que el bien jurídico deberá comprender, como tradicionalmente se viene definiendo, un contenido material, y b) deberá incluir dentro del bien jurídico la lesión de la vigencia de la norma.

A continuación exponemos lo importante de cada uno de estos conceptos para luego concluir en lo favorable de la posición mixta.

a) Un bien jurídico material.- La noción material del bien jurídico obliga al legislador a concretar los intereses susceptibles de lesión en el campo de las relaciones sociales, tiene que identificar cuáles son las necesidades esenciales para los participantes en el tráfico social que deben ser protegidas de aquellas conductas lesivas y por ende merecedoras de sanción penal⁶⁷.

En toda acción ilícita existirá un bien jurídico material que en algunos casos podrá ser tangible (la vida, la propiedad, la libertad etc.) y en otros no, como son el honor, el orden público, la tranquilidad pública, la seguridad pública, el medio ambiente, etc. No obstante ello, ambos se concretan a través de las relaciones sociales.

Coincidimos con Alcacer Guirao, de que es necesario mantener el concepto material del delito como lesión de bienes jurídicos, pues sólo a partir de este concepto se puede marcar límites en la labor del legislador, proporcionando de esta manera márgenes de racionalidad, seguridad jurídica y justicia en la aplicación de normas penales y en la construcción del sistema.

⁶⁷ ALCACER, Rafael, Ob. Cit. p. 101.

Compartimos por ello, lo sostenido por Alcacer Guirao respecto a las ventajas dogmáticas de la noción del delito como lesión de bienes jurídicos, que puede cifrarse en varios aspectos: a) del fin de protección de bienes jurídicos se deriva el criterio de peligro para el bien jurídico como criterio central de la valoración del hecho punible, permite remitir la valoración a un componente fáctico, posibilitando la determinación de la lesividad de la acción en el caso concreto, y una contrastación de los diferentes grados posibles de afección al bien jurídico; b) el criterio de peligro y su carácter graduable en virtud de las distintas formas de enjuiciamiento, permite establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de desvaloración jurídico - penal, diferenciando entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, que plasma la efectiva lesión del bien jurídico; c) la posibilidad de desnormativizar el referente de lo lesivo en un resultado fáctico, que permitirá una objetivación social de la genérica lesión al ordenamiento, con la consiguiente concreción del objeto de ataque en tanto interpretación de la exigencia de lesividad del respectivo tipo penal; en segundo lugar, un referente de imputación objetiva y subjetiva de los efectos causales con la acción realizada; y tercero una mayor seguridad jurídica en la labor probatoria por parte de los tribunales; d) además permite una fácil jerarquización valorativa de los intereses de protección, lo que resultará esencial para dirimir los conflictos de intereses en que se basa el juicio concreto de antijuricidad en relación con las causas de justificación; y e) por último, el criterio de peligro permitirá también una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínimo de lesividad para poder considerarse a la conducta merecedora de pena⁶⁸.

b) Como bien jurídico la lesión de la vigencia de la norma.- en toda acción ilícita siempre existirá una norma social que será transgredida.

⁶⁸ ALCACER, Rafael. Ob Cit. pp. 169 - 173.

De acuerdo con la concepción de Jakobs, que promulga como función del Derecho Penal la protección de la vigencia de la norma, se toma como punto de partida de que todo individuo es un ser social por naturaleza y vive en sociedad, tiene una específica obligación de hacer: brindar una mínima seguridad de respeto a la norma jurídica y a los derechos de los demás; las relaciones sociales que se dan dentro de ella, deben ser protegidas para que esta sociedad organizada encuentre su estabilidad y alcance sus fines. Por eso, Jakobs en su doctrina señala que proteger la vigencia de la norma permite la configuración de la sociedad, el funcionamiento de la vida social de conformidad con las leyes establecidas. Y solo se garantizarán jurídicamente aquellas normas que no es posible renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica.

El injusto penal debe buscar proteger las normas de flaqueo, las condiciones de vigencia de la norma principal, esto es, restablecer la confianza mínima de la colectividad en la norma, lo que Manuel Cancio llama seguridad cognitiva de vigencia de la norma⁶⁹.

Consideramos que ambas posiciones deben servir de sustento al concepto de bien jurídico por lo siguiente:

El concepto material del bien jurídico contiene el objeto concreto susceptible de ser lesionado, constituye la concreción en el mundo real, pudiendo afectarse no sólo a un individuo sino a todos los ciudadanos que integran la sociedad, obligando con ello que el Derecho Penal proteja estos bienes para que las relaciones sociales en esa sociedad sean armoniosas.

El hecho que la norma social forme parte del contenido del bien jurídico no se opone al contenido material del bien jurídico, porque las normas sociales contienen a su vez relaciones sociales que tienen en su interior bienes

⁶⁹ CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús, *Delitos de Organización*, Editorial IBdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008, p. 48.

jurídicos materiales en protección, con el fin de que exista una sociedad organizada, por eso el Derecho Penal debe garantizar las vigencias esas normas sociales.

Al incluir a las normas sociales en el contenido del bien jurídico se protege también la expectativa social que fluye de las comunicaciones sociales, de que todo individuo debe respetar las normas sociales.

Mantener el concepto material del bien jurídico permitirá que en unos delitos sea más fácil identificar la acción ilícita, mientras que en otros se tendrá que acudir al contexto social, a las relaciones sociales para determinar su contenido.

En cuanto al contenido eminentemente normativo del objeto jurídico de protección, no existiría la diferencia entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado, porque basta que la conducta del sujeto vulnere la vigencia de la norma para que sea pasible de sanción penal.

No se infringe el Principio de Lesividad, pues al formar parte del concepto de bien jurídico, la norma y el bien material, siempre se podrá identificar que es lo que se está dañando con la conducta humana ilícita.

El derecho penal siempre cumplirá su función de garantizar la existencia de los intereses esenciales de los ciudadanos que permiten desarrollar su libertad en sociedad.

Por ello pensamos, que el concepto de bien jurídico no sólo debe contener un aspecto material sino que además debe hacer referencia a la protección de la vigencia de la norma, tal como ya lo viene sosteniendo Mazuelos Coello, quien evidencia que estos conceptos no se excluyen entre sí, pues si el contenido material se mueve en el plano natural, la norma lo hace en el ámbito jurídico, se trata de posiciones paralelas que no se superponen en

ningún momento⁷⁰, pero que si van paralelas permitirán concretar los fines del Derecho Penal.

Siguiendo la concepción de Mazuelos Coello, el concepto de bien jurídico puede contener un elemento social, toda vez que su fin es proteger las relaciones interindividuales y sociales, que el bien jurídico tenga una referencia directa a la sociedad, entendida como un ente organizado de personas en virtud del reconocimiento de su libertad, con deberes y cuotas de responsabilidad entre sí, adquirirá un contenido trascendente para el Derecho Penal desde dos vertientes: expresa la estructura normativa de la sociedad y dota de contenido social a la imputación objetiva de los tipos penales⁷¹.

Llegar a esta posición es con el fin de que el Estado pueda realizar su función de contrarrestar el incremento de la violencia y el delito, de prevenir el delito, desarrollando una política criminal adecuada y elaborando una dogmática jurídica más acorde con la realidad social.

5.- EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

Brevemente diremos que desde sus orígenes el delito de asociación ilícita sirvió como un arma de lucha en contra de las conductas disidentes, pero, sobre todo, en contra de las denominadas bandas de malhechores, las que por su especial organización y estabilidad, portaban un grado importante de peligrosidad. No obstante ello, la subsistencia de este delito ha recibido diversas críticas, ya que por su amplitud y generalidad podría permitir la punición de ciertas conductas constitutivas de meros actos preparatorios.

⁷⁰ MAZUELOS, Julio. *Revisión Crítica de la Teoría del Bien Jurídico*. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. En: Derecho penal y sociedad. Tomo I. Estudio sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Editorial Universidad de Externado de Colombia, Edición Octubre 2007, p. 814.

⁷¹ MAZUELOS, Julio . Ob. Cit . p, 815.

Algunos de los temas relevantes que se han discutido guardan relación con la determinación de su *ratio legis*, la naturaleza del bien jurídico protegido, la imprecisión dogmática en la configuración del injusto específico, la delimitación con la figura de conspiración, etc. Asimismo, se cuestiona la necesidad político criminal de su existencia, considerando que la comisión de este delito también ha sido prevista por la legislación en materias como terrorismo, lavado de dinero y tráfico de drogas.

Como señala Cancio Melia, los delitos de pertenencia a una organización criminal (que nosotros denominamos asociación ilícita para delinquir) ocupan en todo Occidente una posición de vanguardia en la actual evolución de los sistemas jurídico-penales: el crimen organizado se ubica en uno de los lugares más destacados en la agenda político-criminal. A pesar de ello, ni la teoría del Derecho penal, ni la formulación legal de los tipos delictivos, ni su aplicación en la práctica permiten una adecuada delimitación de estas infracciones. Por ello, es necesario indagar en cuál es el injusto reprimido por el delito de pertenencia a organización criminal. En la doctrina científica se han presentado en la discusión continental básicamente dos aproximaciones: quienes ven en el delito un expediente de adelantamiento de la barrera de punición y de las facultades de intervención del aparato de persecución penal (teoría de la anticipación) y quienes quieren descubrir en él una lesión a un bien colectivo (seguridad pública, paz pública).

En el presente capítulo, realizaremos una síntesis de como el derecho comparado ha tratado de explicar cuál es el bien protegido en el delito de asociación ilícita para delinquir.

Reaño Peschiera, citando a Bernal Pinzón señala que puede distinguirse hasta cuatro posiciones; sin embargo, nosotros siguiendo el enfoque que realiza Cancio Melia mencionaremos los siguientes:

5.1.- El abuso del derecho de asociación

a.- Argumentación.-

Un planteamiento minoritario en el Derecho Comparado señala que el objeto de protección del delito de asociación ilícita para delinquir es cautelar el recto ejercicio del derecho de asociación. Dentro de este contexto no es posible abusar de la facultad de asociación. Esta Tesis nace con el apogeo de las ideas liberales que se extienden durante el Siglo XIX y en su acepción moderna estarían en condiciones de presentar el delito de asociación como una infracción contra la Constitución o los derechos fundamentales⁷².

b.- Crítica.-

La crítica principal a esta postura está sustentada por García- Pablos, en cuanto este tratadista puntualiza que el señalamiento de una extralimitación en el ejercicio de un derecho constitucional de asociación no comporta determinación de bien jurídico alguno, sino que rebasa los límites de ese derecho, pues actúa fuera de todo derecho, contra el derecho.⁷³

Castillo Alva considera que no es el derecho de asociación el protegido en el delito de asociación ilícita para delinquir, no solo por confundir el derecho subjetivo con el bien jurídico, sino porque no se repara que en este caso el derecho de asociación se utiliza en forma ilegítima, para crear una organización con fines criminales.⁷⁴

Manuel Cancio señala que esta afirmación es correcta, pero no es una definición del contenido del injusto de la infracción, sino solo una referencia formal al modo de comisión previsto en el tipo.⁷⁵

⁷² CASTILLO, José. *Asociación para delinquir*, Editorial Jurídica Grijley, Edición 2005, Lima, Perú, p. 41

⁷³ GARCIA-PABLO DE MOLINA. *Asociación ilícitas en el Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 127

⁷⁴ CASTILLO, José. Ob. Cit. p.42.

⁷⁵ CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús, Ob. Cit .p. 36.

5.2.- La Teoría de la anticipación ó Tutela de otros bienes jurídicos de la parte especial y la protección de bienes jurídicos individuales.

a.- Argumentación.-

Según esta posición se tutelaría los bienes jurídicos amparados por otros delitos de la parte especial, se trataría de un delito que busca prevenir e impedir comportamientos criminógenos, su objeto de protección sería el mismo bien tutelado por el delito al que la asociación tiende o se dirige. En esta posición se encontrarían: Isabel Sánchez García de Paz, Laura Zúñiga Rodríguez⁷⁶.

La "teoría del adelantamiento", presente en la doctrina alemana, cuyo principal exponente es Rudolphi, "la asociación ilícita no protege un bien jurídico autónomo, sino que el bien jurídico tutelado son los respectivos objetos de protección de la parte especial. De otro modo, carecería de sentido reprimir a las organizaciones secretas cuando aún no han cometido ningún delito"⁷⁷. De esta manera, para esta teoría la función del tipo penal de asociación ilícita sería prevenir el peligro que deriva de estas asociaciones para los bienes jurídicos. Esta especial peligrosidad es la que justifica "excepcionalmente" que la organización sea combatida en el estadio de la preparación.

b.- Crítica.-

El delito de asociación ilícita para delinquir no tendría un bien jurídico específico y propio, el objeto de tutelar sería tomado del delito o delitos que la organización busca cometer. En este sentido, la pena del delito de asociación para delinquir debe ser siempre menor que la del delito fin, dado

⁷⁶ CASTILLO, José. Ob Cit. p.43.

⁷⁷ RUDOLPHI, Hans-Joachim. Citado por ZIFFER, Patricia, en: El delito de Asociación Ilícita, Editorial AD-HOC. Primera Edición, Agosto 2005, p. 38.

que la lesión es más grave que la provocación de una situación de peligro⁷⁸.

Reaño Peschiera rechaza esta posición sosteniendo que implica desconocer que el tipo de asociación para delinquir es una de peligro abstracto, cuya configuración no requiere la materialización, ni siquiera el inicio de la ejecución de los delitos proyectados, basta la pertenencia de los sujetos activos a la agrupación delictiva.⁷⁹

Castillo Alva señala que se censura el hecho de que este planteamiento termina exigiendo una superposición de tutelas ya que el bien jurídico cuya protección se pretende reforzar se encuentra tutelado por la respectiva figura delictiva. Si se adopta esta tesis todos los bienes jurídicos recibirían una doble protección⁸⁰.

Cancio Melia opina que de acuerdo con este planteamiento, no es posible identificar el objeto de protección específico para los delitos de organización, de modo que habría que sostener que el bien jurídico protegido por estas infracciones sería idéntico al conjunto de los bienes jurídicos tutelados en la parte especial. Continúa diciendo que se reduce sin necesidad la perspectiva de análisis exclusivamente al aspecto del adelantamiento de la criminalización, sin alcanzar identificar el bien jurídico específico tutelado por los delitos de organización. Agrega que, en la evaluación predomina aquello que puede ocurrir frente a aquello que ya ha sucedido, esto puede conducir a que se subraye en exceso la fuente de peligro, cayendo en una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación.⁸¹

⁷⁸ CASTILLO, José. Op. Cit. p. 44.

⁷⁹ REAÑO, José. *Autoría y Participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita*; En: Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir, Editores Juristas, Edición 2002, Lima, p. 284.

⁸⁰ CASTILLO, Jose, Op. Cit. p. 45.

⁸¹ CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús. Ob. Cit. pp. 38-41.

5.3.- La Teoría del Bien Jurídico Colectivo

Esta teoría es la predominante en la doctrina considera que el delito de asociación ilícita o delito de organización es un ataque directo contra un bien jurídico autónomo de la paz interior, que comprendería la seguridad pública interior o la seguridad pública y el orden público. Otros aluden al poder coactivo del Estado. Explicaremos brevemente cada uno de ellos.

5.3.1.-El Orden Público

a) Argumentación.-

Otros optan por señalar que el bien protegido en el delito de asociación ilícita para delinquir es el orden público, pero el orden publico subjetivo, esto alude al sentimiento de tranquilidad pública, como base de la vida civil⁸².

Soler define el orden público como “la tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vía civil”⁸³, mientras que otro sector de la doctrina toma la definición de orden público de Molinario: “El orden público es el estado de paz y tranquilidad que resulta del hecho de que los individuos y las personas colectivas ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social”, de lo cual se advierte que ambos títulos son utilizados como conceptos con contenidos equivalentes.

A criterio de Patricia S. Ziffer⁸⁴, la idea de tranquilidad pública refleja más acabadamente el aspecto de alarma colectiva que se considera fundamento de la punibilidad de la asociación ilícita. Esta referencia a la alarma social también se encuentra en Gómez, quien refiere que “los delitos contra el orden público son delitos que no recaen sobre ningún bien jurídico

⁸² CASTILLO, Jose. Op. Cit. Pp. 4- 6.

⁸³ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 589.

⁸⁴ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit. p.36.

determinado, sino que se los reprime, no porque lesionen ese irreal orden público al que se hace referencia, sino que, al producir su efecto, que es la alarma colectiva, atacan el derecho a la tranquilidad que todos los ciudadanos tienen⁸⁵.

b) Crítica.-

Señalan que la noción de orden público es ambiguo, no pudiendo precisarse su contenido ni sus límites lo cual resulta impracticable en el área penal.⁸⁶

Por otro lado, la tesis subjetiva del orden público que prevalece en la doctrina penal latinoamericana es un planteamiento de corte psicológico - sentimental de dudoso valor normativo⁸⁷.

Reaño Peschiera señala que el orden público como bien jurídico es etéreo, si se tiene en cuenta que dicho interés es afectado por la comisión de cualquier delito; sumado a ello, que los elementos que integran el concepto de orden público puede parecer común al objeto jurídico de todos los delitos. El concepto es genérico y difuso no logrando concretar un concepto material de bien jurídico penal.⁸⁸

5.3.2.- La Tranquilidad Pública

a.- Argumentación.-

Castillo Alva siguiendo a Carlos Fontán Balestra, señala que por tranquilidad pública se debe entender como la confianza general en el mantenimiento de la paz social o siguiendo a Francesco Antolisei como la armónica y pacífica

⁸⁵ GOMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*. Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1939, p.195.

⁸⁶ CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000". *Polít. crim.*, N° 6, 2008, D1, pp. 1-10. http://www.politicacriminal.ci/n_06/d_1_6.pdf

⁸⁷ CASTILLO, José. Ob Cit. p. 53.

⁸⁸ REAÑO, José. *Autoría y Participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita*, op. cit. pp. 284-285.

coexistencia del ciudadano bajo la soberanía del estado y del derecho, formulación que quitaría la ambigüedad que se atribuye a la noción de orden jurídico⁸⁹.

Reaño Peschiera, considera que referir que la tranquilidad pública es el objeto de tutela jurídica en el delito de asociación ilícita para delinquir resulta más adecuada, entendiéndose como un estado real de animo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, temor o por ira.⁹⁰ Agrega que la expresión tranquilidad pública tiene la virtud de eludir la ambigüedad que por sus distintas acepciones y dispar contenido tiene el término orden público.⁹¹

b.- Críticas.-

Castillo Alva critica esta tesis porque considera que la tranquilidad pública forma parte del contenido subjetivo de orden público, y continua con la ambigüedad.

5.3.3.- La Autotutela del poder del Estado

a.- Argumentación.-

El bien jurídico protegido es el orden establecido por el Estado y el derecho que tendría la calidad de un bien jurídico institucional; su primacía como institución política y jurídica se ve comprometida, desestabilizada por la existencia de otra institución que niega los valores que aquel representa, como es la asociación ilícita.⁹²

b.- Crítica.-

⁸⁹ CASTILLO, José. Op. Cit. p. 48.

⁹⁰ REAÑO, Leandro, citando a Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. VI. Bogota, Temis 1973, pp. 3014 y 3015.

⁹¹ REAÑO, José. Ob Cit. p. 287.

⁹² CASTILLO, Jose. Ob. Cit. p. 55.

La constitución de una organización criminal no pone en peligro el imperio estatal ni la majestad del derecho, pues se trata de grupos reducidos y de alcance limitado.

También se critica a esta teoría por considerar que el concepto de autotutela del Estado sufre de la misma vaguedad e imprecisión que la del orden público. Además, tiende a confundir o identificar el bien jurídico penalmente protegido con el sujeto pasivo del delito.⁹³

Castillo Alva es una de los defensores de esta tesis, señala que el bien jurídico protegido en este tipo de delito es colectivo que busca defender el orden jurídico y el poder de un Estado de Derecho que ve amenazada por las asociaciones criminales.⁹⁴

5.4.- Toma de Posición

Siendo consecuentes con los fundamentos expuestos en el numeral 4 en la cual asumimos una posición mixta para definir el contenido del bien jurídico tutelado, aplicando el mismo razonamiento al presente caso, determinamos el contenido del bien jurídico del delito de asociación ilícita para delinquir, de la siguiente forma:

a) En el ámbito material del bien jurídico.- consideramos que el bien protegido sería la tranquilidad pública, bien jurídico de carácter colectivo.

Entendiéndose por tranquilidad pública el mantener una situación pacífica de coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del derecho; mantener la ausencia de toda conmoción violenta que afecte las relaciones sociales y por ende vivir en armonía.

⁹³ CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000". *Polít. crim.*, N° 6.

⁹⁴ CASTILLO, Jose. Ob Cit. p. 57.

Coincidimos con Reaño Peschiera, cuando señala que este delito sanciona el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una agrupación criminal, entendida como un aparato con cierta organización y división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva. La existencia y constante crecimiento de estas organizaciones ilícitas constituyen un incremento significativo de los peligros contra los bienes jurídicos protegidos en un Estado de Derecho, existe una expectativa de dañosidad social que resulta justificado proteger.

En consecuencia, al ser perturbado este bien jurídico colectivo por las asociaciones ilícitas, éstas deben ser sancionadas penalmente.

b) En cuanto a lesión de la vigencia de la norma.- Consideramos que el delito de asociación ilícita para delinquir vulnera la confianza de reunirse que tienen todas las personas para realizar actividades lícitas, expectativa social que tienen todos los ciudadanos que integran la sociedad organizada y por lo tanto, el Estado debe protegerla.

Pero ahora debemos analizar que tipos de asociaciones ilícitas deben ser sancionadas bajo este tipo penal, siguiendo el concepto de Cancio Melia⁹⁵, estas asociaciones ilícitas deben reunir ciertas características, para ser consideradas como tal, pues no toda organización cuyo objeto sea la comisión de delitos puede ser considerada asociación ilícita, estas son: a) su dimensión colectiva en el sistema: estas organizaciones se perciben en lo que se refiere al incremento de peligrosidad que suponen frente a autores individuales, existe una multiplicación de los distintos factores de riesgo de los bienes individuales afectados por las infracciones cometidas a través de estas asociaciones. Dentro de este concepto también se analiza como se

⁹⁵ CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús. Ob. Cit. pp. 74-75, 83.

atribuye de responsabilidad individual a los sujetos que intervienen en la asociación ilícita, concluyendo que está se determina en relación con la simple manifestación de voluntad de pertenecer al grupo sin tener en cuenta la concreta realización de la actividad delictiva; y b) la especial amenaza que su existencia supone respecto de determinados valores jurídicos-políticos⁹⁶, esta asociación afecta la paz o la seguridad de la sociedad, cuestionando así el poder coactivo del Estado. Se trataría de organizaciones que se arrogan el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de la soberanía del Estado, para ello es necesario que la organización tenga un determinado grado de estructura interna.

Resumiendo el contenido del bien jurídico en el delito de asociación ilícita para delinquir está conformada por el bien jurídico colectivo, tranquilidad pública cuyo quebrantamiento afecta las relaciones sociales; y a la misma vez, esta conducta ilícita afecta la expectativa social que tiene todo ciudadano de que las personas se asocian para realizar actividades lícitas, afectándose también con ello, las relaciones sociales, en consecuencia, es el Derecho Penal el que debe garantizar la vigencia de la norma social y el bien jurídico protegido, con el fin de mantener una sociedad organizada y que viva en paz social.

6.- LA PROTECCIÓN JURÍDICO PENAL DEL ARTICULO 317 DEL CÓDIGO PENAL

En el Perú el tipo penal de asociación ilícita para delinquir surge motivado por las investigaciones seguidas contra la organización criminal de Vladimiro Montesinos Torres y desde su incorporación en el Código Penal de 1991 ha alcanzado un escaso desarrollo jurisprudencial.

Desde el campo de la política criminal la tipificación del delito de asociación

⁹⁶ CANCIO, Manuel y SILVA, Jesús. Ob. Cit. p. 61.

ilícita resulta positiva, sin embargo, para la dogmática jurídica, presenta deficiencias. En ese sentido tenemos que el tipo penal recogido en el artículo que es materia de comentario no se ha definido que es la criminalidad organizada, para efectos de poder delimitar el ámbito de aplicación del precepto legal y siguiendo la corriente del contenido material del bien jurídico protegido se ha considerado como bien jurídico la paz pública.

Reaño Peschiera⁹⁷ señala que el tipo penal de asociación ilícita se erige como solución importante para sancionar adecuadamente formas de criminalidad organizada, ya que la sola pertenencia o la dirección de una asociación ilícita es suficiente para castigar en los casos, en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación, el ilícito en comentario a título de autoría o participación y según la valoración de las pruebas.

Tratando de definir que se debe entender por el delito de asociación y criminalidad organizada, se ha llegado a establecer a través de las modificaciones del artículo 317 del Código Penal y de la limitada jurisprudencia existente, que el delito de “asociación ilícita” se consuma cuando dos o más personas, de manera organizada y permanente, se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el sólo hecho de formar parte de la organización, sin llegar a materializar los planes delictivos, por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan. Con ello, la sanción al autor de este delito se funda por su incorporación a una asociación u organización criminal.

Según Reaño Peschiera, nuestro legislador ha criminalizado la pertenencia a una asociación criminal a partir del tipo de peligro abstracto, en el que el

⁹⁷ REAÑO, José. Ob Cit. pp. 279-280.

comportamiento del agente, conlleva típicamente a la producción de un peligro concreto. El merecimiento de la pena viene dado por la peligrosidad general a la tranquilidad y paz pública.

Concluyendo opinamos que el artículo 317 del Código Penal no contiene una estructuración debidamente fundamentada de porque tipifica el delito de asociación ilícita para delinquir, pues según está redactado, cualquier tipo de asociación ilícita para delinquir estaría sujeta a una sanción penal, sin tomar en cuenta si su existencia produce o no una conmoción social. Esto permitiría confundir el concepto de asociación ilícita con las bandas y el grupo de personas que se reúnen para cometer un acto ilícito en concreto sin ánimo de tener permanencia.

Estando a lo expuesto en el presente capítulo consideramos que se debe reestructurar el tipo penal de la asociación ilícita para delinquir, incluyendo como bienes jurídicamente protegidos la tranquilidad pública y la expectativa social que tienen todos los individuos de que las personas se reúnen para realizar actividades lícitas; debiendo sólo sancionarse a las asociaciones ilícitas que concretamente ocasionen una conmoción social que llegue a cuestionar la autoridad del Estado como monopolio de la violencia.

CAPITULO III

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1- ASPECTOS DOGMÁTICOS

El delito de Asociación Ilícita para Delinquir, correspondiente a la familia de la Criminalidad Organizada, se encuentra tipificado en el artículo 317 del Código Penal, delito respecto del cual es necesario establecer con suma claridad qué se entiende por asociación a efectos penales, ya que el acto en sí de asociarse es un derecho constitucional que, en principio, se vería afectado con la prohibición contenida en dicho dispositivo. De otro lado, debido al adelantamiento en la punición que presenta el delito objeto de análisis se observaría la presencia de rasgos de un Derecho Penal del Enemigo, pues no sólo se castiga penalmente por hechos delictivos que pueden llevarse a cabo de una manera organizada, sino se les castiga desde el momento de su gestación. Aquí es notorio que hay un adelantamiento en la punición, al imponer una sanción cuando en el presente delito no se llega a producir efectivamente una afectación al bien jurídico, en términos objetivos.

1. 1 ¿Qué se entiende por formar parte de la asociación?

El formar parte de la asociación significa el querer participar del grupo criminal, mediante el acuerdo o pacto ya sea explícito o implícito, el tener el pleno conocimiento de la finalidad criminal de dicha asociación, de los actos delictivos que se pretenden perpetrar, y en cuyo plan se está dispuesto a participar. Este formar parte, cuyo vínculo tiene que ser duradero, pues no tendría que ser necesario con tal que exista este vínculo, que los sujetos activos se reúnan en acto de pura formalidad, o que se conozcan unos a

otros.

Asimismo, la organización tiene el vínculo de la permanencia y la estabilidad. En suma, se trata de integrar una organización, también llamada asociación, con un organigrama funcional de sus miembros, y que tienden a un fin común bajo el manto de una agrupación, que específicamente se refiere a la realización de una pluralidad de delitos, pero sin la necesidad de que se materialicen sus planes delictivos, pues el delito de asociación para delinquir se consuma con el formar parte de la organización criminal.

Nuestra legislación penal en el artículo 317 sanciona expresamente con el solo hecho de formar parte de la organización, es decir la conducta consiste en formar parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, requiriéndose la existencia de la agrupación para que se configure el presente delito.

Otro punto a tratar y que es discutible tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, constituye la discusión acerca de la existencia de esta organización, en cuanto a “si la integración del agente, es decir el formar parte, implica la preexistencia de la organización, o no hay problema alguno con su constitución a la par con la adhesión del integrante”

Al respecto en la doctrina hay dos tesis: la material y la valorativa; siendo que la primera de ellas orienta su fundamento en que no se puede formar parte de algo que aún no existe.

Respecto a la segunda de ellas se argumenta que por tratarse el presente delito de un delito de peligro abstracto no es necesario verificar la existencia material de la organización, ni su estructura orgánica, ni su permanencia, bastando solo el acuerdo o pacto para delinquir, y que el solo formar parte generará la asociación ilícita.

Finalmente es la jurisprudencia la que ha optado por avalar la primera de las tesis, así tenemos que:

Se, señala 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.

Ejemplo:

Si mediante un operativo policial, se interviene un vehículo con 5 personas dentro, que efectivamente vienen de cometer un robo al Banco de Crédito, y que efectivamente desde un inicio y en el transcurso del proceso aceptan ser autores de dicho robo, e inclusive son reconocidos como autores del mismo tanto por parte de personal de seguridad del Banco, así como demás trabajadores de dicha entidad; Sin embargo, independientemente de lo antes descrito no se ha acreditado durante el desarrollo de todo el proceso de investigación, que dichos procesados pertenezcan a una organización, con una estructura jerárquica, es decir con una división de funciones, en consecuencia a falta de ello no se llegará a la conclusión que pertenecen a una asociación ilícita para delinquir.

Ejemplo:

En un proceso penal, tres sujetos son procesados por asociación ilícita para delinquir, al haberse encontrado pruebas de su pertenencia a una organización destinada a cometer ilícitos, vale decir se encontró todo el plan criminal, aunado a ello se ha recabado información acerca de la estructura jerárquica de la misma, sin embargo la defensa de los procesados, alega que sus patrocinados son inocentes, toda vez que los hechos ilícitos programados en el plan criminal no se han llegado a ejecutar. Posición que

es totalmente errada, toda vez que el presente delito se consuma con “el solo hecho de formar parte” no importando que se lleguen a consumir el plan criminal programado.

1. 2. La idea de dos o más personas.

El presente delito es conocido como plurisubjetivo, es decir, requiere de un mínimo de personas participantes; algunos autores consideran que para configurarse este delito tienen que participar sólo dos personas; sin embargo, otros autores son del parecer que esta organización tiene que contar como mínimo con tres personas, toda vez que la ley expresamente refiere “formar parte de una organización de dos o más personas”.

Al respecto, Reaño Peschiera sostiene que “de la simple redacción del tipo penal, se puede entender que el número de personas (socios) requeridos para la existencia de la asociación es por lo menos de dos sujetos”⁹⁸.

Castillo Alva considera que “La interpretación que se realiza del tipo en cuestión es que la agrupación delictiva debe contar por lo menos con dos o más personas a la que debe agregarse como socio una tercera persona al que hace referencia nuestra legislación cuando alude al que forma parte de una agrupación de dos o más personas.”⁹⁹ Esta postura se aleja del texto expreso del artículo 317 del Código Penal, en cuanto se considera como integrantes de la asociación a dos personas como mínimo, no necesitándose que se integre un tercero.

En efecto, en nuestra opinión, no hay problema alguno si la asociación está

⁹⁸ Reaño, Leandro, en *Delitos de Tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista Editores Lima 2002, p. 294.

⁹⁹ Castillo, José. Ob Cit. p. 80.

integrada sólo por dos personas

Ejemplo:

No hay diferencia alguna al calificar el delito de asociación ilícita para delinquir, si se descubren organizaciones de 5 personas, de 10 personas, o de solo 2 personas, a todas se les podría procesar por Asociación Ilícita para delinquir, y si en el desarrollo del proceso hay demás pruebas que llevan a su responsabilidad, entonces se les podrá sancionar por este delito.

De otro lado, la doctrina discute acerca de la participación de sujetos no responsables penalmente como integrantes de la asociación, así Castillo Alva refiere que: "la existencia de la asociación ilícita no se puede hacer depender de la punibilidad de los asociados, sino del acuerdo o adhesión al programa criminal".

Asimismo señala que el término delito debe interpretarse en el sentido de injusto típico (tipicidad y antijuricidad) prescindiendo de la referencia de culpabilidad.

El planteamiento que el autor propone hace posible que también a los imputables se les considere como potencias integrantes o miembros de una asociación para delinquir. Por eso, relaciona también a los menores, refiriendo que ellos también pueden realizar el injusto penal de la asociación para delinquir, con la diferencia que su tratamiento recaerá en la esfera del Derecho de Menores y no del Derecho Penal.

Al respecto, cabe precisar que para que una conducta se le pueda imputar a una persona, es requisito indispensable que a esta persona se le pueda imputar dicha conducta; por lo tanto, el referir que los menores de edad pueden formar parte de ese grupo de dos personas que conforman la asociación criminal, sería bastante cuestionable.

Ejemplo:

Dos personas conforman una asociación, establecen un plan criminal, y es más, han llegado a ejecutar dicho plan criminal; Ante ello, cuando son atrapados, personal policial se da cuenta que uno de ellos, es una persona inimputable, en consecuencia los procesados alegan que su conducta no encuadra dentro de la asociación ilícita para delinquir por cuanto uno de ellos es inimputable.

1. 3. ¿Qué se entiende por organización destinada a cometer delitos?

Respecto a la denominación “destinada a cometer delitos”, se trata de una organización que tiene planes delictivos propiamente dichos, organización instituida con fines delictivos, no teniendo nada que ver en esta figura las conductas inmorales o infracciones de normas administrativas, civiles, etc. Aquí se trata de conductas delictivas, en las cuales previamente existe un diseño o un plan criminal que atente contra la sociedad, vale decir se sancionan las conductas más graves y no cualquier clase de infracción.

Cabe precisar que estamos hablando de conductas sumamente graves, que causan una fuerte alarma social, es por ello que dicho tipo penal se encuentra ubicado en nuestro código penal en el título contra la tranquilidad pública. Sumado a ello, en nuestra sociedad la detección de estas actividades ilícitas se hace bastante difícil, ya que los agentes adoptan una apariencia legal, al dedicarse a negocios lícitos y exitosos, prósperos, en algunos casos se encuentran dentro de las esferas políticas, económicas, a manera de cubrir con ello su verdadera actividad ilegal. Por ello, ante dicha expansión a la que se puede llegar con el presente delito, y el conjunto de voluntades de sus integrantes, obviamente se origina una alarma social.

Para la configuración del delito de asociación ilícita se requiere la existencia de la agrupación que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación¹⁰⁰.

El delito de asociación ilícita se acredita cuando dos o más personas de manera organizada y permanente se agrupan en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles, con la finalidad de perpetrar delitos, adquiriendo relevancia jurídico penal el sólo hecho de formar parte de la agrupación, sin llegar a materializar los planes delictivos; por lo que este ilícito presenta una estructura típica autónoma e independiente del delito o de los delitos que a través de ella se cometan¹⁰¹.

Ejemplo:

No porque un grupo de 4 muchachos causen constantes hurtos simples, que no excedan a un sueldo mínimo vital, se les va abrir investigación por asociación ilícita para delinquir, pese a que tienen antecedentes policiales, talvez penales, ya que lo que ellos han cometido son meras faltas, que tendrán que ser investigados por su propia ley de faltas.

1. 4. Suficiencia de la Incriminación.

¹⁰⁰Ejecutoria Suprema del 5 de Abril de 1999, Expediente número 492-99, Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Gaceta Jurídica, Año siete, número veintiocho, Enero del dos mil uno, p 161.

¹⁰¹ Ejecutoria Suprema del doce de Mayo de mil novecientos noventa y ocho, Expediente número setecientos ochenta y dos guión noventa y ocho, Arequipa, Rojas Vargas Fidel, Jurisprudencia Penal, Lima, Gaceta Jurídica, mil novecientos noventa y nueve, p. 5853.

Se sanciona por formar parte de dicha asociación, en cualquiera de sus niveles u órdenes jerárquicos. Este sujeto tiene que formar parte de manera activa. Vale sumarle la nota esencial de permanencia y estabilidad; permanencia en cuanto a la identificación del sujeto activo a dicha asociación y estabilidad en cuanto a la fortaleza de la agrupación.

El artículo 317 del Código Penal, establece expresamente se incrimina la conducta por el solo hecho de ser miembro de la organización, no importando si se han llegado a ejecutar los planes delictivos.

Ejemplo:

Puede darse el siguiente caso: una asociación criminal está integrada por 10 personas, y todo tienen un plan elaborado, sin embargo, aún no se pudo consumir el plan criminal; es en esta circunstancia que su sede operacional es intervenida, y se encuentra todo el plan delictivo, con todos los datos respecto a su fundación, funciones y participaciones de cada uno de los integrantes; aquí el delito de asociación ilícita para delinquir se encuentra evidentemente comprobada, por ello se va a sancionar a todos los integrantes de la red criminal, por el solo hecho de ser miembro de dicha asociación, conforme a los datos que se han obtenido, pertenecientes a la propia asociación, independientemente de la ejecución del plan delictivo.

2.- ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR: ¿DELITO DE DOMINIO O DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER?

2.1.- Los delitos de dominio.

También conocidos como delitos comunes, son aquellos que son cometidos por cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales cuando

el legislador los señala a través de términos anónimos. En este tipo de delitos al agente no se le exige ninguna especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva¹⁰². Estos delitos se refieren a una prestación negativa que se exige al ciudadano de abstenerse de perturbar o lesionar la esfera personal de otro.

Ejemplo:

No hurtar, es decir, no perturbar la esfera patrimonial de otra persona.

En contrario, a los delitos de dominio existe otro tipo de delitos, los llamados

2.2.-Delitos de Infracción de Deber.

Conocidos también como delitos especiales, aquí la conducta delictiva tiene que ser realizada por personas que tienen deberes especiales.

Según Claus Roxin, se demanda en estos sujetos una determinada cualidad que consiste en una posición de deber especial extrapenal, por lo que se trata de una posición de deber especial extrapenal¹⁰³. Modernamente se distingue a los delitos de infracción de deber como portadores de una exigencia de deber positivo orientado a determinadas personas de acuerdo a su estatus en las relaciones sociales, esto es, la realización de una prestación positiva, procurar una determinada asistencia a otro.

Ejemplo:

Los delitos de omisión a la asistencia familiar, delitos societarios, el funcionario público en los delitos de extorsión, delito de peculado, etc.

¹⁰² Villavicencio, Felipe . *Derecho Penal Parte General*, Editora Jurídica Grijley-2007. p. 306.

¹⁰³ Roxin, Claus, 1999, p 338, num 128. Cfr. *Derecho Penal Parte General Tomo I*.

Cabe precisar a lo antes expuesto, que la presente figura de Asociación Ilícita para Delinquir es eminentemente un delito de dominio, toda vez que en su descripción típica en el artículo 317 del Código Penal expresamente señala que el agente puede ser cualquier sujeto, esto es: **“El que forma parte de una organización”**. Adicionalmente, se tiene que este delito corresponde a un delito de organización debido a que conlleva la exigencia de que en toda configuración de una asociación, organización, formal o informal, ha de evitarse lesionar o perturbar la esfera personal de los demás.

Asimismo, en el segundo párrafo de dicho numeral indica su forma agravada, en el sentido que precisa los delitos que estén destinados a cometerse mediante el delito en examen, mas no indica que el sujeto activo del delito de Asociación Ilícita para delinquir tenga que tener una cualidad especial, hecho que tampoco significa que no pueda cometer el presente ilícito un agente con un deber especial.

3.- ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA OBJETIVA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

Este aspecto comprende a los elementos estructurales (características del obrar externo del autor) requeridos en la imputación al tipo objetivo.

3.1.- Sujetos

Sujeto Activo.- este tipo básico del delito de Asociación Ilícita para Delinquir se caracteriza por ser un delito común, no requiriéndose una condición o cualidad especial del autor. Es decir, cualquier persona puede realizar las conductas descritas en el artículo 317 del Código Penal: “formar parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”.

Sin embargo, cabe referir que el sujeto activo de dicha conducta pueda ser

también una persona que ostente determinadas cualidades, como la de aquel que desempeña un cargo de funcionario público, entre otros.

Ejemplo:

Por medio de las noticias y de las investigaciones se obtienen datos que los agentes autores del delito de asociación ilícita para delinquir son tanto personas que provienen de sectores pobres de la población, también pueden ser personas que vienen de sectores medios o altos, personal desertor de la Policía Nacional así como de las fuerzas armadas. Entonces como se puede apreciar pueden ser cualquier persona, la ley no exige una cualidad específica.

Sujeto Pasivo.- en nuestro Código Penal, la asociación ilícita aparece comprendido de *lege lata* como un delito contra la Tranquilidad Pública y más específicamente, contra la Paz Pública, por lo que el sujeto pasivo es la Sociedad.

3.2.-La realización típica del artículo 317 del Código Penal.

El presente delito se realiza desde el momento en que el sujeto ***forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos***, por lo que será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, (la ley es clara al decir por el solo hecho de ser miembro de la misma) con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El tipo objetivo de la asociación ilícita descansa sobre la base la existencia de una organización, basta la conciencia del sujeto de formar parte de ella conociendo su existencia y finalidades.

Este vínculo asociativo tiene que ser demostrado por si mismo, es necesario

que todo plan criminal constituya un cuerpo organizado con sus respectivos jefes y reglas propias. Sumado a ello el unirse voluntariamente y permanentemente para conseguir el fin u objetivo común determinado (delitos), vale decir varios delitos, como fin colectivo y como tal tiene su propia naturaleza objetiva en cada uno de los partícipes.

Este delito de mera actividad, se consuma por el solo hecho de organizarse (la asociación de dos o más personas) toda vez que es un delito de peligro abstracto. Por tanto para su consumación es irrelevante que se llegue a ejecutar el plan organizado o los delitos programados.

3.3.-En cuanto a la descripción de la conducta.

Es un delito Simple.- circunstancia cuando en el tipo penal solo se describe un verbo rector. Pues el delito objeto de análisis es un delito simple por la presencia de un solo verbo rector en el tipo penal que es el ***“formar parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos”***¹⁰⁴.

Es un delito de Actividad.- porque con la simple ejecución de una conducta, se constituye la realización del tipo. Los delitos de Asociación Ilícita para delinquir no necesitan un resultado, sólo existe la mera actividad que va a consumir el delito, es decir para la configuración del tipo penal¹⁰⁵.

El presente delito es un delito de mera actividad, toda vez que basta el formar parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, para que se constituya el delito.

Es un delito Instantáneo.- aquí el tipo se consuma en el momento en que

¹⁰⁴ Villavicencio, Felipe. Ob Cit. p. 309-310.

¹⁰⁵ Villavicencio, Felipe. Ob .Cit . pp. 309-310.

se produce la infracción que describe la ley, sin que haya una circunstancia de efectos duraderos¹⁰⁶.

El presente delito según el principio de Legalidad es de comisión instantánea, toda vez que el tipo se consuma con el sólo hecho de formar parte de la organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos.

Es un delito de peligro abstracto.- al existir la probabilidad de daño al bien jurídico, no siendo requisito el daño o afectación material al mismo, sino su sola puesta en peligro.

En el delito objeto de estudio, las resoluciones delictivas de los agentes hacen se vea afectado el sosiego público, toda vez que generan una extrema alarma social para todos los integrantes de la sociedad. Es más con la sola formación de la organización, se consuma la puesta en peligro.

Ejemplo:

Con el solo hecho de formar, crear una universidad al servicio supuestamente de la sociedad, pero con fines delictivos para la propia sociedad, ya estamos afectando el bien jurídico.

3.4.-Medios delictivos

Entendidos como los medios idóneos con los cuales se vale el sujeto para ejecutar la conducta, que en el presente delito son “el formar parte de una organización de dos o más personas”.

Como se refiriera líneas arriba, a veces los agentes autores del presente delito usan empresas aparentemente lícitas para poder organizarse y

¹⁰⁶ Ibidem. p. 309-310.

planear sus programas criminales, siendo ello una dificultad para poder ubicarlos, identificarlos y desarmar su red criminal.

4.- PARTICULARIDADES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO.

Analizando la Imputación Objetiva, "la imputación objetiva es una exigencia producto del principio de culpabilidad, pues según dicha doctrina la causalidad entre una acción y su resultado sólo puede constituir una parte del elemento "Imputación Objetiva" es decir lo importante es establecer si a una conducta se le puede objetivamente imputar la producción del resultado".

4.1.- Riesgo Permitido.

Por el presente principio, se entiende que el peligro creado por el agente tendría que ser un riesgo aceptado por la sociedad, es decir socialmente permitido para que se pueda excluir la imputación.

El delito materia de examen es un riesgo típicamente relevante, que no puede ser aceptado por la sociedad, por el contrario es totalmente repudiado, aunque sea el solo hecho de "**formar parte de una organización**".

Ejemplo

Para que la asociación supere el riesgo permitido, se requiere, hacer un uso abusivo por ejemplo del derecho de asociarse, vale decir por ejemplo crear una empresa con la finalidad de encargarse a asesorar respecto a los derechos humanos, sin embargo se dedica a la apología del terrorismo.

4.2.-Principio de Confianza.

Según este principio no cabe la imputación a la conducta cuando el sujeto ha obrado conforme a derecho y puede esperar (confiado) que los demás

actuarán dentro de los límites del riesgo permitido.

En relación al delito de Asociación Ilícita para Delinquir, sí puede aplicarse este principio, veamos.

Ejemplo:

Una señorita entra a laborar en un tragamonedas, cumple su trabajo, su horario, cumple con todas sus funciones; sin embargo se descubre que dicho tragamonedas es una red de organización criminal, que se formó bajo el manto de dicho tragamonedas, entonces no por ello tendrá que involucrarse a dicha trabajadora, ni mucho menos encontrarla responsable de pertenecer a dicha organización; toda vez que ella al entrar a laborar lo hizo en la confianza que los demás están actuando de manera correcta, por lo cual se tendrá que aplicar el presente principio para favorecerlo.

4.3.- Prohibición de regreso.

La prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero¹⁰⁷.

En cuanto al delito en análisis, este principio también se ve relacionado con el principio de confianza, pues si el agente actuó conforme a su rol establecido, generando con ello un riesgo permitido, no tendría por que imputársele el resultado (aquí se le puede aplicar la prohibición de regreso en vista que su conducta es neutral y no forma parte del delito cometido por los terceros).

Ejemplo:

¹⁰⁷ Ibidem.

Se contrata a alguien como secretario de una organización para que lleve a cabo el manejo de la empresa, persona que cumple con su rol de secretario, tomando apuntes y demás funciones propias de su labor, ignorando que trabaja para criminales. Por eso se dice que el principio de prohibición de regreso se relaciona con el principio de confianza ya que la "secretaria" trabaja en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta conforme a derecho.

4.4.- Competencia de la víctima.

Que la conducta de la víctima sea el factor determinante para que se lleve a cabo el ilícito. No creemos que en el presente delito se aplique este principio, toda vez que el agraviado en la presente causa es la propia sociedad.

5.- ELEMENTOS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA SUBJETIVA DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

5.1.- Imputación Subjetiva.

a.- Dolo como única modalidad comitiva.

El delito de Asociación Ilícita para delinquir sólo podrá ser cometido mediante realización dolosa, admitiéndose cualquiera de sus modalidades.

El agente debe querer ejecutar los distintos elementos del tipo del delito de Asociación Ilícita para delinquir, y esto lo vemos expresamente por imperio del Principio de Legalidad.

Vale decir, la conducta debe ser con plena conciencia de que se está

perteneciendo a una organización que tiene fines delictivos.

Ejemplo:

El agente desde el momento en que integra la asociación tiene el pleno conocimiento que la asociación a la que se está uniendo está destinada a llevar a cabo una serie de conductas criminales. No hay un engaño, hay pleno conocimiento, sumado a la voluntad de querer formar parte de dicha organización.

Ejemplo:

Durante la década pasada se pudo comprobar que hubo una organización de red criminal, los cuales gestaban desde el poder político, instituciones castrenses, etc., cuyo agente clave era el ex funcionario del servicio de inteligencia Vladimiro Montesinos torres, quien aprovechándose de su cargo, con pleno conocimiento cometió muchos ilícitos con participación de otras personas.

5.2. Tentativa y consumación

a).- Naturaleza Permanente o Instantánea del delito de Asociación para Delinquir.-

Importa en el análisis del presente delito, establecer si éste tiene o no el carácter de delito instantáneo o permanente. La doctrina ha descartado unánimemente que se trate de un delito de resultado o de daño, toda vez que como se ha explicado líneas arriba, el presente delito es de peligro abstracto.

La tesis del delito instantáneo.-

Juega a favor de esta tesis, el hecho que lo que castiga la ley no es la existencia misma de la asociación criminal, sino el hecho de formar parte de ella, situación que se produce cuando la persona pasa a integrar en calidad de socio, afiliado o miembro de su estructura interna.

Según esta tesis, el delito se consumaría cuando una persona ingresa a la asociación, siendo este suceso un comportamiento instantáneo. Desde el momento que la ley no sanciona directamente la existencia de la agrupación criminal o el desarrollar determinada clase de actividades en la asociación es lógico que el núcleo del disvalor del comportamiento típico resida en el hecho de adscribirse y afiliarse, siendo irrelevante cualquier acontecimiento ulterior¹⁰⁸.

La tesis del delito permanente.-

Castillo Alva, señala que a favor del carácter permanente del delito de asociación ilícita concurren razones de peso e importancia:

Primero, se sostiene que la ley no castiga únicamente el sólo hecho de afiliarse o de obtener la calidad de socio o integrante de la organización, sino el formar parte de ella, situación que si bien implica pasar a ser miembro o una conducta positiva de integrarse supone también un estado temporal – más amplio - , distinto del afiliarse.

El formar parte, si bien comienza con la adscripción o afiliación del nuevo miembro a la organización, posee un contenido mucho más vasto que exige una prolongación temporal y una vinculación permanente del socio con la organización criminal. Esta vinculación permanente es la esencia de la asociación que requiere de una organización estable debidamente adecuada que se prolonga en el tiempo. El delito se consuma en el lugar y en el

¹⁰⁸ Castillo, Jose,.O. *Cit* p. 136. .

momento en el que se empieza a formar parte de la asociación.

Ejemplo:

Juan decide formar parte de una organización criminal, que se esconde bajo el manto de una casa de cambios, y efectivamente, tiene una constancia, permanencia, asimismo una función específica conforme al plan criminal dentro de la empresa, sin embargo una de las formas por las cuales esa permanencia llegue a su fin será al ser descubierta la casa de cambios.

b.- La consumación

Aquí la posición del grupo es definitivamente que el presente delito se consuma desde el momento en que los integrantes **forman parte de la respectiva asociación criminal.**

No necesito que se materialicen los planes delictivos, es decir que se consumen los hechos planificados por la organización criminal, ni siquiera necesito que se empiecen a ejecutar, o que lleguen a su fase preparatoria, pues ese sería un delito independiente.

El delito de asociación ilícita para delinquir es un delito autónomo, que se consuma en el momento en que el agente de manera conciente, forma parte y suma su voluntad a cometer delitos, en aras favorecer a toda la organización.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en la resolución de la Sala Anticorrupción C, de fecha 19 de marzo de 2005, se señala que no resulta trascendente a la hora de determinar la tipicidad objetiva del delito verificar si los delitos se cometieron o no.

Ejemplo:

Para que a Lucas, que es un trabajador en una empresa de Servicios de Turismo se le pueda imputar o sancionar por el delito de asociación ilícita para delinquir, tendrá que determinarse o probarse que el tuvo la intención de cometer actos ilícitos, conforme a la estructura y organización de la agencia de viajes, desde el momento que empezó a laborar en dicha empresa, es decir se le tendrá que probar que el voluntariamente formó parte de dicha empresa destinada a cometer delitos.

c.- La tentativa.

Tentativa e interpretación de cada tipo penal

Las reglas de la parte general en su interpretación más amplia suponen que todo delito puede incriminarse a título de tentativa, salvo que por la misma estructura material o la redacción de los tipos penales tal premisa deba descartarse.

Como recuerda la doctrina penal, el problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de la tentativa en los tipos de la parte especial pasa ante todo por constituir un problema de interpretación que se debe resolver en cada caso concreto.

Nuestra opinión al respecto es que en el presente delito establecido en el artículo 317 del Código Penal, que expresamente sanciona el solo hecho de formar parte de dicha organización de dos o mas personas dedicada a cometer delitos, por lo cual seria un poco insostenible que se pueda dar la figura de la tentativa, toda vez que el presente es un delito de mera actividad, de peligro abstracto.

Pues como se ha referido anteriormente que el hecho de integrar una

Ejemplo:

Para que a Lucas, que es un trabajador en una empresa de Servicios de Turismo se le pueda imputar o sancionar por el delito de asociación ilícita para delinquir, tendrá que determinarse o probarse que el tuvo la intención de cometer actos ilícitos, conforme a la estructura y organización de la agencia de viajes, desde el momento que empezó a laborar en dicha empresa, es decir se le tendrá que probar que el voluntariamente formó parte de dicha empresa destinada a cometer delitos.

c.- La tentativa.

Tentativa e interpretación de cada tipo penal

Las reglas de la parte general en su interpretación más amplia suponen que todo delito puede incriminarse a título de tentativa, salvo que por la misma estructura material o la redacción de los tipos penales tal premisa deba descartarse.

Como recuerda la doctrina penal, el problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de la tentativa en los tipos de la parte especial pasa ante todo por constituir un problema de interpretación que se debe resolver en cada caso concreto.

Nuestra opinión al respecto es que en el presente delito establecido en el artículo 317 del Código Penal, que expresamente sanciona el solo hecho de formar parte de dicha organización de dos o mas personas dedicada a cometer delitos, por lo cual seria un poco insostenible que se pueda dar la figura de la tentativa, toda vez que el presente es un delito de mera actividad, de peligro abstracto.

Pues como se ha referido anteriormente que el hecho de integrar una

asociación delictiva significa evidentemente un peligro para la tranquilidad y paz pública.

5. 3.- Culpabilidad

Error de prohibición.

José Castillo Alva refiere que: “la existencia de la asociación ilícita no se puede hacer depender de la punibilidad de los asociados, sino del acuerdo o adhesión al programa criminal”.

Asimismo señala que el término delito debe interpretarse en el sentido de injusto típico (tipicidad y antijuricidad) prescindiendo de la referencia de culpabilidad.

El planteamiento que el autor propone hace posible que también a los inimputables se les considere como potencias integrantes o miembros de una asociación para delinquir. Por eso, relaciona también a los menores, refiriendo que ellos también pueden realizar el injusto penal de la asociación para delinquir, con la diferencia que su tratamiento recaerá en la esfera del Derecho de Menores y no del Derecho Penal.

Al respecto, cabe precisar que para que una conducta se le pueda imputar a una persona, es requisito indispensable que a esta persona se le pueda imputar dicha conducta; por lo tanto, el referir que los menores de edad pueden formar parte de ese grupo de dos personas que conforman la asociación criminal, sería bastante cuestionable.

Ejemplo:

dos personas conforman una asociación, establecen un plan criminal, y es más, han llegado a ejecutar dicho plan criminal; Ante ello, cuando son

atrapados, personal policial se da cuenta que uno de ellos, es una persona inimputable, en consecuencia los procesados alegan que su conducta no encuadra dentro de la asociación ilícita para delinquir por cuanto uno de ellos es inimputable.

5. 4.- Autoría y Participación.

a) Autoría.-

En este delito resulta ser autor el que con pleno conocimiento forma parte de una organización de dos o mas personas, destinada a cometer delitos Se ha de tomar como punto de partida que el solo hecho de integrar o formar parte de la asociación criminal ya ubica al agente dentro de la categoría de autor. A partir de ahí es que deberá de verificarse las otras formas de participación en el hecho.

El autor de este delito tendrá que tener el pleno conocimiento desde el momento en que forma parte de la organización, no puede alegarse el engaño, pues hay una constante participación del agente en la organización, es más su voluntad criminal tiene que sumarse a la de los demás miembros, asimismo tendrá que tener una función establecida, como cada uno de los integrantes, por ello pertenece a la organización.

Lo que ha de verificarse es si todos los miembros tienen un rol en la organización, porque existe un plan criminal con su respectiva jerarquía entre los integrantes, cabe distinguir tipos de participación entre los que tienen el cargo de jefes, cabecillas, dirigentes, etc., o basta el sólo hecho de ser integrantes. Salvo las menciones expresas de algunos tipos penales que hacen alusión a una pena especial para el líder o cabecilla de la organización, no habría ninguna distinción en este sentido, todos los integrantes de la asociación son autores por el solo hecho de formar parte en ella.

En realidad lo referente a la autoridad que se ejerce, depende de la clase de organización que sea, ya que hablamos de organizaciones con carácter empresarial o que se aproximan a poner un negocio, servicios, así como con jerarquías de mando; pero también es cierto que en el Perú también existen organizaciones que efectivamente tienen un plan criminal, propia de la naturaleza del presente delito en estudio; tienen su propio organigrama, pero tal vez no necesitan tanta Jerarquización, toda vez que también pueden ser integradas como mínimo por dos sujetos.

Finalmente, según el análisis de nuestro texto 317 del Código Penal Peruano, primer párrafo, y su respectivo agravante en su segundo párrafo, no se ha considerado como figuras agravantes, en función a la calidad de líder, al mando, la jerarquía, o control que tenga dentro de la organización el integrante; lo cual es totalmente distinto a la legislación comparada, como se explica líneas arriba.

Por lo tanto, en nuestra legislación es totalmente indiferente si la asociación está conformada por meros integrantes, o por los líderes, cabecillas, mostrando así un vacío muy grave, a posición del grupo es una omisión que debería ser subsanada.

Se debe precisar que en el presente delito la única conducta que se está analizando es la de formar una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, y que tenga su diseño criminal, en la que se indique la jerarquización de cada uno de sus miembros; en ningún momento se está analizando la ejecución de los delitos planificados.

Ejemplo

Se forma en el Perú, una empresa de Hoteles, cuya única finalidad es

cometer los delitos de Trata de Blancas, Tráfico de Monedas, Contrabando, grupo que tiene una sólida Jerarquización, vale decir con su respectivo jefe, cabecilla, y demás integrantes. Al verse descubiertos y procesados, muy independientemente que sean autores, o autores mediatos, a todos ellos luego de evaluados y comprobados los hechos se les tendrá que sancionar dentro del quantum establecido en el artículo 317 del Código Penal, es decir, dentro del mismo QUANTUM, ya que la ley no hace diferencia alguna para líderes, cabecillas, jefes.

b) Participación

La participación en el delito de asociación ilícita se verificaría en cuanto a la complicidad y a la instigación, difícilmente podría encuadrarse un caso de autoría mediata, sin que se recurra a las conductas llevadas a cabo por la asociación, es decir, a partir exclusivamente del análisis de la conducta de formar parte de una asociación para delinquir.

En cuanto a la complicidad, tendríamos que podrían darse comportamientos de facilitar la difusión del grupo como tal, promover el grupo en sí, sin que el agente esté efectivamente integrado en la organización, bastando con ello que sea simpatizante.

A estos cómplices se les va sancionar por el aporte primario o secundario que hayan brindado, para formar la organización en sí, independientemente de la responsabilidad penal que quepa atribuirle por los delitos que dicha asociación haya perpetrado con su colaboración

Ejemplos:

Si se quiere sancionar en grado de cómplices del delito objeto de estudio a W, X y Z, quienes son individuos extraños a la organización criminal, debe

tenerse en cuenta que ellos tenían conocimiento que están relacionándose con una organización criminal con fines delictivos, aunque ignore mayores detalles de sus miembros, planes, o estructura organizada.

Ejemplo:

X quiere participar con la organización criminal, a fin de ejecutar actos para la comisión de un Secuestro, quiere ser el que maneja el vehículo, y efectivamente logran llevar a cabo su cometido; Entonces a X, no se le podrá sancionar por asociación ilícita para delinquir sino por el delito de Secuestro, toda vez que su participación ha sido para llevar a cabo un delito que efectivamente estuvo planificado por la organización, pero que configura de por sí un delito aparte.

Respecto de la instigación, la pregunta se presenta en si cabe la posibilidad de que un tercero determine a otro a integrar una organización criminal. Ello evidentemente es posible en la medida en la que solo con la instigación fuese determinante para que en mí nazca las ganas de querer participar, formar parte de la organización.

Se ha de advertir que la instigación sólo ha de referirse a formar parte de la asociación ilícita, más no a la realización de aquellos delitos a que se oriente en sí la organización.

Ejemplo:

Juan que es envidioso de los triunfos de Carlos, constantemente insiste, anima a Carlos para que forme parte de la organización, hasta que efectivamente Carlos convencido por la constante instigación de Juan, llega formar parte de dicha organización destinada a cometer delitos.

Ejemplo:

Ximena, es una prostituta, que con su insistencia instiga a Lola, a formar una empresa criminal, bajo el manto de una casa de atención sexual a varones, cuyo fin es asesinar hombres y robarles todo su dinero.

CAPITULO IV

ASPECTOS RELACIONADOS A LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

1.- EL DERECHO PENAL EN LA GLOBALIZACIÓN: EL NUEVO PARADIGMA.

El fenómeno de la organización criminal es susceptible de ser analizado desde distintas perspectivas, señaladamente de orden sociológico, criminológico y jurídico. El diseño de la reacción jurídica frente a fenómenos graves de conductas antisociales no puede prescindir de los correspondientes estudios de la Sociología criminal, pero sólo nos corresponde ahora abordar el aspecto jurídico-penal de una categoría dogmática, imprecisa en su contenido, como es la criminalidad organizada, a la que sin embargo no podemos aproximarnos sin unas breves consideraciones político-criminales, pues, en realidad, constatándose aún la insuficiencia del tratamiento de la cuestión de *lege data*, buena parte de los problemas actuales que presenta la criminalidad organizada conciernen a opciones de política legislativa.

La política criminal de la globalización es agresiva con la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no sólo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social. Frente a este tipo de criminalidad pueden constatarse propuestas de

derogación de determinadas garantías asociadas al Derecho penal clásico. Como consecuencia del pensamiento dominante en la lucha contra la criminalidad organizada y la droga, se ha considerado que ha decrecido fuertemente el nivel de protección jurídica en Europa y América¹⁰⁹, por lo que la tradición garantista asociada a un Derecho penal de corte liberal, que tiene como paradigma al delincuente individual y que ignora la delincuencia de grupo, difícilmente es compatible con los medios enérgicos que se proponen, como única vía eficaz, para ofrecer un tratamiento adecuado de la delincuencia organizada.

En suma, se proponen determinadas medidas para atajar este nuevo fenómeno delincencial que representan un *modelo diferenciado* de represión del delito. Ello permite hablar de un Derecho penal de distintas velocidades, con plurales criterios de imputación y diferente tratamiento procesal en función de que tenga como paradigma al individuo delincuente, o a la criminalidad organizada como empresa. Fundamentalmente, en materia de criminalidad organizada, la tendencia dominante en la Política criminal de la globalización puede resumirse de la siguiente manera¹¹⁰:

1.1.- En el plano sustantivo.

Las propuestas se dirigen hacia la creación de tipos de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando ya frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos que sancionen penalmente la mera pertenencia a una organización criminal, y, en general, mediante un mayor rigor punitivo para el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado. Nos ocuparemos más abajo del delito de asociación

¹⁰⁹ VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?", en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, p. 80.

¹¹⁰ CHOCLÁN, José, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000, p. 67.

ilícita del art. 317 CP¹¹¹ y la función que le corresponde en nuestro Derecho en el tratamiento penal de la organización criminal.

Junto a ello, constituye preocupación fundamental la *confiscación del patrimonio criminal*, expresándose una clara tendencia hacia la inversión de la carga de la prueba en este campo. Con propuestas no siempre compatibles con las tradiciones constitucionales de los Estados¹¹². Pues bien, también en materia de confiscación se expresa un modelo diferenciado. Ese modelo diferenciado es ya una realidad en nuestro Derecho en el tratamiento del tráfico de drogas.

Junto a ello se perciben propuestas dirigidas a favorecer la declaración de *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, superando el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, cuyas consecuencias han sido derogadas expresamente en otros ordenamientos de nuestro entorno, de cuyos modelos no difiere sustancialmente el modelo seguido por nuestra legislación penal.

Algunos ordenamientos europeos han solucionado el problema de la responsabilidad penal de persona jurídica en el sentido de afirmar el principio *societas delinquere potest* (así, ley holandesa de delitos económicos, de 22 de junio de 1950, modificada en 1976; art. 121,1 CP francés aprobado por Ley de 22 de julio de 1992, en vigor desde el 1 de marzo de 1994). El Derecho español, condicionado por la dogmática tradicional, que no reconoce capacidad de acción y de culpabilidad a la persona jurídica, niega la responsabilidad penal de la persona jurídica,

¹¹¹ "El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de treinta y cinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4º.

¹¹² CHOCLÁN, José. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001.

aunque ha introducido un sistema de *consecuencias accesorias* que aproxima el régimen de consecuencia jurídica a las sanciones penales previstas en el *Corpus Iuris*. Por ello no existen obstáculos insalvables, desde el punto de vista constitucional, para aproximar nuestra legislación a aquellas tendencias de extender la responsabilidad penal a la persona jurídica¹¹³.

1.2.- La Criminalidad como empresa: Las distintas acepciones del crimen organizado.

No es posible ofrecer un concepto unívoco de criminalidad organizada, sólo aproximarnos a su contenido. Pero en la medida en que determinadas especialidades sustantivas y procesales dependen de una definición precisa del crimen organizado, no puede prescindirse de tratar de abordar el fenómeno, al menos en sus aspectos esenciales.

En una primera aproximación es preciso diferenciar la criminalidad organizada *en sentido amplio* (la criminalidad *en* la empresa), que abarca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa principalmente el Derecho penal económico), y una organización criminal *en sentido estricto* que tiene como objeto, precisamente, el delito (la criminalidad *como* empresa o proyecto empresarial), por lo que puede decirse que la organización es criminal cuando se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos. Esta criminalidad empresarial o industrial, que persigue actividades lucrativas, tiende a globalizarse paralelamente a la globalización de los mercados. La lucratividad de la empresa depende en buena medida del blanqueo de dinero, por lo que la legitimación de capitales es una

¹¹³ Antes bien, el Tribunal Constitucional español ha declarado en S. 246/1991, de 19 de diciembre, que nada impide que nuestro Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles, pues, capacidad infractora, declarando expresamente que el principio de culpabilidad "se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos".

actividad asociada a la actividad productora. Como veremos más adelante, la estructura de una empresa de negocios se reproduce en la asociación u organización criminal.

Pero a pesar de que la actual Política criminal internacional tiene como fin principal atajar el crimen organizado, no siempre se refiere al mismo fenómeno cuando se utiliza ese concepto. Podemos distinguir varias acepciones que impiden reconducir la criminalidad organizada a un concepto común:

- Como primera modalidad: Aludimos a aquellas organizaciones cuya actividad criminal persigue fundamentalmente un lucro económico, presentándose los delitos concretos sólo como mero instrumento para la consecución de ese objetivo principal (*delincuencia organizada común o industrial*). Este tipo de organización, se desarrolla en todos los sectores de la actividad lucrativa y comoquiera que aprovecha toda coyuntura favorable para realizar su plan delictivo puede especializarse en sectores concretos, como ocurre modernamente con la llamada criminalidad informática organizada.

- La asociación en ocasiones tiene por objeto infiltrarse en el poder estatuido e intentar su dominación: Sin sustituirlo, por medio de la corrupción política y la influencia en el funcionamiento de los organismos públicos. Fundamentalmente nos referimos a la *asociación de tipo mafioso*.

- Junto a aquellas, otras organizaciones están animadas por una finalidad política subversiva, contraria al sistema constitucional establecido, desarrollando su actividad delictiva con el fin último de producir, no la mera dominación, sino la modificación del sistema político. Nos referimos en este caso al terrorismo, en la modalidad de *terrorismo contestatario*.

- Por último, constituye una realidad la existencia de criminalidad estatal organizada, en el sentido de actividad desarrollada desde el poder político para la consecución de determinados objetivos por medios ilícitos. Esta forma de criminalidad puede ser agrupada bajo la denominación de *terrorismo paraestatal*.

La organización criminal que puede considerarse *común* tiende, en consecuencia, a la adquisición de un importante poder económico por medios ilícitos. Una represión eficaz de la delincuencia organizada requiere neutralizar sus utilidades. Como ha puesto BOTTKE, "para las condiciones de funcionamiento de un mercado que sirva a la libertad general, hay que contar con una competencia no distorsionada. El encubrimiento del origen delictivo de los instrumentos de pago en el mercado distorsiona la competencia"¹¹⁴. La incidencia de la delincuencia organizada en el mercado económico social lleva a priorizar en la lucha contra la criminalidad organizada el ataque al patrimonio ilícito como uno de los objetivos fundamentales de la Política de la globalización.

La más clara manifestación de este tipo de criminalidad es la asociada al tráfico de drogas, delito que ha constituido históricamente el motivo de toda la política criminal para combatir un fenómeno creciente y transnacional.

Por otra parte, la criminalidad organizada de tipo común, en general, busca la clandestinidad, porque de ello depende el éxito del plan delictivo, a diferencia, por ejemplo, de otras organizaciones que persiguen sembrar el terror colectivo, que tienden a la búsqueda de la publicidad.

De acuerdo con lo expuesto, elementos tales como el uso de la violencia o la presión sobre el poder político no son elementos esenciales de la organización criminal, sino sólo aparecen en determinadas manifestaciones de ellas, como la asociación de tipo mafioso, por ejemplo. Esta última ha sido definida legalmente en la legislación italiana, tras la introducción en el Código Penal italiano del art. 416 bis por Ley 646/1982 de la siguiente manera: "*La asociación es de tipo mafioso cuando quienes formen parte de ella se valgan de la fuerza de intimidación que supone el vínculo asociativo y de la condición de sometimiento o de obligación de silencio que de ellos*

¹¹⁴ Citado por REY HUIDOBRO, Luis, *El delito de Asociación Ilícita. Aspectos penales y procesales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 244 y ss.

*deriva para la comisión de delitos, para adquirir de forma directa o indirecta la gestión o el control de actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos de obras y servicios públicos o para obtener provechos o ventajas injustas para sí o para otros o con el fin de impedir u obstaculizar el libre ejercicio del voto o procurar votos para sí o para otros con ocasión de consultas electorales". Estas disposiciones "se aplican también a la camorra y a las otras asociaciones, cualquiera que fuera la forma de la que fueran denominadas localmente, que valiéndose de la fuerza intimidatoria del vínculo asociativo persigan fines correspondientes a aquéllos propios de la asociación de tipo mafioso"*¹¹⁵. Por tanto, la criminalidad organizada, fundamentalmente en Italia, incide no sólo en el mercado económico, sino directamente en el mercado político, *Mafia y política* son términos naturalmente asociados .

La criminalización del método mafioso en Italia es un ejemplo de cómo la organización criminal preocupa en los diversos Estados de una forma muy diferente. Ciertamente debe preocupar a este país que zonas enteras de algunas regiones del Sur, en particular, Campania, Calabria y Sicilia puedan estar dominadas por tres organizaciones criminales, la camorra de Nápoles, la `ndrangheta de Calabria, y especialmente la mafia siciliana, y en ocasiones con el efecto de *socialización negativa* para los jóvenes a que alude TRIGLIA¹¹⁶

1.3. – El Delito de Asociación ilícita en el Panorama Mundial:

¹¹⁵ La STS de 20-2-99 (Italia) (Pn. Martín Pallín) señala que "no es necesario un organigrama detallado de todas y cada una de las actividades encomendadas a cada uno de los componentes del grupo, basta que exista un entramado que funcione coordinadamente para potenciar las posibilidades del tráfico y difusión de la droga, sin que sea exigible que cada uno de los integrantes del grupo conozca pormenorizadamente las misiones encomendadas a todos los partícipes en particular".

¹¹⁶ Citado por SERRANO, Jose., "Comentario a las circunstancias agravantes 8.a, 9.a y 10.a del art. 344 bis a) del Código Penal", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo XVII, EDERSA, Madrid 1996, p. 5.

La política criminal de la globalización es agresiva con la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no sólo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no solo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social. Frente a este tipo de criminalidad pueden constatarse propuestas de derogación de determinadas garantías asociadas al Derecho penal clásico. Como consecuencia del pensamiento dominante en la lucha contra la criminalidad organizada y la droga, se ha considerado que ha decrecido fuertemente el nivel de protección jurídica en América y Europa¹¹⁷, por lo que la tradición garantista asociada a un Derecho penal de corte liberal, que tiene como paradigma al delincuente individual y que ignora la delincuencia de grupo, difícilmente es compatible con los medios enérgicos que se proponen, como única vía eficaz, para ofrecer un tratamiento adecuado de la delincuencia organizada.

En suma, a nivel internacional se proponen determinadas medidas para atajar este nuevo fenómeno delincencial que representan un *modelo diferenciado* de represión del delito. Ello permite hablar de un Derecho penal de distintas velocidades, con plurales criterios de imputación y diferente tratamiento procesal en función de que tenga como paradigma al individuo delincuente, o a la criminalidad organizada como empresa. Fundamentalmente, en materia de criminalidad organizada, la tendencia dominante en la Política criminal de la globalización puede resumirse de la siguiente manera:

¹¹⁷ VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?", en *Revista Penal*, n.º 2, 1998, Pág. 80.

a. - En el plano sustantivo.

Las propuestas se dirigen hacia la creación de tipos de peligro que adelanten la tutela penal, reaccionando ya frente al mismo fenómeno asociativo a través de tipos delictivos que sancionen penalmente la mera pertenencia a una organización criminal, y, en general, mediante un mayor rigor punitivo para el tratamiento de las concretas manifestaciones delictivas del crimen organizado. Junto a ello, constituye preocupación fundamental la *confiscación del patrimonio criminal*, expresándose una clara tendencia hacia la inversión de la carga de la prueba en este campo. Con propuestas no siempre compatibles con las tradiciones constitucionales de los Estados¹¹⁸. Pues bien, también en materia de confiscación se expresa un modelo diferenciado. Ese modelo diferenciado es ya una realidad en nuestro Derecho en el tratamiento del tráfico de drogas. Por ejemplo, es claro que en materia de confiscación o pérdida de la ganancia, se supone un modelo excepcional frente a la regulación general diseñada, precisamente con la finalidad de favorecer la incautación del patrimonio criminal producto de la actividad organizada del tráfico de drogas.

Junto a ello se perciben propuestas dirigidas a favorecer la declaración de *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, superando el viejo aforismo *societas delinquere non potest*. Por ejemplo, el único proyecto de Código penal europeo que se estudia en el seno de la Unión (el denominado *Corpus Iuris*), aunque limitado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, expresa la tendencia político criminal europea en este punto, que, de acuerdo con la tendencia expresada en el Estudio Comparativo de 1993 y en el Convenio PIF (recogida después en el Segundo Protocolo), contempla junto con la responsabilidad penal individual la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* y, como consecuencia, regula un catálogo de penas aplicables a éstas (art. 9), como la puesta bajo vigilancia judicial, el comiso de instrumentos y efectos del delito o la publicación de la sentencia

¹¹⁸ CHOCLÁN, Jose, *El patrimonio criminal*. Comiso y pérdida de la ganancia, Madrid, 2001, p. 17.

1999, ha creado un marco jurídico nuevo para una lucha eficaz contra el fraude y la corrupción, y otras manifestaciones de la criminalidad organizada, modificando en este punto el Título VI del Tratado de la Unión Europea referido a las "Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal".

El art. 29 del Texto consolidado de la Unión establece que el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este objetivo habrá de lograrse, según este precepto, mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular, el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, *a través de una mayor cooperación policial y judicial y de "la aproximación, cuando proceda, de las normas de los estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del art. 31"*. Este último precepto dispone que la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá *"la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas"*.

El art. 34 del texto consolidado del Tratado de la Unión ha introducido un nuevo instrumento para la aproximación de legislaciones en materia penal, que ha sustituido a la "acción común" y resaltado su fuerza vinculante: la *decisión-marco*. El Consejo podrá adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Estas decisiones marco *obligarán* a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, no teniendo efecto directo. Por tanto, aunque constituye un instrumento para la armonización de legislaciones penales, la decisión marco no permitirá aún obtener la necesaria uniformidad en la lucha contra el crimen organizado, en

tanto deja libertad a los Estados para establecer los medios tendentes a cumplir los objetivos de la Unión, y por ello esta nueva fuente de Derecho comunitario está sujeta a las limitaciones de la Directiva en cuanto a su incapacidad para lograr un sistema igualitario de consecuencias jurídicas.

b.- Tendencias actuales.

En este contexto se sitúan tendencias actuales dirigidas específicamente a combatir el crimen organizado. Fundamentalmente la política criminal europea se dirige a evitar el blanqueo de capitales, consciente de que la organización criminal persigue fundamentalmente un móvil económico que hay que contrarrestar con medidas eficaces que pongan de manifiesto que "el crimen no paga". Fruto de esta iniciativa son la *Convención de Estrasburgo del Consejo de Europa relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, de 8 de noviembre de 1990 y la *Directiva Europea 91/308/CEE, de 10 de junio de 2001, para prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales*. Con anterioridad, había regulado sectorialmente la materia la *Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas* de 1988.

Específicamente en el ámbito de la lucha contra el fraude y la protección de los intereses financieros de la Comunidad, un Segundo Protocolo al Convenio PIF de julio de 1995, adoptado por el Consejo el 19 de junio de 1997, tiene como finalidad la extensión de la legislación sobre el blanqueo de capitales a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. En el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997, se destacó la importancia de ultimar y aplicar el Segundo Protocolo. En este plan se recomienda que los Estados miembros generalicen la penalización del blanqueo de capitales, mejoren y estructuren mejor la cooperación con la Comisión y los Estados miembros en la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas y contra los delitos conexos de blanqueo de

delito, y, por lo tanto, está regulado en la Parte Especial del Código Penal, la participación delictiva es un ilícito penal regulado en la Parte General del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción. Así, mientras la asociación ilícita constituye un delito en sí, la participación delictiva requiere de la comisión de otro delito a título de autoría.

a).- Al respecto la STC 4118-2004-HC del Tribunal Constitucional en su fundamento 22, establece claramente las diferencias entre el delito de asociación ilícita para delinquir y la participación delictiva:

“Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción. Así, mientras la asociación ilícita constituye un delito en sí, la participación delictiva requiere de la comisión de otro delito a título de autoría. Otro aspecto en el que es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia. Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado”.

Finalmente la sentencia establece que dichos criterios tienen efectos

vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

b).- De igual forma la Corte Suprema de la República en el R. N. N° 3944-2004-Lima- FJ 3, establece la diferencia del delito de asociación ilícita para delinquir y la participación delictiva:

“Aquí no se trata de la participación (instigación o complicidad) en un delito determinado, sino de la intervención en una asociación destinada a realizarlos, al margen de si se ejecutan o no los hechos planeados. La idea de asociación no depende de criterios jurídicos - civiles, sino de Criterio jurídico - penales, que parten de las necesidades y fines del derecho penal, del bien jurídico protegido, de las exigencias de tutela y la descripción típica de la conducta contenida en la formulación legal.”

3. ASOCIACIÓN Y ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

a).- R. N. N° 3944-2004-Lima- FJ 4

“El delito de asociación ilícita para delinquir bajo los fundamentos de que quienes realizan los actos ilícitos son una agrupación con una organización, una permanencia y una concertación, destinada a cometer delitos, desnaturalizando el ejercicio legítimo de la libertad de asociación al trastocar su finalidad lícita constitucionalmente establecida, por un fin ilícito enfocando su conducta al desarrollo de proyectos criminales”.

4. CONDUCTA TÍPICA:

El artículo 317 del Código Penal, establece como conducta típica: “el que

forma parte de una organización de dos o mas personas destinada a cometer delitos”.

El formar parte de la asociación ilícita, se inicia con la afiliación y se extiende hasta el tiempo en el que se conserva el vinculo asociativo, en tal sentido, el formar parte es un estado temporal que dura mientras haya un vinculo que ligue al miembro con la organización, una vez que se rompe dicho vinculo recién se puede hablar que ya no se forma parte de algo.

Al respecto tenemos que en un comienzo no existía uniformidad en la jurisprudencia en los criterios a tomar en cuenta a efectos de determinar cuando *se formaba parte* de la asociación, tenemos así por ejemplo:

a).- En la Ejecutoria Suprema del 05-04-1999, Exp. 492-1999 Cono Norte De Lima,

*“ la conducta consiste en formar parte de una organización de dos o mas personas, destinadas a cometer delitos, esto es, que para la configuración de dicho ilícito se **requiere la existencia de la agrupación, que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o mas personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito.**”*

En esta Ejecutoria sólo hace alusión al acuerdo o pacto de dos o mas personas, en orden al objetivo de cometer delitos, pudiendo ser este acuerdo explícito o implícito.

b).- En la Ejecutoria Suprema del 12-05-1998, EXP. 782-1998 Arequipa, se hacía alusión dos o más personas que actúan de manera organizada y permanente en base a una estructura jerárquica, con la finalidad de cometer delitos.

c).- En la Sentencia de la Sala Penal RN° 1157-1999 Cono Norte De Lima, se estableció que no se puede sostener que existe asociación ilícita, por el mero hecho de haber sido detenidos en forma conjunta:

“, la conducta consiste en formar parte de la agrupación de dos o mas personas, destinadas cometer delitos; esto es, que para la configuración de dicho ilícito se requiere la existencia de la agrupación que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o mas personas, en orden al objetivo determinado por la ley; cometer delitos... la imputación contra los acusados en el sentido de que forman parte de una asociación delictiva, solo se sustenta en el hecho de haber sido detenidos en forma conjunta, circunstancia que por sí sola no es suficiente para afirmar que los referidos acusados forman una asociación delictiva, máxime si algunos encausados hacen referencias genéricas respecto a la comisión de delitos patrimoniales, lo que en todo caso configuraría su autoinculpación, no corroborada con medio probatorio alguno que haga presumir que efectivamente los encausados conforman la organización antes mencionada al no existir denuncias concretas que sindiquen a los acusados como presuntos autores del referido hecho delictivo; que, siendo esto así, los citados acusados deben ser absueltos de la acusación fiscal, en aplicación del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales”.

d).- En la Ejecutoria Suprema del 29-12-2004, Exp. 2220-2004 Ayacucho, se estableció que la figura delictiva en estudio exige:

“la agrupación de varias personas- siendo irrelevante la forma como se ponen de acuerdo-de manera relativamente organizada y duradera-no puramente transitoria-sobre la base de una estructura

jerárquica y división funcional de roles de sus integrantes, que tenga por objeto cometer indistintamente delitos plurales o promover su comisión, elementos que no se ha probado estén presentes en el caso de autos.”

Actualmente existe mayor coherencia y uniformidad al respecto:

e).- En la Ejecutoría Suprema del 17-05-2003 RN N°3158-2003

*“la actividad probatoria que explica el proceso no ha permitido confirmar la hipótesis criminosa contra los encausados, a quienes se les atribuye haber integrado una organización delictiva con el objeto de perpetrar delitos patrimoniales, en este sentido existe déficit de elementos probatorios, que permitan afirmar categóricamente su configuración, por cuanto: a) **no existe prueba que corrobore que la actuación conjunta de los agentes con el propósito de cometer delitos se realizó en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles, b) tampoco aparecen indicativos de una asociación permanente con el objetivo de cometer tales atentados patrimoniales, advirtiéndose por el contrario que la acción plural de los agentes solamente llegó a configurar el delito de robo agravado”***

f).- En la Ejecutoría Suprema del 04-05-2000, Exp. 177-2000 Trujillo. se estableció que la conducta requiere la existencia de una agrupación, que debe formarse mediante acuerdo o pacto de dos o más personas.

g).- En el mismo sentido la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 4-2006,¹²¹ en su Fundamento 12 señalaba que el tipo penal sanciona el

¹²¹ Acuerdo Plenario 4-2006/CJ-116, Fundamento 12 de fecha trece de octubre del 2006.

hecho de formar parte la agrupación- a través de sus notas esenciales, que le otorgan sustantividad propia: a) *relativa organización*; b) *permanencia o estabilidad* y c) *numero mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos*. *El delito de asociación se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.*

Finalmente en el fundamento 13, señala que resulta un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos preparados, y no de la propia pertenencia de la misma.

h).- Exp. N° 20-2003-A.V. Sala Penal Especial. FJ 30

“El delito de asociación ilícita para delinquir se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita -ilicitud que se deriva de sus propios fines de dos o más personas, cuyo objeto es cometer delitos. Dos elementos son imprescindibles para su configuración: (a) que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones; y, (b) como elemento tendencial o finalista, el propósito colectivo - de la agrupación - de perpetrar delitos.”

i).- En la sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, incidente. N° 105-2008-b, de fecha 22-04-2009, que confirma el no haber lugar para aperturar instrucción contra Alberto Quimper Herrera y otros, la cual en su fundamento noveno señala:

“esta agrupación no tiene una finalidad limitada, sino mas bien ilimitada en sus propósitos delictivos es una de las características por las que precisamente ese solo hecho de pertenecer a la agrupación determina la comisión del delito, aun cuando efectivamente no ha incurrido específicamente en delito alguno, resultando punible esa “intención” del agente de concurrir a esa asociación con los propósitos mencionados”

5. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es el orden público, al respecto Sebastián Soler ¹²² señala que debe entenderse por orden público la tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento

¹²² SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1983, p. 589.

pacífico de la vida civil. Otro sector de la doctrina define al orden público como *el estado de paz y tranquilidad que resulta del hecho que los individuos y las personas colectivas, ajusten su actividad a las normas que rigen la convivencia social.*

En el derecho comparado, la discusión del bien jurídico de este delito no es un tema pacífico, existen 3 tesis:

5.1. El recto ejercicio del derecho de asociación, por el cual se trata de salvaguardar el recto ejercicio del derecho constitucional cuyo abuso es punible. Esta posición no es aceptable pues se confunden el derecho subjetivo con el bien jurídico, así pues quien se asocia para matar no ejerce abusivamente el derecho a la asociación, no rebasa los límites de este derecho, sino que actúa fuera de todo derecho, actúa contra el derecho.

5.2 . El orden público, paz pública o tranquilidad pública, estos conceptos son vagos, la posición de la Paz Pública es sostenida en el ordenamiento penal brasileño, o la Tranquilidad Publica en Colombia u el orden público en Italia.

Como bien señala REAÑO PESCHEIRA¹²³ , la referencia al orden publico es etérea, pues la comisión de cualquier delito lesiona este bien jurídico, así pues en Argentina a pesar de que el delito penal se encuentra dentro de los delitos contra el orden público, la doctrina argentina no ha dudado en concretar el bien jurídico de este delito en la Tranquilidad Pública, a partir del hecho de constatar que la existencia de una asociación para delinquir produce una verdadera alarma colectiva.

¹²³ REAÑO, José, SAN MARTIN, Cesar y CARO, Dino: Delito de Trafico De Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita Para Delinquir, p. 284.

Esta postura resultaría ser la más adecuada, al respecto CARRARA¹²⁴ la define en su vertiente interna como un estado real de ánimo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, por temor o por ira y desde el punto de vista externo como el estado correspondiente del cuerpo que consiste en la ausencia de movimientos extraordinarios, impetuosos y compulsivo. Cuando esos estados se contemplan en un número indefinido de ciudadanos y posiblemente en todos, se usa la fórmula de la tranquilidad pública, se dice que ofende esta tranquilidad aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor, o de miedo, de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos.

5.3. Auto tutela del Estado, postura poco extendida.

Al respecto ZÚÑIGA¹²⁵ sostiene que se podría unir los dos últimos criterios, considerado que lo que se ofende es el orden público, entendido como la exclusividad del orden jurídico estatal, reconociendo que las asociaciones que tiene como fin cometer delitos, son instituciones que se confrontan con el Estado, el objeto de tutela sería precisamente el orden público entendido como el orden jurídico que emana del Estado legítimamente constituido, el cual se ofende cuando una asociación tiene finalidad cometer delitos

Otro consideran que se tutelan los bienes jurídicos amparados por otros delitos de la parte especial, sin embargo según el principio de proporcionalidad, la pena del delito de asociación es menor de la pena al delito fin. Además existiría una superposición de tutelas o doble tutela, ya que el bien jurídico protegido ya estaría protegido con la figura delictiva correspondiente.

¹²⁴ CARRARA, Francesco: Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VI, Bogotá, Themis 1973, p. 3014-3015.

¹²⁵ ZÚÑIGA, Laura: ob. Cit p. 293

Además la misma estructura y naturaleza del delito de asociación ilícita para delinquir, se consuma no cuando el delito se ejecuta, o se llega a prepararlo, sino cuando existe un vínculo asociativo y este tiende a la realización de hechos criminales.

En nuestra jurisprudencia, tenemos que si bien expresamente en pocas sentencias se hace referencia al bien jurídico de este delito, mayormente se hace referencia a la Tranquilidad Pública como el bien jurídico protegido en este delito:

a).- En la Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial de Lima, incidente. N° 105-2008-B, de fecha 22-04-2009, que confirma el no haber lugar para aperturar instrucción contra Alberto Quimper y otros, en su fundamento octavo se refiere a la Tranquilidad Pública, como bien jurídico protegido por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir y señala:

“este delito nos remite a una forma de delincuencia sumamente grave y bastante especial por lo que la conjunción de voluntades de varias personas con la misma resolución delictiva, causa una extraordinaria alarma social, motivo por el que precisamente dicho tipo penal está ubicado dentro del título de los delitos contra la Tranquilidad Pública. De la misma manera que las asociaciones licitas, abarcan un mayor campo de acción y mejores posibilidades de desarrollo y crecimiento, también las asociaciones ilícitas tienen ese ámbito de expansión lo que origina la especial connotación y gravedad de este delito.”

Siendo que en su fundamento Décimo Octavo define la Tranquilidad Pública

“el término tranquilidad pública posee un doble significado: desde un punto de vista objetivo, implica la coexistencia armónica y pacífica de los ciudadanos bajo el imperio del

Derecho y la soberanía del Estado, en cambio desde un punto de vista subjetivo, alude a un sentimiento de sosiego público, a una opinión de seguridad social, en cuanto base de la vida civil, la llamada Paz Pública.

6. REQUISITOS DE LA ASOCIACIÓN

Una organización, implica administración adecuada de medios, estrategias y recursos. Para tal fin debe contar con:

- objetivos
- medios y procedimientos
- rol de funciones
- reglas disciplinarias

No basta que sea un grupo de personas (cuantitativo) nada más, sino es necesario cierto grado de estructura y organización (cualitativo).

La gravedad de los métodos, medios, estrategias de un grupo de personas, por mas inclementes que sean, sino tienen permanencia, estabilidad, rol de funciones, idoneidad, para conseguir sus objetivos no constituirá asociación ilícita.

Debe existir además en la organización una Distribución material (plano horizontal) y una estructura jerárquica (plano vertical).

Se requiere idoneidad y aptitud de la organización, la cual debe ser necesariamente objetiva y determinable ex ante, valorando medios, estructura interna, y contar con los hombres idóneos para realizar sus objetivos, sino seria inofensiva, que no puede lesionar el bien jurídico

protegido. Esto es la organización debiera contar con:

- programa criminal
- delineación de delitos que va a cometerse y concreto plan criminal.
- sometimiento del asociado a la voluntad general o acuerdos colectivos (de hecho, por que no caben estatutos).
- acuerdo o pacto expreso o tácito.

Al respecto la base organizativa, no podría ser equiparada a la estructura altamente formalizada de una asociación civil lícita, pues no se requieren, pues no se requieren estatutos y reglamentos, sino que el requisitos de organización ha de entenderse como medio idóneo para alcanzar el objetivo permanente de cometer delitos. En la practica, tal base organizativa se traduce en una división funcional de roles y tareas, propia de toda forma de autoría plurisubjetiva.

Doctrinariamente se han establecido como características que permiten determinar la existencia de una organización criminal:

ESTABILIDAD Y PERMANENCIA, la asociación ilícita implica la existencia del acuerdo criminal entre dos o más personas que se *prolonga en el tiempo, acuerdo por tanto durable y estable, permanencia no se refiere solo a mantener la decisión del acuerdo criminal, sino a prolongar el numero máximo de asociados, organización adecuada, y el plan delictivo delineado en sus aspectos fundamentales.*

La estabilidad hace referencia a la estructura y base de asociación, en cambio la permanencia alude al grado de adhesión y pertenencia de los miembros a la empresa criminal.

No se establece un tiempo determinado, esto deberá ser de acuerdo al caso concreto, esto es a los planes, estructura, y particularidades de la asociación. Se excluye las organizaciones que tengan fines delictivos circunstanciales, no trascendentes.

Solo la permanencia permitirá el desarrollo gradual y adecuado del programa criminal, siendo que esta no se pierde aunque muchos de su miembros se encuentren presos, el status personal no es obstáculo para que se predique su permanencia y estabilidad. De lo que se concluye que la permanencia de la asociación es compatible con la posible contingencia de sus miembros.

Para que pueda hablarse de asociación criminal es necesario cierto elemento de permanencia, así como un mínimo de adhesión. Sin embargo ello no implica equiparar los conceptos de banda, ni de concierto o mera pluralidad de personas con el de asociación ilícita, puesto que la banda si bien también exige una permanencia y base organizativa, esto es sistema de trabajo y reparto de trabajo, empero el concepto de banda armada comporta un plus de dañosidad social en tanto su sola existencia produce un estado de terror en el población.

A nivel jurisprudencial, inicialmente se iban esbozando los matices de esta organización:

a).- En este sentido en la Ejecutoria Suprema del 16-05-2002, Exp. 6-2001 Lima, se estableció que:

“Que la incorporación a una organización delictiva no se produce como ene. Caso de las personas jurídicas lícitas, expresión del derecho de libre asociación mediante actos formales y hasta solemnes debidamente registrados y en todo caso sustentados en

prueba lícita, sino que en este ámbito de la ilegalidad y de lo antijurídico, se reduce a terminaos y rituales muy simples mantenidos en la ley del hampa mediante coacción (chantaje, extorsión y hasta la muerte); de allí que no es viable en estos casos exigir la existencia de la prueba documental o registral respecto de la afiliación a la organización”

b).- La Ejecutoria Suprema del 21-08-2003, RN 1874-2003 Lima, estableció:

“no se configura el delito de asociación ilícita para delinquir en razón a que dicho ilícito exige para su configuración: la formación de una agrupación o asociación organizada y permanente, un número mínimo de os integrantes, el conocimiento que se forma parte de una asociación delictiva y el acuerdo de sus miembros para cometer delitos, no apareciendo de la transcripción de fojas... que los antes citados hayan exteriorizado su decisión de formar parte una agrupación organizada y de carácter permanente destinada a la comisión de ilícitos penales, encontrándose arreglada a ley el auto superior de enjuiciamiento en el extremo que declara no haber merito para pasar a juicio oral”

c).- Ejecutoria Suprema del 13-01-2005, RN 3176-2004 Ucayali, se estableció que:

“que el delito de asociación ilícita materia de acusación no tiene fundamento probatorio alguno, pues no se ha acreditado que los imputados integraron-explicita o implícitamente-una organización, con una mínima estructura jerárquica y división de roles, destinados a cometer una pluralidad de delitos, más allá de su efectiva materialización.”

d).- Ejecutoria Suprema del 05-04-1999, Exp 492-1999 Cono Norte

De Lima, se estableció que:

“ la conducta consiste en formar parte de una organización de dos o más personas, destinadas a cometer delitos, esto es, que para la configuración de dicho ilícito se requiere la existencia de la agrupación, que debe formarse mediante el acuerdo o pacto de dos o más personas, en orden al objetivo determinado por la ley: cometer delitos, destacándose que dicho acuerdo puede ser explícito o implícito; en el primer caso está constituido por la clara expresión de voluntad en tal sentido, mientras que en el segundo, por medio de actividades unívocamente demostrativas de la existencia de la asociación, como por ejemplo el gran número de delitos realizados por las mismas personas, con los mismo medios o división de tareas delictivas a través de diversas actuaciones.”

**e).- Ejecutoria Suprema del 07-05-2003, RN 3158-2003
Lambayeque:**

“existe déficit de elementos probatorios que permitan afirmar categóricamente su configuración, por cuanto: a) no existe prueba que corrobore que la actuación conjunta de dos agentes con el propósito de cometer delitos se realizó en base a una estructura jerárquica y una división funcional de roles; b) tampoco aparecen indicativos de una asociación permanente con el objetivo de cometer tales atentados patrimoniales, advirtiéndose –por el contrario- que la acción plural de los agentes solamente llegó a configurar el delito de robo agravado, aunque los ilícitos objeto de condena se hayan suscitado en distintos periodos de tiempo y bajo similares modalidades”.

f).- En el mismo sentido la Corte Suprema ha señalado claramente y

como precedente vinculante en el **Acuerdo Plenario N° 4-2006**,¹²⁶ **Fundamento 12**, que el tipo penal sanciona el hecho de formar parte la agrupación- a través de sus notas esenciales, que le otorgan sustantividad propia: a) relativa organización; b) permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos.

g).- En la Sentencia De La Tercera Sala Penal Especial De Lima, Incidente. N° 105-2008-B, de fecha 22-04-2009, en su Fundamento Décimo en el cual se establecen las características generales de la asociación:

a) concurrencia de pluralidad de personas; b) Cuenta con una estructura organizativa por muy rudimentaria que esta sea; c) dirigen su accionar a la comisión de delitos; d) tienen estructura jerarquizada; e) sus propósitos son el beneficio personal o de terceros; f) tienen un grado de permanencia regular en el tiempo condiciones que por los fines de la organización, no tiene porque ser rigurosamente formales, ni debidamente estructuradas...”

7. AUTORÍA

En el congreso de Budapest, se señaló que las categorías tradicionales de la autoría y participación pueden no ser suficientes para encauzar la responsabilidad de estos individuos. En la medida en que las categorías tradicionales de autoría y participación son consideradas insuficientes, debería proveerse una prudente modernización de estas categorías a partir del principio de responsabilidad organizativa.¹²⁷

¹²⁶ Acuerdo Plenario 4-2006/CJ-116, Fundamento 12 de fecha trece de octubre del 2006.

¹²⁷ Asociación Internacional De Derecho Penal, Carta Informativa p. 921

El autor del delito debe cumplir el requisito formal (pertenecer a la asociación) y el requisito material (realizar actos objetivos a favor de la misma).

Se requiere para tener el título de autor en este delito el formar parte de ella, la cual no es una simple adhesión formal, sino de ejercicio, es decir que se le encuentre asignado en la misma un rol específico. Todo asociado debe cumplir con el rol que se le asigna.¹²⁸

Sin embargo en la jurisprudencia comparada, no siempre se ha exigido el rol específico, pues cuando se trata de organizaciones criminales, que por su dimensión, complejidad y envergadura se renuncia a exigir este requisito, limitándose a requerir la mera pertenencia.

Ahora bien cabe diferenciar la labor de aquellos sujetos que aportan una contribución objetiva para que la asociación cumpla su meta (vender armas o droga), pero sin pertenecer o unirse materialmente a ella. En este supuesto también estará aquella persona que es un simple brazo percutor, pero no pertenece a la misma.

En dichos casos el elemento subjetivo es determinante, esto es el sujeto activo debe tener la intención de pertenecer a la organización, asimismo aunado a ello deben darse la realización de actos materiales, sin embargo requiere además de la aceptación como miembros de las instancias correspondientes, pues el formar parte de una asociación no es algo que dependan del sujeto individual, sino de un acto soberano, libre y el cual dependen de los estatutos.

¹²⁸ Mario Valiante: *Il Reaqtio Associativo*, Guffre, Milano 1990, p. 99.

7.1.- ¿ES POSIBLE DIFERENCIAR AL QUE COLABORA DEL QUE FORMA PARTE DE LA ASOCIACIÓN?

Resulta acaso factible probar que sólo es un partícipe, pero que no forma parte de la asociación, a nivel jurisprudencial no existen criterios uniformes, ciertos y unívocos que de manera homogénea delimiten la zona de autoría y participación en este delito. En Italia por ejemplo niegan totalmente la participación en este delito.

Algunos consideran que se pertenece a una asociación con la contribución causal para la constitución y/o conservación de la asociación; otros consideran que se pertenece a la misma ya que se encuentran físicamente allí, otros consideran la mezcla de ambos, es decir para ser parte de una asociación se requiere una relación de pertenencia y una contribución para ser autores.

Entre las teorías al respecto tenemos:

1. **El Modelo Causal** considera que colaborar es pertenecer, pues no se podría distinguir colaboraciones prestadas desde el interior o desde el exterior de la organización. ejemplo: colaboración al terrorismo ley 25475, art. 4.

2. **El modelo organizativo**, considera que colaborar es distinto que pertenecer, pues el partícipe no tiene compenetración, no reúne la característica de estabilidad y permanencia, pues su ayuda es ocasional.

8.- PARTICIPACIÓN.

La participación, si es que como es común se configura después de la conformación de la asociación debe permitir la prolongación de vida, o su

consolidación, o mantener su capacidad operativa. Ahora bien cabe señalarse que la contribución debe estar dirigida al ente criminal y no sobre la persona del integrante, así pues puede ser que se preste ayuda al socio en particular, y que tal contribución no tenga incidencia directa favorable o beneficiosa en la asociación criminal, así pues por mas que importante y significativa que fuera esta, que objetiva y subjetivamente, esto es no ha sido querida, no repercute en la asociación.

Por tanto todo aporte o contribución por importante o decisivo que sea no configura el titulo de autor, si es que no cumple los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal de asociación ilícita, esto es formar parte, pertenecer o integrar una organización criminal

Instigación y complicidad, la primera al determinar a una persona a pertenecer a una organización criminal ya existente, o cuando se convence a crear o consolidar una asociación., asimismo la complicidad estará dada por el aporte esencial (complicidad primaria) o no esencial (complicidad secundaria) Estos actos pueden ser a nivel oneroso o gratuito, esto es indiferente para el tipo penal.

a).- En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema Exp. N° 816-94- Junin.

“No debemos olvidarlos del aspecto subjetivo, pues el colaborador debe conocer que esta prestando ayuda a una asociación criminal, a ello la jurisprudencia nacional ha llamado voluntariedad de la colaboración.”

b).- En el mismo sentido la Ejecutoria Suprema Exp. N° 705-1994-Junin.

“Ahora bien si de por medio existe amenaza se aplicaran las reglas de estado de necesidad o miedo insuperable.”

Para que los sujetos extraños a la organización criminal sean imputables penalmente como cómplices de delito de asociación para delinquir

darse el caso en que el participe efectuó una contribución de peso mayor que el integrante de la asociación, esta irreprochabilidad semejante, haría factible un quantum de pena similar, mas no el que se confunda ambos títulos de imputación.

8.1. ACTOS DE COLABORACIÓN EN LA ASOCIACIÓN Y EL ACTO MEDICO.

La Corte Suprema De La República en el R N°1062-2004, en su fundamento sexto y sétimo, estableció como diferenciar el cumplimiento de un acto médico de un acto de colaboración en la asociación, aunque estaba referida a una organización terrorista, resultan interesantes los argumentos esgrimidos:

“el acto médico para que sea un acto de colaboración, debe estar relacionado con las actividades y finalidades de la organización; pues por otro lado toma en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos del 18-11-2004, en la cual se señala que el acto médico no se puede penalizar, pues es un acto lícito, siendo que es un deber del médico prestarlo, asimismo no se puede denunciar al médico por omisión de denuncia de hechos que haya tomado conocimiento el médico a raíz del acto médico , pues tiene un deber, bajo sanción al médico que la incumplas, siendo que en el caso materia de autos se examino la conducta de un medico que brindo apoyo a heridos y enfermos de Sendero Luminoso, ocupándose no sólo de prestar ayuda médica, también de proveer medicinas, sino además de mantener la propia organización de apoyo estructural , pues trato de convencer a una de sus integrantes de que no se parte de la organización; de lo que se desprende que su actividad estaba relacionada con los fines de la organización terrorista,”

9.- TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.

En nuestro ordenamiento el delito de asociación para delinquir, se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, sin importar la realización de dichos ilícitos. El acto de afiliarse es uno instantáneo, sin embargo el tipo penal se refiere al formar parte, es decir además de ser integrante se requiere ser parte de ella, esto es va mas allá de la afiliación, pues requiere permanencia y estabilidad, por tanto el delito se consuma en el lugar y momento en que empieza a formar parte.

Respecto a la fase consumativa de este ilícito, el legislador ha optado por considerar a este delito como 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.¹³⁰

Esto es como se trata de un delito permanente, trae como consecuencia el plazo de prescripción del tipo de asociación para delinquir comienza a correr desde el día en que cesa la permanencia, esto es, cuando el agente abandona la asociación criminal, o esta se desintegra. Ello encuentra explicación en el carácter prolongado o de tracto sucesivo que caracteriza a la fase consumativa.

Existe correlación entre lo considerado en la doctrina, como en la jurisprudencia con relación al momento en que se consuma este delito:

¹³⁰ MIR Santiago: Derecho Penal – Parte General, Barcelona PPU, 1990 p. 216-217.

a).- Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 FJ 12.

“El indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación – a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de: a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad, y c) número mínimo de personas – sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.”

Asimismo existe uniformidad de criterios jurisprudenciales, en cuanto se trata de un delito permanente:

b).- La Sentencia de la Tercera Sala Penal Especial De Lima, incidente. N° 105-2008-b, de fecha 22-04-2009, en su fundamento décimo cuarto hace referencia a su naturaleza de delito permanente:

“Este delito por su propia naturaleza es delito permanente, pues su actividad delictiva se prolonga durante el tiempo que permanezca latente la organización y los intervalos de tiempo que por razones de estrategia delictiva y otras causas se dispersa no constituyen la extinción de la actividad delictiva, si la voluntad de permanencia del grupo subsiste...el delito se consuma en el momento de que se concreta el acuerdo de las personas para constituir la agrupación, aun cuando los efectos de prolonguen en el tiempo.”

c).- Exp Nro 20-2003-A.V. (Sala Penal Especial – CSJR)

El delito de Asociación Ilícita para delinquir es un delito autónomo, de

convergencia , de peligro abstracto y de carácter permanente, que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita – ilicitud que se deriva de sus propios fines – de dos o mas personas , cuyo objeto es cometer delitos – dos elementos son imprescindibles para su configuración : a) que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad , y cierta organización en la que quepan distinguir funciones ; y b) como elemento tendencial o finalista, el propósito colectivo - de la agrupación - de perpetrar delitos.”

d).- R. N. N° 3944-2004-Lima- FJ 5, establece el carácter de delito permanente:

“El delito es de carácter permanente cuando la acción antijurídica y su efecto necesario para la consumación del hecho delictivo pueden mantenerse sin intervalo por la voluntad del agente, de tal, manera que cada momento de su duración debe reputarse como una prórroga del estado de consumación. Es así que la prolongación de la actividad antijurídica y su efecto consiguiente, cuyas posibilidades dilatorias dependen de la acción indicada por el verbo principal empleado por el tipo penal, viene a determinar en realidad, el tiempo que dura la consumación. La finalización de este dinamismo prorrogado puede producirse ya sea por la decisión del agente o por causas extrañas a su voluntad como sería, por ejemplo, la intervención de la autoridad policial, dicho esto, la asociación ilícita para delinquir materia de autos es un delito permanente como así también lo reconocen la resolución de vista y la defensa de los encausados en los recursos de su propósito.

10.-ASOCIACIÓN ILÍCITA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

a).- Exp Nro 304-2005- 4SP Trujillo- FJ. 3

Que, sin embargo, pese a que el acusado ha aceptado también ser autor del delito de asociación ilícita para delinquir previsto en el Artículo trescientos diecisiete del Código Penal, modificado por la ley veintisiete mil trescientos cincuenta y cinco, en autos no se ha demostrado que dicho acusado forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos; aunado a ello no se ha determinado su rol de integrante, ni las tareas dentro de la organización, estando por tanto la conducta del acusado subsumida en el artículo ciento ochenta y nueve incisos dos , tres y cuatro del mismo texto punitivo modificado por la ley veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos.

Si bien el acusado puede aceptar su culpabilidad, no es suficiente ello, puesto que debe ser corroborado con prueba adicional, toda vez que el formar parte de la asociación tiene como un elemento característico la profunda compenetración que debe caracterizar la relación entre el sujeto y la asociación .

11.- PRINCIPIO ACUSATORIO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR.

a).- STC N.º 04799-2007-PHC/TC

El recurrente afirma que la Sala Penal Nacional Especial lo condenó "(...) por la modalidad agravada del artículo 317(2do párrafo) del Código Penal, mediante sentencia del 15 de diciembre 2003 expedida por la Primera Sala Penal Especial... (Exp. 08-2001) sin que el

accionante tuviese la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para los delitos de los cuales fue instruido y juzgado(...), vulnerándose el principio acusatorio y el derecho de defensa.

El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses. En la Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se condenó al recurrente por la modalidad agravada del delito previsto en el artículo 317° del Código Penal, sin embargo el Fiscal no había señalado en la acusación los hechos referentes a la circunstancia agravante contenida en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, ni invocó el segundo párrafo de dicha figura penal, consecuentemente, no pudo someterse a contradicción tal circunstancia ni existe semejanza entre los hechos acusados y los hechos finalmente materia de condena, por lo que es de rigor enmendar el fallo de instancia al límite incorporado por el Ministerio Público y, con ello, superar la incongruencia que importa un fallo ultra petita".

La Corte Suprema subsana el vicio incurrido en la sentencia al haber condenado por la modalidad agravada del delito de asociación ilícita para delinquir, hecho que no fue materia de acusación, a fin de entenderse como asociación ilícita en la modalidad simple, a fin de no vulnerar el derecho de defensa y el principio acusatorio, y el derecho a probar puesto que en la instancia no se no pudo aportar pruebas ni oponerse al hecho materia de condena.

12. JURISPRUDENCIA PENAL ESPAÑOLA SOBRE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

El Derecho penal español no contiene un concepto preciso de asociación ilícita, si bien el *artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, introducido por la *Ley Orgánica 5/1999*, ofrece un concepto de criminalidad organizada al decir que "... se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes...". Se infiere que una primera nota de la asociación ilícita es la permanencia o reiteración en la realización de conductas delictivas. La Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992, 28 de octubre de 1997, 3 de mayo de 2001 y 23 de marzo de 2005) ha señalado como rasgos definidores los siguientes: 1ª) la agrupación de personas para la consecución de un fin, unión que no ha de ser esporádica sino que ha de tener cierta duración en el tiempo o estabilidad; 2ª) que la unión esté presidida por ideas de estructura jerárquica y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros miembros que ejercen la jefatura; 3ª) que exista una voluntad colectiva de comisión de delitos, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar; y, 4ª) una estructura adecuada para la comisión de los fines propuestos.

En este caso analizaremos algunas sentencias del Tribunal Supremo Español, y dentro de cada una denotaremos las consideraciones que tiene este Supremo Tribunal a efectos de considerar cuando se forma parte o pertenece a una asociación, la prueba indirecta como medio de prueba de la existencia de la Asociación Ilícita para delinquir.

12. 1. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO - SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, DE 03 DE MAYO 2001. RECURSO N° 19/2000.

a).-La importancia de la prueba indirecta en el delito de asociación ilícita para delinquir.

El presupuesto fáctico de la existencia de una asociación ilícita, y en particular del acuerdo de voluntades concertadas entre sus integrantes, difícilmente puede sustentarse en pruebas directas por la elemental razón de que ni tales acuerdos suelen documentarse ni tampoco celebrarse en presencia de testigos.

Fuera de los casos de confesión de sus integrantes, la prueba indirecta o indiciaria es el normal instrumento probatorio de su demostración, y el que en este caso ha valorado la Sala de instancia. En efecto, la permanencia de los acusados en España, su distribución en distintas viviendas alquiladas todas por uno de ellos, y la localización en ellas de numerosos efectos e instrumentos para la sustracción de vehículos, y la falsificación de documentos, unido todo al dato de la reiteración de los robos, a la estabilidad de la infraestructura utilizada para su comisión, y la repetición de la misma dinámica comisiva desde el apoderamiento de cada vehículo hasta su salida de España para su venta en el territorio ruso, constituyen datos objetivos de los que racionalmente se desprende una verdadera organización, establecida en España destinada al robo y posterior venta de vehículos a través de una infraestructura material y humana, de carácter permanente y estable, que implica por sí misma el concierto de voluntades para asociarse con fines delictivos .

b).-En cuanto a la pertenencia

“...la Sala de instancia contó también con suficientes indicios: estaban alojados en las viviendas, alquiladas por uno de ellos, en las que se encontraron los numerosos efectos e instrumentos propios de la actividad

que desarrollaban; en ellas se vio entrar y salir vehículos con placas cambiadas, y en su interior localizó la Policía alguno de los vehículos robados.”

**12. 2 SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL - MADRID, SECCIÓN 15ª
Nº 218/2003, DE 12 DE MAYO 2003**

a).- Prueba de la existencia de la Asociación Ilícita.

“la pertenencia a la ilícita asociación precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y; el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

b).- Independencia del Delito Fin

el delito de asociación no se consume cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca la finalidad ya inicialmente delictiva, sin que quepa confundir este delito con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social

c).- Asociación y Participación Delictiva

“tampoco puede considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia ésta en el carácter de inestabilidad de su

existencia y en la concreción del delito a realizar.

“...Ni siquiera ha establecido cual es la jerarquía de la organización, limitándose a exponer en el informe final que existe organización porque se trata de varias personas que persiguen un fin concreto con idea de permanencia, los cuatro hermanos Amparo , y Frida , compañera sentimental de uno de ellos, aunque Amparo no haya comparecido y otro de los hermanos haya fallecido, cuando la acusación se dirige exclusivamente contra dos de los hermanos Amparo y Frida , faltando por tanto otro de ellos, más el fallecido, desconociéndose absolutamente que tipo de trabajos desarrollaban estos dos, contra los que no se ha dirigido acusación alguna, y que lugar, en su caso, ocupaban en la estructura jerárquica”.

12. 3 SENTENCIA DE AUDIENCIA PROVINCIAL - MADRID, SECCIÓN 15ª Nº 218/2003, DE 12 DE MAYO 2003

a).- Prueba de la existencia de la Asociación Ilícita.

“la pertenencia a la ilícita asociación precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y; el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”

12. 4 Sentencia de Audiencia Provincial - Lleida nº 141/2002, de 06 de Marzo 2002

a). asociación y participación

Precisamente por ésta razón no existirá asociación ilícita para delinquir cuando en el desenvolvimiento del fin social de una entidad se hubiera perpetrado algún delito ni tampoco en los casos en los que una pluralidad de personas se hallaren integradas en una asociación, puesto que estos supuestos tiene mejor encaje en las modalidades de codelincuencia o de coparticipación.

b).- Prueba de la existencia de la Asociación Ilícita.

“Y por lo que al presente caso se refiere no se aprecia en la pluralidad de personas que directamente o mediante su necesaria cooperación intervinieron en la ejecución de aquellos delitos, se hubieran asociado o hubieran aprovechado aquella estructura para su comisión, pues no existe una infraestructura, con vocación de estabilidad y permanencia, diseñada para llevar a cabo aquellos delitos. Antes bien, de lo actuado resulta debidamente acreditado que las sociedades mercantiles constituidas por José Augusto, Ángel y Cosme tuvieron realmente un giro y una actividad comercial, aunque debido a su deficiente gestión, a la elevada deuda bancaria, a su exclusiva financiación externa - según manifestó el contable Carlos Jesús - y a las elevadas inversiones llevadas a cabo, pronto incurrieron en importantes pérdidas. Fue precisamente este el motivo que determinó la necesidad de obtener nuevas formas de financiación ya que, como reconoció el propio José Augusto en el acto de juicio oral, el déficit económico que arrastraban unido a la falta de liquidez les impedía obtener una línea de crédito a través de los cauces ordinarios”.

“Por lo demás tampoco se observa una organización estructurada jerárquicamente sino simplemente la intervención de una pluralidad de personas guiadas por unos fines y unas motivaciones propias y distintas a las de los demás. Por lo tanto, si a través del desenvolvimiento de aquellas

sociedades mercantiles se cometieron diversas infracciones, con colaboración de otras personas ajenas a ellas, se tratará más que de un delito de asociación ilícita de una modalidad de codelincuencia a resolver a través de las reglas generales que rigen la participación”.

12. 5 Sentencia de Audiencia Provincial - Granada nº 281/2004, de 14 de Mayo 2004

a) SOBRE BIEN JURÍDICO

“En el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.”

b).- Consumación

“El delito de asociación no se consume cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (Sentencias de 28 de octubre de 1997 y 3 de mayo de 2.001).-No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe

estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar (Sentencia de 17 de enero de 1986)”

c).- ASOCIACIÓN Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA

En el presente caso, ha de estimarse que estamos ante un supuesto de codelincuencia entre dos socios que explotan un local de alterne y que se proveen de ciudadanas extranjeras, en este caso rusas, para el ejercicio de la actividad, pero sin concurrir las características propias del delito de asociación ilegal que se les imputa. Ni por la relevancia de los medios empleados, ni por el número de integrantes de la supuesta asociación (se trata de dos socios, pues, por lo que se dirá, no se estima acreditado que la acusada Carmela formase parte de la misma), ni por la duración, estabilidad o fines de la actividad (la dos primeras han sido ya valoradas, además, para perfilar las infracciones delictivas como continuadas y los terceros consistían en la explotación del local), permiten sustentar la apreciación, además de los ya expresados delitos contra los derechos de los trabajadores, del delito de asociación ilegal. Más bien nos encontramos, como se ha dicho, ante un caso de coparticipación en la comisión de los citados delitos.

12.6.-Sentencia de Audiencia Provincial - Madrid nº 115/2007, de 18 de Octubre 2007

a).-SOBRE BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. El delito de asociación no se

consume cuando se cometen infracciones penales concretas, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (Sentencia de 28 de octubre de 1997). No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos en su desenvolvimiento.

b).- Prueba de la existencia de la Asociación Ilícita.

En el supuesto de autos nos encontramos ante una asociación de carácter estable, organizada con una jerarquía interna, integrada por jóvenes latinos sometidos a una jerarquía con distintos estamentos, con signos de identidad y medios de comunicación propios, que se ha visto involucrada en delitos de lesiones, robos con violencia, agresiones sexuales robos y hurtos de vehículos y amenazas habiéndose incautado en diversas ocasiones armas de fuego y armas blancas. Tal conclusión no se deduce solo del informe emitido por la Brigada Provincial de Información de la DGP que ha sido objeto de comentario en el fundamento anterior, sino también de las declaraciones que han venido prestando los testigos describiéndola como banda integrada fundamentalmente por jóvenes latinos en la que había tres estamentos básicos: Jefe, Primicias y Supremos, que tenía unas normas para entrar y salir de la banda, unas reglas de conducta y destaca por una actitud violenta continuada con agresiones continuas de toda índole, siendo ya conocida por los funcionarios de policía que depusieron en el acto del Juicio Oral, tal y como expuso el instructor del atestado señalando que tenían informaciones de que Luis Andrés pertenecía a la banda Forty Two, que habían identificado a varias personas varias veces y que Gustavo era el jefe, añadiendo el funcionario número NUM001 que en la banda había unos supremos por debajo del jefe y primicias que eran una escala inferior a los supremos.

“La existencia de la asociación y la pertenencia a la misma de Luis Andrés no solo ha sido reconocida por el mismo, sino también descrita por los distintos testigos que depusieron en el acto del Juicio Oral en los términos

expuestos en el fundamento anterior.”

b) DEJAR DE PERTENECER

“Únicamente resta señalar en este apartado que el hecho de que Luis Andrés quisiera salir de la banda no solo no le exime de responsabilidad, sino que no ha quedado acreditado tal y como ha sido expresado en el Fundamento anterior”.

12.7.-Sentencia de Audiencia Provincial - Murcia nº 23/2005, de 26 De Julio 2005

a) No Basta El Concierto De Varias Personas

No aparece descrita, en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, una estructura parecida porque no es suficiente para afirmar, sin lugar a dudas, su existencia que dos personas propongan a una tercera trasladarse a otro país para dedicarse a la prostitución, le paguen el viaje y faciliten su conexión, en el punto de destino, con la persona que se propone explotar aquella inmoral actividad. Ello debe ser definido como una acción criminal concertada en que los codelincuentes asumen distintos papeles - captación, envío y recepción del inmigrante ilegal- pero no forzosamente una asociación u organización dedicada al tráfico ilegal de personas.

b) estabilidad como presupuesto

"pese a la vehemente sospecha de la existencia de una infraestructura organizada en la que se hace necesaria la colaboración de personas que desempeñen distintas funciones (...) no puede sostenerse con base a la prueba realizada la existencia de tal organización estable con participación de los acusados".

A lo que puede añadirse que de la declaración probada se desprende -qué duda cabe- una transitoria colaboración entre varias personas, pero reveladora tan sólo de la mínima organización necesaria para llevar a cabo

de forma conjunta, hecha abstracción de las sospechas a que hace referencia el Tribunal, una ocasional operación de tráfico de personas que se desplazan entre puntos geográficamente muy distantes.

12.8.-Sentencia de Audiencia Nacional - Sala de lo Penal nº 37/2008, de 02 de Junio 2008

a).- organización y permanencia

"El mismo concepto de organización o asociación implica una cierta permanencia o voluntad de permanencia. Los adjetivos "transitorio" y "ocasional", utilizados en esta norma penal, nos obligan a conceder a este elemento una significación amplia. Desde luego, una codeincuencia en un solo hecho delictivo, y realizada en unas circunstancias que no revelaran la voluntad de continuación en otras actividades criminales de la misma clase, no encajaría en esta agravación específica. Esa permanencia ordinariamente queda de manifiesto por la clase de medios utilizados para delinquir.

"En efecto, es claro que el concepto de organización comporta una modificación cualitativa de la participación de varias personas en el delito, capaz de aumentar su capacidad ofensiva. Los elementos que permiten determinar estas circunstancias son tan variadas como pueden ser las formas que adopte cada organización. Sin duda entre estos elementos puede figurar la gran cantidad de droga que sea puesta en circulación en cada operación, cuando para ello sea necesaria una distribución de tareas de cierta complejidad. Pero, en todo caso, la comprobación de que probablemente uno de los partícipes tenga una posición directiva y otros una subordinada en la adquisición y la distribución de la droga, aunque se trate de un delito continuado, no es suficiente para equiparar ese conjunto a una organización. La organización exige la coordinación de diversas actividades

individuales de una cierta complejidad en la realización del plan delictivo.

b).- Organización y participación delictiva

En este sentido, la organización da lugar a un concepto abierto, en el sentido admitido en la doctrina moderna de la autoría y la participación, que permite definirla como la coordinación de la complejidad de la empresa delictiva planificada. Es preciso tener en cuenta en la interpretación del concepto de organización que ya el tipo básico del delito ha unificado todas las formas de cooperación bajo el concepto unitario de autor, que extiende a toda participación la calidad de autoría. La organización, por lo tanto, es, en realidad, una agravante de segundo grado, que requiere una actividad de coordinación semejante a la de una empresa, aunque sea puntual y de pequeña entidad, pero cualitativamente diferenciable de la simple concurrencia de personas en el delito.

En primer lugar, ha quedado acreditada la problemática surgida en cuanto a la recepción de la sustancia estupefaciente, y su entrega a cuenta, condicionada a entrega parcial y abono de precio en fecha determinada, lo que no se corresponde con la participación en la organización sudamericana. Aparece deslindadas, la fase de producción, la de transporte y la de distribución, lo que es incompatible con la organización.

En cuanto a la relación entre Juan Francisco y Juan Ignacio no puede ser considerada mas que la prestación de unos servicios por este a aquel, en orden a la ocultación de la titularidad de los vehículos, mediante el pago de una cantidad, realizada en este caso con conocimiento de la ilicitud de la acción, como en casos anteriores, según manifiesta el propio coprocesado Juan Ignacio, pero sin que de ello se desprenda una organización entre ambos, en los términos requeridos por la citada jurisprudencia, lo que motiva la absolución de los acusados respecto de esta

12.9.-Sentencia de Audiencia Nacional - Sala de lo Penal nº7/2008, de 13 de Febrero 2008

a).-asociaciones ilícitas

entre las asociaciones constitucionales ilícitas y las penalmente relevantes existen notables diferencias, porque en el número 1o del artículo 515 no se incardinan todas las asociaciones que eventualmente puedan perseguir fines delictivos, sino sólo aquellas que tengan por objeto cometer algún delito o promuevan su comisión. Según la STS 234/2001, de 3 de mayo, se exige cierta determinación de la ilícita actividad, aunque sin llegar a la precisión total. El precepto penal es, en consecuencia, más estricto que la norma constitucional. Y lo es mucho más, tras la reforma operada por la LO 11/2003, que añadió a las que las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

b).-Ausencia de acuerdo de voluntades

En el caso sometido a enjuiciamiento, no se ha acreditado el concierto de voluntades entre los acusados, tan sólo existe identidad en cuanto al "modus operandi", estando ausente la pluralidad de individuos, pues a pesar de que algunos se conocían entre ellos, operaban de forma individualizada y no conjunta, tal y como se describe en el relato de hechos probados, sin que exista un nexo de unión entre unos y otros, en especial en relación con Jesús Carlos e Carlos Manuel, carente además de la jerarquización de funciones, y de la necesaria permanencia para ser considerada una asociación delictiva.

CONCLUSIONES

1. Hasta la actualidad no existe en la dogmática un consenso sobre el contenido del concepto de bien jurídico, lo que si queda claro es que el concepto de bien jurídico ha evolucionado de un concepto subjetivo hacia un concepto material colectivo y paralelamente se ha desarrollado un concepto de bien jurídico como protección de la norma social.
2. El Derecho Penal está siendo cuestionado por el crecimiento de la delincuencia y el crimen organizado que hace que el sistema de justicia penal no funcione para combatir la delincuencia, por ello se hace necesario evaluar nuevamente el concepto de bien jurídico que se encuentra ligado a los fines del Derecho Penal, en ese sentido proponemos como contenido del bien jurídico una posición mixta, esto es: a) que el bien jurídico deberá comprender un contenido material, y b) incluir dentro del bien jurídico la lesión de la vigencia de la norma.
3. Consideramos que ambas posiciones deben servir de sustento al concepto de bien jurídico entre otros motivos porque el concepto material del bien jurídico contiene el objeto concreto susceptible de ser lesionado que permitirá que en unos delitos sea más fácil identificar la acción ilícita. Mientras que las normas sociales que contienen a su vez relaciones sociales, tienen en su interior bienes jurídicos materiales en protección y buscan proteger la expectativa social que fluye de las comunicaciones sociales, de que todo individuo debe respetar las normas sociales, en este caso para analizar el delito deberá tenerse el cuenta el contexto social, esto es, las relaciones sociales determinaran su contenido.
4. Con esta posición mixta no se infringe el Principio de Lesividad, pues al formar parte del concepto de bien jurídico, la norma y el bien material, siempre se podrá identificar que es lo que se está dañando con la conducta humana ilícita.

5. Siguiendo la posición mixta asumida concluimos que en el delito de Asociación Ilícita para delinquir el bien jurídico vulnerado sería: a) la tranquilidad pública, bien jurídico de carácter colectivo, que busca mantener la ausencia de toda conmoción violenta que afecte las relaciones sociales y por ende vivir en armonía; y b) vulnera la confianza de reunirse que tienen todas las personas para realizar actividades lícitas, expectativa social que tienen todos los ciudadanos que integran una sociedad organizada.

6. El delito de asociación ilícita para delinquir, es un delito perteneciente a la criminalidad organizada, al cual más que castigar penalmente por los hechos delictivos que pueden realizar organizadamente, prevalece una notoria presencia del derecho penal del enemigo al castigar este delito desde el momento de su gestación.

7. El tipo penal peruano establecido en el artículo 317, se consuma con el sólo hecho de formar parte de la agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que para que se configure el presente delito no es necesario que se empiecen a ejecutar los actos planteados en el organigrama criminal.

8. El delito de asociación ilícita para delinquir es un delito permanente, ya que la actividad delictiva va a prolongarse en el tiempo, iniciándose desde que de hecho el autor realice alguna actividad o rol en la misma, conforme al plan criminal estructurado.

9. Las conductas delictivas destinadas a cometer en la organización tienen que ser sumamente graves, que causan una fuerte alarma social, un estado de inseguridad ciudadana, que vaya más allá de la tradicional delincuencia individual, esto es que ponga en jaque al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, sostenemos que la reacción frente a la delincuencia organizada no sólo se

dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social.

10. Ha decrecido fuertemente el nivel de protección jurídica en América y Europa la tradición garantista asociada a un Derecho penal de corte liberal, que tiene como paradigma al delincuente individual y que ignora la delincuencia de grupo, actualmente las tendencias van dirigidas específicamente a combatir el crimen organizado, y las propuestas de futuro giran en torno a fortalecer las medidas de reacción frente al crimen organizado, promover la cooperación para prevenir y controlar más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, con especial referencia a los delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas de fuego y lavado de dinero, corrupción de funcionarios, terrorismo, tráfico de seres humanos y de inmigrantes.

11. A nivel jurisprudencial observamos una evolución hacia la unificación de criterios en cuanto a los elementos típicos del tipo penal, pues se han establecido claramente los presupuestos para determinarse cuando estamos frente a una Asociación Ilícita, desde cuándo y hasta el sujeto activo forma parte de la organización, la diferencia entre el ser autor del este tipo penal y la participación en otro delito, en establecer a la Tranquilidad Pública como el bien jurídico protegido, los presupuestos para ser autor o complice del mismo y la diferencia de esta colaboración con el cumplimiento de deberes legales, asimismo en cuanto a la tentativa y consumación.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VASQUEZ, Manuel. Acerca de la Teoría de Bienes Jurídicos, En: Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, Editorial Idemsa, Edición Agosto - 2007, Lima – Perú.

ABANTO VASQUEZ, Manuel. Derecho Penal Económico. Consideraciones Jurídicas y Económicas, pág. 71, primera edición, Idemsa, Lima, 1997; el mismo. El Derecho de la Libre Competencia, primera edición, Edit. San Marcos, Lima.

ABANTO VASQUEZ, Manuel. El Derecho de la Libre Competencia, Primera Edición, Edit. San Marcos, Lima, 1997.

ALCACER GUIRAO, Rafael. ¿Lesión del Bien Jurídico o Lesión del Deber?, Editorial Jurídica Grijley, Edición, 2004.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, Instrumentos Jurídicos Internacionales contra el Crimen Organizado. Editado por el Consejo de la Judicatura Federal, UNAM, México 1997.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, Reforma Constitucional y Penal, Editado por la UNAM, México DF 1996.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal - Parte General, Editorial Praxis S.A. Segunda Edición - 1999, Barcelona – España.

BOCKELMANN, Paul, Relaciones entre autoría y participación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General, 3era,

Edición, Barcelona 1989.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta Edición, Barcelona 1994.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, Derecho Penal, Parte General, Editorial Ara Editores, Edición 2004.

CABAÑAS, Fernando, El Crimen Organizado en el siglo XXI, Anuario de Derecho Penal, Tomo XCIV, Fasc. I, Enero – Abril de 2001, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 2001

CANCIO MELIA, Manuel y SILVA SANCHEZ, Jesús María, Delitos de Organización, Editorial IBdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008

CARNEVALI, Raúl; FUENTES, Hernán. "Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000". *Polít. crim.*, N° 6, 2008, D1, pp. 1-10. http://www.polPESCHIERA, José Leandro.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf

CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jackobs. En: Revista de Derecho, Themis, N° 35, Segunda Epoca, 1997

CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. VI. Bogota, Temis 1973, 3014 y 3015.

CARRARA, F., Programa de Derecho Penal, Trad. De Piero Arredondo, Editorial La Ley, Buenos Aires 1956

CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal. Parte General. Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luís. Asociación para delinquir, Editorial Jurídica Grijley, Edición 2005, Lima, Perú.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio "Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris Europeo", La Ley, I y II, números 4475 y 4476, febrero 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia, Madrid, 2001

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, La organización criminal. Tratamiento penal y procesal, Madrid, 2000.

CREUS, CARLOS, Derecho penal parte Especial, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires 1999.

DONNA, Derecho Penal. Paz-te esfiencial cit., 1.1, Homicidio culposo,

DUARTE, R.: La globalización y el riesgo del crimen organizado transnacional. Mimeo, México 2004

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Asociación ilícitas en el Código Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

GIULIANO TURONE en su trabajo "L'impostazione dell'inchiesta sulla criminalità organizzata" de la obra Manuale Pratico dell'Inchiesta Penale - Giuffrè Editore, Milán 1986.

- GOMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal. Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1939.
- HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal – Parte General I, Editorial Grijley , 3era Edición, 2005, Lima – Perú.
- JAKOBS, Günther. ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la norma?, Ediciones Jurídicas Cuyo - Mendoza, 2001; Traducción de Manuel Cancio Meliá.
- JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997,
- LUPSHA, P.: Transnational organized crime versus nation-state. Transnational Organized Crime; New York 1996
- MAZUELOS COELLO, Julio F. Revisión Crítica de la Teoría del Bien Jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. En: Derecho penal y sociedad. Tomo I. Estudio sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación, Editorial Universidad de Externado de Colombia, Edición Octubre 2007, Colombia.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 7ma Edición, 2004, Editorial IBdeF, Montevideo, Buenos Aires – Argentina.
- MOCCIA. Sergio, "El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales", en Revista Canaria de Ciencias Penales, n.º 5, julio 2000.
- MOMMSEM, Teodoro, Derecho Penal Romano, Editado POR González Gil, Casa editorial, rad. del latín por Herminio Arizabal, Barcelona 1896.

MOMMSEN, Teodoro, Derecho Penal Romano, Editado por F. Góngora y Compañía, Editores, Puerta del Sol Nº 12, Madrid 1912.

MORENO GONZÁLES, RAFAEL, Enfoque criminológico del crimen organizado, Reforma del Código Penal de 1996, Editado por la UNAM, México 1997.

MORENO, Rodolfo, El Código Penal y sus antecedentes, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, T. II A VII,

NOGUERA RAMOS, Iván. Fundamentos del derecho penal (Parte General)

OLMEDO CARDENETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal, Ara Editores, Edición 2002, Lima – Perú.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal, Editorial Grijley, Edición 2008, España.

RAMOS MEJIA, Enrique, Los delitos contra la tranquilidad publica en la ley de reformas al Código Penal, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 1, La Ley, Buenos Aires, enero-marzo de 1968.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Autoría y Participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita; En: Los Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para delinquir, Editores Juristas, Edición 2002, Lima.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. VI. Bogota, Temis 1973.

RESA NESTARES, C. (2001): Autoridad estatal, gobernabilidad democrática y delincuencia organizada transnacional. Disponible en www.uam.es/personal/pdi/economicas/cresa/text1.html.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando, El delito de Asociación Ilícita. Aspectos penales y procesales, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, Anuario de Derecho Penal, Tomo XXVI, Fasc. II, Mayo – Agosto de 1973, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1973.

ROJAS RODRÍGUEZ, C. (2001): Corrupción: Eje fundamental sobre el que descansan las formas de crimen organizado. En www.revistaforum.com/espanol/articulos/123101artprin1.html

ROXIN Claus. Derecho Penal - Parte General. Tomo I, trad. A la 2da Edición Alemana por Diego- Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, reimpresión a la 1era Ed. Civitas Madrid, Edición 1999.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Anuario de Derecho Penal, Tomo XXIV, Fasc. I, Enero – Abril de 1971, Editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, J.L., "Comentario a las circunstancias agravantes 8.a, 9.a y 10.a del art. 344 bis a) del Código Penal", en Comentarios a la legislación penal, tomo XVII, EDERSA, Madrid 1996.

SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, t. 4, Editorial Rubinzal Culzoni, 1978,

- SOLER, SEBASTIAN, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Asdtrea, Buenos Aires 1999.
- URQUIZO OLAECHEA, José. El Bien Jurídico, En: Cathedra - Espíritu del Derecho, N° 2, Año 2- Mayo 1998.
- VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?", en Revista Penal, n.º 2, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal - Parte General, Editora Jurídica Grijley, Primera Edición, Marzo - 2006, Segunda Reimpresión Agosto - 2007, Lima. Perú.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal – Parte General. Tomo III.
- ZIFFER, Patricia. El delito de Asociación Ilícita, Editorial AD-HOC. Primera Edición, Agosto 2005.
- ZIFFER, Patricia, Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita, en L. L. del 24-12-2001.