

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y PROCESAL PENAL



**LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DELITO DE REVELACIÓN
INDEBIDA DE IDENTIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO:
ASPECTOS POLÍTICO CRIMINALES Y DE DOGMÁTICA PENAL**

**Tesis presentada para obtener el Grado Académico de Maestra
en Derecho con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal**

PRESENTADO POR:

M. Sc. RAQUEL FLORES BARRANTES

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DELITO DE REVELACIÓN
INDEBIDA DE IDENTIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO:
ASPECTOS POLÍTICO CRIMINALES Y DE DOGMÁTICA PENAL**

Mg. RAQUEL FLORES BARRANTES

AUTOR

Dr. FREDDY HERNANDEZ RENGIFO

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para obtener el Grado de: **MAESTRA** en Derecho con mención en Derecho Penal y Procesal Penal

APROBADO POR:

DR. JOSÉ MARÍA BALCÁZAR ZELADA
PRESIDENTE DEL JURADO

DR. AMADOR MONDOÑEDO VALLE
SECRETARIO DEL JURADO

MG. RICARDO PONTE DURANGO
VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE, OCTUBRE 2019

DEDICATORIA:

A mis padres, doy gracias a Dios por permitirme disfrutar cada momento de mi vida a su lado. Hoy concluye todo el esfuerzo y dedicación que demandó la realización de esta tesis, pero el camino continúa por la vida y dentro de este camino, tengo claridad y certeza de que mis padres me apoyarán y querrán lo mejor para mi hasta el último día de sus vidas”.

Ms. Raquel Flores Barrantes

AGRADECIMIENTO:

A Dios, mi fortaleza y guía en la lucha diaria para seguir en la senda de lo correcto, justo y humano.

Te lo agradezco Padre Celestial.

A mis docentes de pre y post grado, por sentar con bases sólidas el amor por el derecho e inculcar el afán de investigación permanente en aras de contar con mejores herramientas para afrontar la vida profesional.

La autora

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁG
INTRODUCCION.....	14
CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO	
REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	17
JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	19
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	22
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	22
FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	22
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
VARIABLES	23
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN/POBLACIÓN.....	27
TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	29
CONTRASTACION DE HIPOTESIS.....	31
ANALISIS DE DATOS	34

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA LEGISLACIÓN

TEORÍA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	36
BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS, SUPUESTOS BÁSICOS.....	37
DERECHO PENAL COMPARADO.....	59
ARGENTINA.....	59
COLOMBIA.....	61
PERÚ.....	62

CAPITULO II

LA POLÍTICA CRIMINAL.....	70
----------------------------------	-----------

CONCEPTO.....	92
FUNCIÓN.....	94
OBJETO DE ESTUDIO.....	95
PODER PENAL: CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA	95
POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL.....	98
EL DECRETO LEGISLATIVO N° 982.....	98
LOS PRINCIPIOS REGULADORES DEL CONTROL PENAL.....	100
LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....	111

CAPÍTULO III

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....	114
CONCEPTO.....	119
CARACTERÍSTICAS.....	123
ACTIVIDAD DE GRUPO Y PERMANENCIA.....	124
ESTRUCTURACIÓN DE ACTIVIDADES.....	125
OBTENCIÓN DE BENEFICIOS ECONÓMICOS.....	126
EXPANSIÓN DE ACTIVIDADES.....	127
LA TRASNACIONALIDAD DEL MODUS OPERANDI.....	128
AUTORENOVACION.....	129
JERARQUIAS.....	129
CÓDIGOS Y COACCIÓN.....	134
MEDIOS.....	135
VIOLENCIA.....	136
DISCIPLINA.....	137
MÚLTIPLES ACTIVIDADES.....	137
NEGOCIOS LEGÍTIMOS.....	137

TERRITORIO.....	138
MANIFESTACIONES.....	139
INTERACTUACIÓN ENTRE LAS ORGANIZACIONES DELICTIVAS.....	143
NUEVAS DIMENSIONES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	146

CAPITULO IV

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	148
CUESTIONES GENERALES	150
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	151
LOS DELITOS TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 296°.....	152

CAPITULO V

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.....	167
Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancia psicotrópicas de 1988, La Convención de Viena	167
La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Palermo...	171
La Decisión Marco Europea.....	175

CAPITULO VI

PRINCIPALES POLÍTICAS Y ESTRATEGIAS INTERNACIONALES DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....	177
LA ENTREGA VIGILADA.....	177
EL AGENTE ENCUBIERTO.....	181

LA COLABORACIÓN EFICAZ.....	186
CONTROL AÉREO.....	188
CONTROL DE PRECURSORES QUÍMICOS.....	189
LA POLÍTICA DE SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA.....	190
RESERVA DE IDENTIDAD DE JUECES Y DE FISCALES.....	194
PROTECCIÓN DE TESTIGOS.....	195
DECOMISO DE BIENES.....	198
INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES DE DIVERSO TIPO.....	199
VIGILANCIA ELECTRÓNICA.....	203

CAPITULO VII

FÓRMULAS DE NEGOCIACIÓN PARA OBTENER MEJORES PRUEBAS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.....	207
La Declaración de Culpabilidad.....	207

CAPITULO VIII

LOS ACTOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004.....	209
ASPECTOS PRELIMINARES.....	209
PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN.....	210
CIRCULACION Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS.....	210
EL USO DE AGENTES ENCUBIERTOS Y AGENTES ESPECIALES.....	213
PRESUPUESTOS PARA LA CONFORMACIÓN DE UN AGENTE ENCUBIERTO.....	213

CAPITULO IX

EL DELITO DE REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD

EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	222
LEGISLACIÓN COMPARADA.....	222
ESPAÑA.....	222
ARGENTINA.....	234
COLOMBIA.....	238
MÉXICO.....	247
JURISPRUDENCIA EN DIVERSAS LEGISLACIONES.....	248
EL ARTÍCULO 409-B DEL CÓDIGO PENAL.....	251
DESCRIPCIÓN TÍPICA.....	252
EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	252
TIPICIDAD OBJETIVA.....	253
LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.....	255
LA PENALIDAD.....	256
TRATAMIENTO DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA	
EN LEGISLACIÓN PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA..	256

CAPITULO X

PROCESAMIENTO, ANALISIS DE INFORMACIÓN Y

RESULTADOS E LA INVESTIGACIÓN.....	258
PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....	258
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN –	
PROPUESTAS MODIFICATORIAS DEL ARTÍCULO 409-B	
DEL CÓDIGO PENAL.....	258
CONCLUSIONES.....	262
RECOMENDACIONES.....	263

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS

RESUMEN

La presente investigación realiza un análisis dogmático penal sobre la eficacia de la criminalización de la conducta de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada del delito de tráfico ilícito de drogas a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal. Es una investigación jurídica – descriptiva, teniendo como objeto de estudio no solo las normas penales que criminalizan la conducta típica del delito de revelación indebida de identidad sino que también desarrolla conceptos de instituciones que adquieren relevancia en el proceso penal, como lo es la figura del agente encubierto o agente especial, empleados en la lucha contra la criminalidad organizada. A su vez, pretende dilucidar los elementos que conforman la conducta típica del delito de revelación indebida de identidad, realizando un análisis comparado con las legislaciones internacionales, su tratamiento, similitudes y diferencias y la trascendencia e importancia en nuestro marco jurídico encaminado a contribuir con la eficacia de la lucha contra la criminalidad organizada que actualmente ha rebasado límites inimaginables, arrastrando en la coyuntura actual inclusive las altas esferas del sector justicia, por ello la población o muestra de la presente investigación lo conforman los hechos jurídicos que se han dado en el marco del derecho nacional y derecho comparado que guardan relación con la criminalización de esta conducta típica. El problema que se plantea en la investigación es ¿Es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada, en el delito de tráfico ilícito de drogas, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal?. Y como hipótesis señalamos que la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales tipificada en el artículo 409-B del Código Penal, es eficaz para prevenir y controlar la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas. Como resultados de la investigación, tenemos que la presente aportará un conocimiento jurídico dogmático y político criminal sobre un nuevo delito, que fue incorporado al Derecho Penal Peruano por el Decreto Legislativo N° 982 del año 2007 y en torno al cual la doctrina nacional y la jurisprudencia no han desarrollado aún estudios y criterios hermenéuticos para identificar sus características esenciales, así como su utilidad para fortalecer las medidas de prevención y control del crimen organizado en el delito de tráfico ilícito de drogas.

Se construirá un análisis dogmático del delito tipificado en el artículo 409-B del Código Penal Peruano, por cuanto en nuestra legislación peruana a la fecha no existe ningún análisis de este tipo, a lo que debe añadirse una propuesta de reforma de dicho articulado.

ABSTRACT

The present investigation carries out a dogmatic criminal analysis on the effectiveness of the criminalization of the conduct of undue identification of the identity of the undercover agents and special agents for the prevention and control of the organized crime of the crime of illicit drug trafficking from the force of article 409-B of the Criminal Code. It is a legal - descriptive investigation, having as object of study not only the criminal norms that criminalize the typical behavior of the crime of undue identification of identity but also develops concepts of institutions that acquire relevance in the criminal process, as it is the figure of the undercover agent or special agent, employees in the fight against organized crime. In turn, it seeks to elucidate the elements that make up the typical conduct of the crime of undue identification of identity, making a comparative analysis with international legislations, their treatment, similarities and differences and the importance and importance in our legal framework aimed at contributing to the effectiveness of the fight against organized crime that has currently exceeded unimaginable limits, dragging in the current situation including the high spheres of the justice sector, for that reason the population or sample of the present investigation is made up of the legal facts that have been given in the framework of national law and comparative law that are related to the criminalization of this typical behavior. The problem that arises in the investigation is the criminalization of the crime of undue identification of the identity of the undercover agents and special agents for the prevention and control of organized crime, in the crime of illicit drug trafficking, effective from the validity of article 409-B of the Penal Code? And as hypothesis we point out that the criminalization of the crime of undue identification of the identity of undercover agents and special agents typified in article 409-B of the Penal Code, is effective in preventing and controlling organized crime in the crime of illicit drug trafficking. As results of the investigation, we have that this will provide a criminal dogmatic and political knowledge on a new crime, which was incorporated into Peruvian Criminal Law by Legislative Decree No. 982 of 2007 and around which the national doctrine and the jurisprudence have not yet developed studies and hermeneutical criterio to identify their essential characteristics, as well as their usefulness to strengthen the measures of prevention and control of organized crime in the crime of illicit drug traffick.

It will be make a dogmatic analysis of the crime established in Article 409-B of the Peruvian Criminal Code, because in our Peruvian legislation to date there is no analysis of this type, too to which must be added a proposal to reform said article.

INTRODUCCION

En la actualidad diferentes organismos internacionales vinculados a la prevención y el control de la criminalidad, como las Naciones Unidas, la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos, entre otros, vienen expresando a través de reiterados documentos su común preocupación ante la magnitud y la tendencia a un crecimiento constante de la criminalidad organizada de operatividad trasnacional.

Fundamentalmente, porque las manifestaciones específicas de este fenómeno delictivo vienen afectando y colocando en riesgo la salud y el bienestar de los seres humanos, así como menoscaban de modo sensible las bases económicas, culturales y políticas de la Sociedad y del Estado. Frente a lo cual deviene en urgente y prioritario desarrollar una política y estrategias coordinadas que promuevan la cooperación internacional para la prevención y control de toda forma de criminalidad organizada. En desarrollo de medidas funcionales a esa necesidad internacional se han suscrito importantes instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas o Convención de Viena en el año 1988; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo en el año 2000; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Una de las estrategias internacionales más eficaces contra la criminalidad organizada se relaciona con la aplicación de procedimientos especiales de investigación, los cuales se caracterizan por su carácter reservado y de infiltración encubierta. Forma parte de estos procedimientos el empleo de agentes encubiertos, a los cuales se asigna la misión de integrarse en los grupos criminales para obtener información que sea útil para su identificación y disociación. Ahora bien, los evidentes riesgos que deben afrontar los agentes que cumplen esta delicada misión de infiltración demanda la necesidad de configurar mecanismos de seguridad que coadyuven al éxito de las acciones encomendadas y a la tutela de su integridad personal. En ese contexto, los sistemas jurídicos internos de los Estados vienen incorporando disposiciones penales orientadas a criminalizar y reprimir los actos de revelamiento de la identidad de los agentes encubiertos.

En la legislación peruana tal tendencia internacional fue asimilada por el decreto legislativo N° 982, del 22 de julio del 2007, el cual incorporó un nuevo delito contra la Administración de Justicia en el artículo 409° B al que denominó Revelación Indebida de Identidad. Sin embargo, este acto de criminalización ha pasado desapercibido para la doctrina y la jurisprudencia nacional pese a su relevante significado para fortalecer la utilidad y eficacia de los procedimientos especiales de investigación consistentes en el empleo de agentes encubiertos y especiales contra el crimen organizado. El presente trabajo aborda también la figura del agente encubierto, desde una perspectiva crítica del mismo, en base a un análisis dogmático, legal y jurisprudencial, tanto nacional como comparado. El agente encubierto, tal como el agente revelador, son figuras cuya aplicación es polémica dentro del ámbito del proceso penal, ya que manifiestan dramáticamente la tensión permanente que existe entre el deber del Estado de resguardar los derechos fundamentales, y la necesidad político criminal de contar con herramientas útiles en la persecución penal. Nuestro legislador ha contemplado la figura del agente encubierto en las normas del Código Procesal Penal de 2004 y también perfecciona su actual regulación, incorporando la autorización judicial previa como requisitos de validez de su actuación. Se analizará el derecho comparado, en atención a que esta técnica de investigación fue recogida de las legislaciones foráneas, para este objetivo se analizarán las legislaciones de Colombia, Argentina, España y México. Esta selección responde a la lógica utilizada por el propio legislador, ya que de la descripción y tratamiento de esta técnica especial, se desprende que España fue el modelo a seguir por el legislador peruano. Argentina, por su parte, es uno de los primeros países en el contexto latinoamericano en que se implementó la figura del agente encubierto, a través de la llamada Ley de Drogas (Ley 23.737). La jurisprudencia en esta materia, es escasa ya que por la propia labor que desempeña el agente encubierto, la mayor parte de sus actuaciones se realizarán en la etapa de investigación del proceso, y como en ciertos ilícitos no es necesaria la autorización judicial previa, el juez en ningún momento conocerá y juzgará esta acción. Sin embargo, el análisis jurisprudencial es esencial, ya que la legislación actual permite un ámbito de discrecionalidad considerable al ente persecutor, y es la jurisprudencia quien debe fijar los límites en las actuaciones, y llenar aquellos vacíos que no contempla la ley. En este sentido y enfocándonos en el tema materia de investigación como lo es la revelación indebida de identidad, es pertinente desarrollar un estudio jurídico dogmático y político criminal que permita conocer las características típicas de este nuevo delito así como relacionarlos con las

estrategias nacionales que se vienen aplicando para la prevención y control de la delincuencia organizada transnacional que opera en el país.

CAPITULO I: MARCO METODOLÓGICO

1.1.REALIDAD PROBLEMÁTICA:

La Criminalidad Organizada en nuestro país, actualmente ha alcanzado niveles insospechados y lamentables, lo que ha traído como consecuencia inseguridad, caos, daño estructural en los diversos aparatos estatales y privados ya que debido a sus diversas actividades ilegales; que trasciende variados ámbitos, ha logrado penetrar y corromper no solo estructuras económicas sino que sus tentáculos, se extienden hasta los niveles de poder estatal (legislativo, ejecutivo y judicial).

Como ejemplo, no se debe dejar de lado la coyuntura actual, en donde un aparato criminal promovido desde la cabeza de la Corte Suprema y Corte Superior de Justicia de Callao; cuya organización criminal ha sido denominada “Los Cuellos Blancos del Puerto” han logrado desnudar las falencias y los niveles de corrupción de escándalo en el sector justicia.

Dentro de este contexto no es ajeno a nuestra realidad que estas estructuras de crimen organizado no les haya importado corromper un poder del estado (poder judicial) en donde los fallos favorables tenían un costo, cuyo precio solo ellos podían pagar gracias a las ingentes sumas de dinero producto de sus actividades ilegales y así contar con protección para proseguir con sus actividades ilícitas.

Lo dicho es tan solo una arista de las múltiples caras que ofrece esta realidad problemática, dentro de este marco, la lucha para controlar o vencer este flagelo requiere del redoble de esfuerzos y de voluntad por parte del estado; sin embargo esta lucha se torna más difícil y cuesta arriba cuando se descubre que es el propio sistema estatal quien a través de sus propios entes también participa de la propia estructura del crimen.

Pese a ello no todo está perdido y aún puede vislumbrar una luz al final del túnel, contando para ello con magistrados probos, dispuestos a encarar valientemente este flagelo, así se debe apostar además por una reforma estructural, que permita desarticular y desterrar estas organizaciones que han empantanado el sistema de justicia. La tarea es dura, sin embargo necesaria.

1.2. ANTECEDENTES DE PROBLEMA:

La creciente criminalidad organizada; la cual ha abarcado ámbitos transnacionales ha obligado a los estados desarrollar medidas funcionales que den respuesta a una necesidad internacional de frenar este flagelo. En virtud a ello, se han suscrito importantes instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas o Convención de Viena en el año 1988; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo en el año 2000; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Una de las estrategias internacionales más eficaces contra la criminalidad organizada se relaciona con la aplicación de procedimientos especiales de investigación, los cuales se caracterizan por su carácter reservado y de infiltración encubierta. Forma parte de estos procedimientos el empleo de agentes encubiertos, a los cuales se asigna la misión de integrarse en los grupos criminales para obtener información que sea útil para su identificación y disociación. Ahora bien, los evidentes riesgos que deben afrontar los agentes que cumplen esta delicada misión de infiltración demanda la necesidad de configurar mecanismos de seguridad que coadyuven al éxito de las acciones encomendadas y a la tutela de su integridad personal. En ese contexto, los sistemas jurídicos internos de los Estados han venido incorporando disposiciones penales orientadas a criminalizar y reprimir los actos de revelamiento de la identidad de los agentes encubiertos.

En la legislación peruana tal tendencia internacional fue asimilada por el decreto legislativo N° 982, del 22 de julio del 2007, el cual incorporó un nuevo delito contra la Administración de Justicia en el artículo 409° B al que denominó Revelación Indebida de Identidad. Sin embargo, este acto de criminalización ha pasado desapercibido para la doctrina y la jurisprudencia nacional pese a su relevante significado para fortalecer la utilidad y eficacia de los procedimientos especiales de investigación consistentes en el empleo de agentes encubiertos y especiales contra el crimen organizado. En este sentido, el agente encubierto, tal como el agente revelador, son figuras cuya aplicación es polémica dentro del ámbito del proceso penal, ya que manifiestan dramáticamente la tensión permanente que existe entre el deber del Estado de resguardar los derechos fundamentales, y la necesidad político criminal de contar con herramientas útiles en la persecución penal. Nuestro legislador ha contemplado la figura del agente encubierto en las normas del Código Procesal Penal de 2004 y también perfecciona su actual regulación, incorporando la autorización judicial previa como requisitos de validez de su actuación. Del presente estudio, se desprende que España fue el modelo a seguir por el legislador peruano. Argentina, por su parte, es uno de los primeros países en el contexto latinoamericano en que se implementó la figura del agente encubierto, a través de la llamada Ley de Drogas (Ley 23.737).

La jurisprudencia en esta materia, es escasa ya que por la propia labor que desempeña el agente encubierto, la mayor parte de sus actuaciones se realizarán en la etapa de investigación del proceso, y como en ciertos ilícitos no es necesaria la autorización judicial previa, el juez en ningún momento conocerá y juzgará esta acción. Sin embargo, el análisis jurisprudencial es esencial, ya que la legislación actual permite un ámbito de discrecionalidad considerable al ente persecutor, y es la jurisprudencia quien debe fijar los límites en las actuaciones, y llenar aquellos vacíos que no contempla la ley.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

1.3.1. JUSTIFICACIÓN:

Es notorio el vacío de conocimiento que evidencia la doctrina penal peruana en relación con el estudio del delito denominado ***revelación indebida de identidad***, el cual fue incorporado por el Decreto Legislativo 982 en el año 2007 a través de la inclusión del artículo 409-B en el Código Penal vigente.

Dado que en nuestro país el empleo de técnicas especiales de investigación como los agentes encubiertos, la práctica de la entrega vigilada o la incorporación de recompensas para la colaboración eficaz, vienen constituyendo prácticas usuales en la pesquisa de organizaciones criminales vinculadas al delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y corrupción, superar tal carencia de información técnica sobre dicho ilícito penal es pertinente y prioritario.

Es más, la importancia normativa de tales procedimientos para la prevención y el control del crimen organizado es asumida; expresamente, con su regulación detallada en el nuevo código procesal penal del 2004. En efecto, estas medidas y procedimientos especiales de investigación, se encuentran previstas en los Arts. 340° (referido a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos) y 341° (referido al Agente Encubierto y al Agente Especial) ; 472° a 481° (referido al Proceso por Colaboración Eficaz), siendo su característica común la ***confidencialidad y reserva***. Es decir, ellos se organizan, planifican y ejecutan en base al hermetismo y secreto que se requiere sobre la identidad de sus ejecutores o beneficiarios, así como sobre la oportunidad y duración de sus operaciones, siendo que dichas prácticas y reglas de confidencialidad son indispensables para asegurar la eficacia, así como proteger la indemnidad de las personas involucradas con su aplicación. Por consiguiente, toda conducta que afecte su confidencialidad o que revele la identidad de quienes están vinculados con las operaciones, deviene en ilícita y debe criminalizarse.

En consecuencia pues, la falta de información dogmática sobre el aludido nuevo delito puede perjudicar su correcta aplicación por las autoridades judiciales y con

ello distorsionar su eficacia criminal. Por consiguiente, la investigación que desarrollaremos busca determinar si es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales en la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal; y, construir ese conocimiento teórico y práctico del cual hoy se carece, en base al marco normativo nacional y a la experiencia derivada del derecho comparado así como de la jurisprudencia extranjera que resulten afines para el adecuado análisis crítico del artículo 409° B del código penal.

1.3.2. IMPORTANCIA:

La importancia normativa de los procedimientos descritos en el acápite anterior para la prevención y el control del crimen organizado es asumida; expresamente, con su regulación detallada en el Código Procesal Penal del 2004. En efecto, estas medidas y procedimientos especiales de investigación, se encuentran previstas en los Artículos 340° (referido a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos) y 341° (referido al Agente Encubierto y al Agente Especial) ; 472° a 481° (referido al Proceso por Colaboración Eficaz), siendo su característica común la ***confidencialidad y reserva***. Es decir, ellos se organizan, planifican y ejecutan en base al hermetismo y secreto que se requiere sobre la identidad de sus ejecutores o beneficiarios, así como sobre la oportunidad y duración de sus operaciones, siendo que dichas prácticas y reglas de confidencialidad son indispensables para asegurar la eficacia, así como proteger la indemnidad de las personas involucradas con su aplicación. Por consiguiente, toda conducta que afecte su confidencialidad o que revele la identidad de quienes están vinculados con las operaciones, deviene en ilícita y debe criminalizarse.

En consecuencia pues, la falta de información dogmática sobre el aludido delito puede perjudicar su correcta aplicación por las autoridades judiciales y con ello distorsionar su eficacia criminal. Por consiguiente, la investigación que

desarrollaremos busca determinar si es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales en la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal; y, construir ese conocimiento teórico y práctico del cual hoy se carece, en base al marco normativo nacional y a la experiencia derivada del derecho comparado así como de la jurisprudencia extranjera que resulten afines para el adecuado análisis crítico del artículo 409° B del Código Penal.

1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

¿Qué antecedentes existen en el derecho penal nacional y extranjero en torno a la criminalización de actos de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales?

¿Cuáles son las principales características que identifican la tipicidad del delito de revelación indebida de identidad en la legislación peruana?

¿Es eficaz la incorporación del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas?

1.5. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

¿Es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada, en el delito de tráfico ilícito de drogas, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal?

1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

La criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales tipificada en el artículo 409-B del Código Penal,

es eficaz para prevenir y controlar la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.

1.7.OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

1.7.1. GENERALES:

Conocer la eficacia de la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada del delito de tráfico ilícito de drogas, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal.

1.7.2. ESPECÍFICOS:

Sistematizar las estrategias diseñadas a nivel nacional e internacional en torno a la criminalización sobre la revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales.

Analizar los modelos de criminalización utilizados para prevenir y reprimir actos de revelación indebida de identidad en el Derecho Penal comparado.

Construir un análisis dogmático del delito tipificado en el artículo 409-B del Código Penal Peruano de acuerdo a la normatividad nacional y extranjera vigente.

1.8. VARIABLES:

POR SU RELACIÓN DE DEPENDENCIA

VARIABLE INDEPENDIENTE

La criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y especiales.

VARIABLE DEPENDIENTE

Eficacia para la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.

RELACIÓN MATEMÁTICA

Matemáticamente, la relación de variables se expresa en una ecuación.

$$Y = f(X)$$

Donde Y es la variable dependiente y X la variable independiente

Y= Eficacia para la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.

X= La criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y especiales.

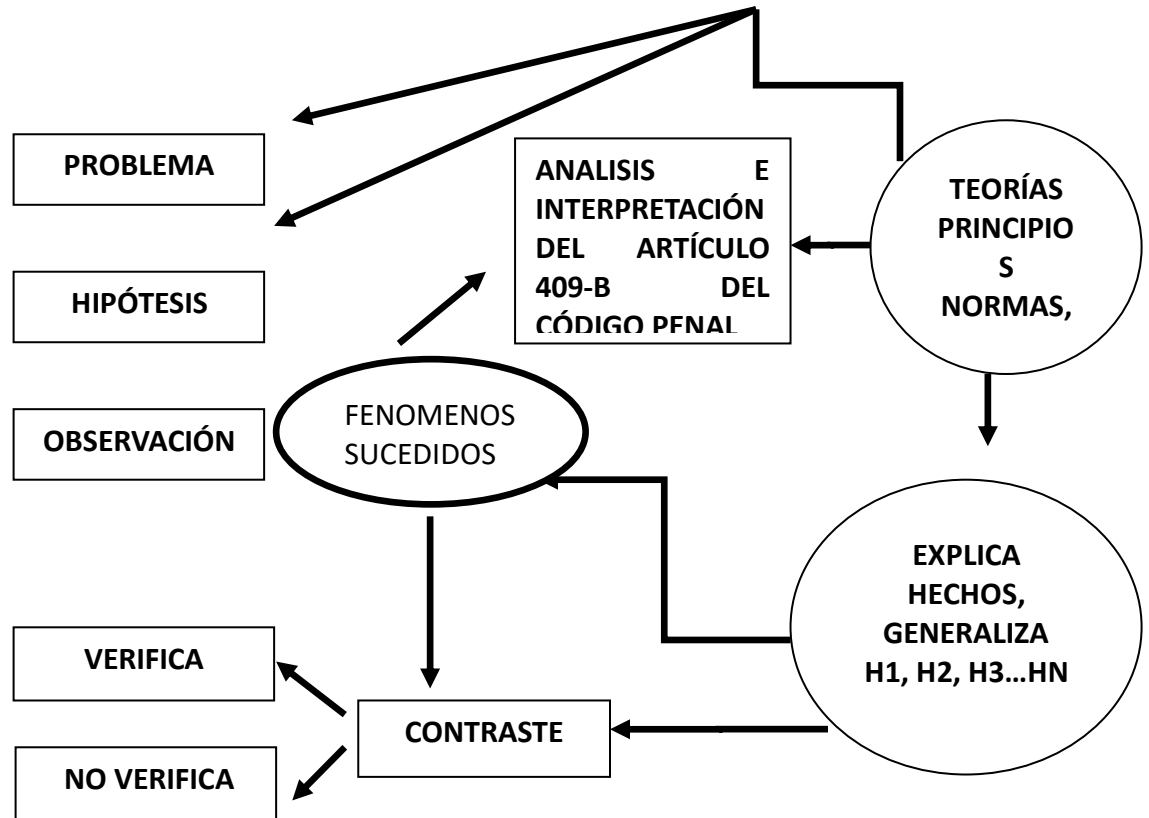
Y es una función de X

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	CONCEPTUACIÓN	INDICADORES	ITEM
CRIMINALIZACIÓN	La criminalización importa la adopción de una valoración negativa frente a una manifestación de conducta social. El hecho del predominio de la criminalización genera luego una sobrecriminalización y una agravación excesiva de las sanciones	-Existencia de la norma penal	-Código Penal. - Código Procesal Penal - Convención de Viena. - Convención de Palermo. -Decisión Marco Europea del 24.10.2008.
		-Convenios Internacionales	
		-Normas Internacionales	

VARIABLE	CONCEPTUACIÓN	INDICADORES	ITEM
EFICACIA	Logro de la conducta prescrita en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden.	-Número de denuncias por el delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales.	
		Casos de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales	

1.9.- DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN



DISEÑO NO EXPERIMENTAL

No existirá manipulación de variables, pues no se tiene control de las variables independientes, porque ya ocurrieron los hechos o son intrínsecamente manipulables.

Se recurrirá al diseño transversal debido a que no se realizarán mediciones en el tiempo.

TIPO	DISEÑO	ALCANCE
BÁSICA	NO EXPERIMENTAL	NO APLICA

La investigación versará principalmente sobre los siguientes aspectos:

DOCUMENTALES	Unidad de Análisis	Población Objetivo	Población Muestreada Selección de Muestra	Técnicas de Recolección de Datos
	Normatividad Nacional	Código Penal	No Aplica	Análisis de contenidos, análisis documental, revisión de archivos y fichaje de información, observación.
		Código Procesal Penal		
	Jurisprudencia Extranjera	España, Colombia, Argentina y México	No Aplica	Análisis de contenidos, análisis documental, revisión de archivos y fichaje de información
	Normatividad Extranjera	España, Colombia, Argentina y México	No Aplica	Análisis de contenidos, análisis documental, revisión de archivos y fichaje de información
	Doctrina Nacional y Extranjera	Toda la doctrina referente al tema de investigación en el Derecho Comparado	No Aplica	Análisis de contenidos, análisis documental, revisión de archivos y fichaje de información Contenido

A través del estudio de las unidades de análisis se busca:

1. Precisar la eficacia de la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.
2. Sistematizar las corrientes doctrinales en torno a la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales.
3. Analizar los aspectos normativos en la legislación nacional en torno a la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales.
4. Analizar la Jurisprudencia Extranjera, respecto a la eficacia en criminalizar el delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales.
5. Analizar la normatividad extranjera relevante.
6. Analizar la doctrina nacional y extranjera relevante al objeto de investigación.

1.10.- TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

- **El análisis de contenido.** Será de utilidad para revisar las normas, convenios internacionales, las legislaciones extranjeras y en estas se buscará los temas o contenidos relacionados con el delito de revelación indebida de identidad.

Esta técnica de investigación se aplicará en la revisión y análisis de la documentación teórica informativa seleccionada. Esto es, legislación

nacional e internacional sobre la materia de estudio, o doctrina especializada nacional y extranjera alusiva al delito objeto de la investigación

- **El análisis Documental.** Tiene prioridad la observación documental, donde se selecciona y recopila la información contenida en documentos. Estos son revisados por medio de la lectura, comprensión y crítica de documentos y materiales bibliográficos, de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación e información, se seleccionaran y analizaran escritos que contienen datos de interés relacionados con el estudio.

Permitirá realizar análisis sistemáticos, elaborar documentos nuevos donde se describe, explica, analiza, compara, critica entre otras actividades intelectuales, un tema o asunto mediante el análisis de fuentes de información.

Se centrará en el análisis de documentos escritos sobre temas como criminalidad organizada, delincuencia transnacional, delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y especiales, entre otros, buscando establecer relaciones, diferencias, procesos o la situación actual del tema de estudio.

- **Revisión de Archivos.** A través de esta técnica se revisará los diferentes archivos tanto de legislación extranjera como nacional referente a los antecedentes del delito de revelación indebida de identidad.
- **Fichaje de Información Doctrinaria.** Se recurrirá al sistema de las fichas bibliográficas a fin de recabar y guardar la información obtenida de los

diversos trabajos consultados, para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados. Precisándose que más allá del uso de la ficha tradicional, se recurrirá a un sistema informático de fichaje. Igualmente, se recurrirá a la información obrante en el Internet, la misma que será recabada, organizada y guardada conforme a criterios propios de la informática.

1.11.- CLASIFICACION DEL METODO DE INVESTIGACION

Para responder a las preguntas planteadas en el presente trabajo, se recurrirá a los métodos generales inductivo, deductivo, teórico dogmático y explicativo a fin de realizar un análisis teórico, y normativo, teniendo en cuenta la doctrina extranjera y la nacional.

Asimismo, se recurrirá a la Jurisprudencia extranjera y peruana, relevante al tema de investigación.

1.12.- CONTRASTACION DE HIPOTESIS O CRITERIOS DE VALIDACION:

A través de esta investigación se da prioridad al trabajo documental, al manejo de una cadena de conceptos, definiciones, juicios y argumentaciones que se validan a partir de su conformidad o no con las reglas lógicas fundamentales que son las definitorias para tener un criterio de verdad relativo.

Este proceso de investigación se validará desde un ámbito conceptual y práctico, donde se comparan afirmaciones, argumentos, razonamientos para validar el verdadero.

	CRITERIO DE VALIDACION	
CRITERIO DE VALIDACION	1. Teoria Jurídica	Doctrina Extranjera y Nacional
	2. Legal	Código Penal y Código Procesal Penal.
	3. Jurisprudencia Nacional	Las relativas al tema objeto de investigación.
	4. Derecho Comparado	Doctrina Comparada.
	5. Fuente Jurídicas	Jurisprudencia Extranjera y Nacional.
	6. Instrumentos Internacionales	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos.

1.13.- APORTES DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación aportará un conocimiento jurídico dogmático y político criminal sobre un nuevo delito, que fue incorporado al Derecho Penal Peruano por el Decreto Legislativo N° 982 del año 2007 y en torno al cual la doctrina nacional y la jurisprudencia no han desarrollado aún estudios y criterios hermenéuticos para identificar sus características esenciales, así como su utilidad para fortalecer las medidas de prevención y control del crimen organizado en el delito de tráfico ilícito de drogas.

Se construirá un análisis dogmático del delito tipificado en el artículo 409-B del Código Penal Peruano, por cuanto en nuestra legislación peruana a la fecha no existe ningún análisis de este tipo.

1.14.- ANALISIS DE DATOS. Matriz de consistencia.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>General: ¿Es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal en el delito de tráfico ilícito de drogas?</p>	<p>General: Conocer la eficacia de la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada del delito de tráfico ilícito de drogas, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal.</p>	<p>La criminalización del delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y especial es tipificado en el artículo 409- B del Código Penal es eficaz para prevenir y controlar la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.</p>	<p>Independiente: La criminalización del delito de revelación indebida de identidad e agentes encubiertos y especiales.</p> <p>Dependiente: Eficacia para la prevención y control de la criminalidad organizada en el delito de tráfico ilícito de drogas.</p>
<p>Específicos:</p> <p>¿Qué antecedentes existen en el derecho penal nacional y extranjero en torno a la criminalización de actos de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales?</p> <p>¿Cuáles son las principales características que identifican la tipicidad del delito de revelación indebida de identidad en la legislación peruana?</p>	<p>Específicos:</p> <p>a. Sistematizar las estrategias diseñadas a nivel nacional e internacional en torno a la criminalización sobre la revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales.</p>		

¿Es eficaz la incorporación del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada?	<p>b. Analizar los modelos de criminalización utilizados para prevenir y reprimir actos de revelación indebida de identidad en el Derecho Penal comparado.</p>		
¿Cuáles son las principales características que identifican la tipicidad del delito de revelación indebida de identidad en la legislación peruana?	<p>c. Construir un análisis dogmático del delito tipificado en el artículo 409-B del Código Penal Peruano, de acuerdo a la normatividad nacional y extranjera vigente.</p>		

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN LA LEGISLACIÓN, TEORÍA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

Los antecedentes político criminales y legislativos de este delito están vinculados a las estrategias internacionales de prevención y control de la criminalidad organizada que se promovieron hacia finales del siglo XX en el ámbito de las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos.

La utilización de procedimientos especiales de investigación como: la infiltración de agentes encubiertos, la práctica de la entrega vigilada o la incorporación de recompensas para la colaboración eficaz, constituyen en ese periodo, modalidades novedosas y no menos controvertidas de procurar mejores estándares de eficacia en la identificación, persecución y sanción de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el lavado de activos y la corrupción.

Es por ello, que importantes convenios internacionales o regionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2001), la Convención de las Naciones Unidas contra La Corrupción (2003) o la Decisión Marco Europea relativa a la Lucha contra la Criminalidad Organizada (2008), recomendaron expresamente su regulación y aplicación a los sistemas jurídicos internos de los Estados.

En nuestro país tales medidas y procedimientos especiales de investigación, fueron recibidos, de modo detallado y específico, por el Código Procesal Penal de 2004 (Cfr Arts. 340 y 341; 472 a 481). Sin embargo, su configuración normativa en nuestra legislación, contaba ya con importantes precedentes en lo relacionado con la represión del Tráfico Ilícito de Drogas (Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas- Decreto Legislativo N° 824), el terrorismo (Decreto. Ley 25499), los delitos tributarios (Decreto Legislativo 815) y la corrupción administrativa (Ley 27378).

Sin embargo, existe una característica común de todos estos procedimientos especiales de investigación que es su confidencialidad, pues ellos se organizan, planifican y ejecutan en base al hermetismo y secreto que se requiere sobre la identidad de sus ejecutores o beneficiarios, así como sobre la oportunidad y duración de sus operaciones; siendo que, estas prácticas y reglas de confidencialidad son indispensables para asegurar la eficacia de los actos especiales de investigación, así como proteger la indemnidad de las personas involucradas con su aplicación. Por lo tanto, toda conducta que afecte su confidencialidad o que revele la identidad de quienes están vinculados con las operaciones, deviene en ilícita y deberá ser criminalizada. En por ello que en el derecho penal contemporáneo se vienen ensayando modelos de tipificación y sanción penal de tales actos.

BASES TEÓRICAS CIENTÍFICAS, SUPUESTOS BÁSICOS.

Enfoque desde la Psicología Criminológica: La criminología o conocida también como Psicología Criminológica trata de averiguar o de conocer que es lo que induce a un sujeto a delinquir, qué significado tiene esa conducta para él, por qué, la idea de castigo no lo atemoriza y le hace renunciar a sus conductas criminales.

La teoría psicológica consiste en aclarar sus significados en una perspectiva histórica-genética. Un análisis completo del hombre delincuente requiere de por sí un trabajo interdisciplinario, un trabajo que permita la exposición del hábitat de los individuos, de su familia, de su cultura con sus diferentes aspectos de sus procesos de aculturación, educación, enseñanza y organización social, de sus estructuras políticas de su religión y de su arte. Se realiza un estudio del delincuente a nivel psicológico y con una metodología específica, pero el objeto de estudio debe determinarse como un fenómeno complejo y unitario que se agota. La delincuencia es la expresión más peligrosa de la anormalidad para la Sociedad, las opiniones respecto a la causa del crimen varía desde el concepto de criminal nato de Lombroso, hasta las que radican todas las causas en el ambiente, como la afirmación de Rousseau: “el hombre nace bueno y la Sociedad lo corrompe”; este es uno de los interrogantes que pretende aclarar la psicología criminológica; por otra parte analiza el delito en relación con la herencia, con los trastornos mentales, con la educación, con la capacidad mental.

Con frecuencia se afirma la existencia de una relación entre delito y la locura siendo este un asunto de discusión; pero la historia delictiva muestra que sí existe tal relación, además los disturbios psicológicos, son causas y razón de múltiples actitudes antisociales.

Se ha visto en la realidad cómo una personalidad más formada es particularmente susceptible de cometer crímenes, principalmente por su falta de resistencia a la frustración, su menor capacidad de manejar agresividad, su escasa actitud de desadaptación, pues varias investigaciones de la mentalidad de los criminales, maleantes, delincuentes y otros tipos antisociales, han demostrado, que casi todas las personas de esa clase son de mentalidad baja.

Asimismo se afirma que las carencias intelectuales, durante el desarrollo, pueden ser causa de conductas antisociales, principalmente por la falta de entendimiento de los principios éticos, morales y jurídicos. Se considera que la delincuencia es una de las manifestaciones de la desadaptación más comunes.

El término desadaptación puede considerarse desde diversos puntos de vista:

- a) Como incapacidad de un individuo para adaptar su conducta a las condiciones del medio, b) como inferioridad de estructura (física o mental) de un individuo que origina su incapacidad para enfrentarse con éxito a las exigencias del medio;
- c) Como adopción de formas de conducta que se apartan de la convivencia social armoniosa y constructiva; y
- d) La existencia de “barrios bajos” criminógenos en los cuales el crimen es el patrón de reacción más común¹.

Enfoque desde la Sociología Criminal: En la Sociología Criminal moderna de América, se concede mucha atención a los delincuentes profesionales, siendo que éstos acumulan un caudal de técnicas, actitudes o filosofías criminales de vida, cuya culminación es una carrera profesional delictiva con los mismos atributos básicos que cualquier otra profesión.

¹www.psicologiacientifica.com/bv/psicologia-84-1-el-crimen-organizado.html

Respecto a los rasgos psicológicos del delincuente profesional se tiene a los siguientes: hay una fuerte preponderancia del trastorno de personalidad antisocial; otros tienen solo rasgos psicopáticos; existe una cierta proporción de psicóticos; la inteligencia muestra todas las gamas posibles, aunque no tienen buena capacidad para los conceptos abstractos. A menudo presentan un permanente sentimiento de inferioridad, yuxtapuesto a ansias de notoriedad (filotimia), para cuya satisfacción realizan de vez en cuando, acciones temerarias encaminadas a demostrar cuanto son capaces de hacer; también por esta tendencia filotímica presentan prodigalidad, realizando gastos excesivos - ante amigos y amigas. Se les adjudica frialdad pero unida a una cierta hiperirritabilidad, y por su carácter inestable tienen tendencia al consumo de alcohol o de estupefacientes².

Enfoque desde la Criminología: La Criminología sigue ensayando una definición que resulte adecuada para identificar con la mayor precisión posible, *el complejo fenómeno delictivo al que se denomina como “criminalidad organizada”*. Los diferentes conceptos hasta ahora planteados, se han limitado a destacar solamente algunos rasgos organizacionales u operativos, que no siempre aportan una visión integral de este tipo de delincuencia.³

Desde esa perspectiva, como resume Moscoso Callo, resulta frecuente que se califique **“como crimen organizado una especial forma de actividad criminal colectiva, que se caracteriza por una estructura jerárquica estricta, así como por un proceder planeado y controlado de manera mercantil”**. Una noción similar nos ofrece María de la Luz Lima, al señalar que se trata de **“aquella actividad realizada por asociaciones de individuos o grupos que se auto perpetúan, estructurados y disciplinados, unidos con el propósito de obtener ganancias o ventajas monetarias o comerciales, mientras protegen sus actividades por medio de un padrón de sobornos y corrupción”**⁴.

² MORENO GONZALES, Rafael. *Enfoque Criminológico del Crimen Organizado* .publicación en www.Bibliojuridica.org/libros/1/213/11. pág. 135.

³Cfr. FRANCO FERRACUTI E FRANCESCO BRUNO. *La CriminalitaOrganizzata* Prospettiva Criminológica, Enforme di OrganizzazioneCriminale e Terrorismo. Trattato di Criminologia, Medicina Criminológica e PsichiatriaForence. Tomo IX. Giuffrè Ed. Milano, 1988.p.63 y siguientes

⁴ JUANA LUZ MOSCOSO CALLO. Criminalidad Organizada, En Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú nun.47,1997, p.103. Citado por Pablo Sánchez Velarde. Los Procedimientos Penales Especiales ante la Criminalidad no Convencional, en Anuario de Derecho Penal 96,p.194

De allí, pues que se coloque a la mafia Italiana como prototipo de delincuencia organizada, al extremo que algunos autores como Ferracuti y Bruno hayan llegado a sostener que desde una verificación criminológica e incluso histórica, “criminalidad organizada y mafia pueden ser consideradas la misma cosa”.

Por lo demás, como destaca Harb, en la actualidad **“las características más relevantes del crimen organizado son la movilidad internacional de su “modus operandi” y una sólida cobertura de “legitimidad” que se ha construido a partir de su constante “infiltración en los negocios lícitos”, principalmente a través de la legalización de activos de procedencia ilegal”⁵.**

Sin embargo, un acercamiento a las manifestaciones de criminalidad organizada que se aprecian en el interior de países subdesarrollados y dependientes como el Perú, permite detectar rasgos muy diferentes a los descritos por los criminólogos Europeos o Norteamericanos que se han ocupado del tema.

Es más, los analistas peruanos recién comienzan a interesarse por la naturaleza, dimensión y manifestaciones de criminalidad organizada que posee el País. Incluso se exponen razonamientos que definen al crimen organizado nacional como de configuración sumamente elemental y primitiva, sin posibilidades de comparación con las formas delictivas organizadas que se conocen en otros países de la Región como México, Brasil o Colombia⁶.

Como bien señala Zúñiga Rodríguez: **“en realidad la concepción de criminalidad organizada es de tipo sociológico o criminológica y traducirla a las reglas de la legislación penal plantea serias dificultades porque las herramientas conceptuales del derecho penal no pueden descifrar todos los códigos que la realidad fenomenológica de la misma posee”⁷.**

⁵ Cfr. BENJAMIN MIGUEL HARB. Delincuencia Organizada n Derecho Penal. Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera. Ediciones Jurídicas. Lima, 1991.p.400 y ss.

⁶ En ese sentido se manifiesta el sociólogo EDUARDO TOCHE. Represión no revierte la delincuencia, entrevista publicada en el Diario La República, edición del 17 de mayo de 1998, p.6

⁷ Cfr. LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Editorial Comares Granada 2009,p.217.

Enfoque desde la Ciencia del Derecho: Hasta ahora **no existe un concepto jurídico-penal de criminalidad organizada que haya encontrado consenso en las legislaciones o en la doctrina**⁸.

En tal sentido, la búsqueda de conceptos operativos y de patrones legales de regulación de la criminalidad organizada es todavía una línea de investigación no agotada en el contexto nacional e internacional. Por ello nos interesa evaluar el desarrollo de tal tendencia en nuestro País, a partir de la configuración típica del artículo 317º (Asociación Ilícita) del Código Penal y de las reformas introducidas en él por el Decreto Legislativo 982.

Comencemos por señalar que para los especialistas la estructura organizacional y operativa de una organización criminal permite identificar el grado de importancia y desarrollo que ella ha alcanzado. Complementariamente, las dimensiones de sus actividades ilícitas, su composición interna y la calidad de sus integrantes posibilita reconocer el mayor o menor nivel de su influencia sobre su entorno económico, social o político. Estos datos criminológicos y criminalísticos son determinantes para la construcción posterior de una respuesta penal formal y normativa.

Respecto a las manifestaciones de la criminalidad organizada, se debe tener en cuenta que su estructura de estas organizaciones criminales no es uniforme. Ella varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, pues, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que les permitan en

⁸ Op. Cit.

una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos.

En ese contexto, la clásica imagen piramidal de la mafia siciliana o de la cosa nostra norteamericana ha tenido, pues, que ceder a los nuevos espacios y oportunidades que brinda la economía globalizada del tercer milenio.

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

Efectivamente, las investigaciones realizadas por los organismos especializados de las Naciones Unidas, luego de la suscripción de la Convención de Palermo, han aportado importantes hallazgos y metodologías para la identificación y evaluación de las estructuras organizacionales de los grupos criminales.

El desarrollo de estos importantes aportes para la documentación e inteligencia sobre la criminalidad organizada, se realizaron en coherencia con lo dispuesto por el artículo 28º de la citada Convención Internacional. En dicha norma se establece que una tarea importante que deben desarrollar los Estados vinculados con el Convenio de Palermo es recopilar e intercambiar información entre sí sobre las dimensiones y actividades de la criminalidad organizada en sus respectivos territorios. Al respecto se dispone que: Art 28 inciso1: **“ Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con**

los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucradas.”⁹

En nuestro País, distintos analistas coinciden en señalar que las manifestaciones de la criminalidad organizada son todavía incipientes. Que hay un claro predominio de formas estructuradas tradicionales como la banda y el concierto. Sin embargo, se señala también la existencia de algunas organizaciones criminales más desarrolladas que poseen una estructura de jerarquía estándar, y que están dedicadas a la comisión de delitos violentos o al Tráfico Ilícito de Drogas.

Una mención especial merecen las organizaciones terroristas como el Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Estas agrupaciones de origen político que actuaron durante los años 80 y 90, se constituyeron en base a estructuras asimilables a la jerarquía regional.

Asimismo, como ya se ha mencionado, algunos sectores consideran que alrededor del ex Asesor Vladimiro Montesinos Torres se organizó una activa red criminal que operó en la última década del siglo XX.

Actualmente no es ajeno a la realidad nacional, las grandes redes criminales, encabezadas por el Clan Orellana, los hermanos López Paredes, Gerald Oropeza, cuyas redes se extendieron inclusive hasta funcionarios públicos de alto nivel, situación que se agravó a finales de la primera década del presente siglo XXI y continúa extendiéndose en esta segunda década puesto que como ha sido materia de la introducción, la mafia organizada denominada “los cuellos blancos del puerto”, no auguran nada bueno, puesto que son los mismos funcionarios de alto nivel, quienes al parecer encabezan una nueva red criminal, cuyo objetivo no solo es apropiarse de ingentes cantidades de dinero, sino lograr mantener su poder y estatus extendiendo sus tentáculos en todos los estamentos del estado (ejecutivo, legislativo y judicial), lo que ha obligado a los gobiernos formular políticas

⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas- Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2004. Pág. 32.

de estado que permitan una lucha eficaz y frontal contra la delincuencia organizada, a efectos de mitigar el flagelo y la sensación de zozobra e inseguridad en la ciudadanía; sin embargo esta lucha no resulta ser suficiente.

La Policía Nacional desarrolló un catálogo bastante amplio de delitos, con el que corrobora que las principales modalidades del crimen organizado en el Perú son de tipo convencional y violento.

La información policial consigna las siguientes manifestaciones delictivas:

1. Robos y asalto a mano armada.
2. Secuestro de personas.
3. Contrabando.
4. Terrorismo.
5. Trata de blancas: proxenetismo.
- 6. Tráfico Ilícito de Drogas.**
7. Defraudación de rentas de aduana.
8. Tráfico de Moneda extranjera.
9. Evasión de impuestos.
10. Delitos contra la fe pública.
11. Delitos informáticos.
12. Tráfico de terrenos¹⁰.
13. Extorsión.

Es por ello que se considera más representativo referirnos a las bandas y asociaciones ilícitas como las principales formas de delincuencia organizada en el Perú. Ahora bien, todavía es escasa la información disponible y publicada sobre estas agrupaciones delictivas. Los datos que se conocen provienen principalmente de fuentes policiales o de investigaciones periodísticas, de allí que adolezcan de algunos sesgos que afecten su objetividad.

¹⁰ Mediante Ley N° 30076, del 19/08/2013, se modificó el artículo 202° del Código Penal, añadiendo el inciso 4 el cual señala como conducta delictiva: El que ilegítimamente, ingresa a un inmueble mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. De otro lado, mediante Ley N° 30556-Tercera Disposición Complementaria, publicada el 29/04/2017, se modificó el artículo 204 del Código Penal incrementando el catálogo de formas agravadas de usurpación.

A la fecha, solo se cuenta con estudios empíricos no dotados de mayor rigor criminológico. No obstante la síntesis de estos datos y fuentes permite considerar como características frecuentes de los grupos delictivos nacionales a las siguientes:

Se trata de organizaciones amorfas. Son capaces de modificar su estructura y composición con suma rapidez, para poder adaptarse con facilidad a un entorno de permanente clandestinidad y persecución.

Denotan marcado empirismo. No son grupos profesionales, ni han alcanzado un diseño definido y delimitado de las funciones que deben cumplir sus integrantes. En realidad éstos pueden asumir diferentes roles según las necesidades operativas de la organización delictiva.

Practican un apoyo mutuo complementario. El espacio común de los centros carcelarios o de un área común de influencia (barrio, asentamiento humano, etc), posibilitan un intercambio frecuente de mandos e integrantes entre varios grupos delictivos para el desarrollo de actividades delictivas comunes.

No se aprecia especialización. Al interior de los grupos no se encuentra integrantes que asuman por sus habilidades o conocimientos tareas específicas. De allí que el modus operandi aplique el principio rudimentario de “todos para uno y uno para todos”.

Poseen un nivel artesanal y local. El radio de acción de estos grupos es limitado a un territorio local o nacional. Muy rara vez interactúan o intercambian operaciones o actividades en un plano internacional, con la notoria excepción de las firmas ligadas al tráfico ilícito de drogas que por su propia naturaleza y dinámica operativa mantienen vínculos constantes con organizaciones criminales extranjeras.

Actividades criminales violentas. En lo fundamental cabría señalar que el espacio de la criminalidad organizada que opera en el Perú, se relaciona con la comisión de delitos convencionales violentos como el secuestro extorsivo y el robo a mano armada.

Ahora bien, con relación a las bandas locales, las estadísticas de criminalidad registran en los últimos 15 años un constante ascenso en la frecuencia de delitos violentos contra el patrimonio y la libertad personal. Efectivamente, según algunos reportes ya hacia finales de los 90 la actividad criminal de las bandas se había incrementado notablemente. Así por ejemplo, algunos estimados señalaban que hacia 1998 en el País operaban alrededor de 35 bandas importantes, en las que estaban integradas alrededor de 700 personas.

Pero, además, por aquel entonces, existían en Lima entre 100 y 120 grupos menores dedicados a dos nuevas modalidades delictivas que la prensa denominó con fina ironía “secuestros al paso”. Esta innovada actividad delictiva se materializaba con el secuestro por horas de una persona de clase media a la que se exigía un rescate poco significativo y que fluctuaba entre los 1000 a 3000 dólares. También estos grupos se especializaron en la práctica de los “asaltos a cambistas”. Esta modalidad se expresaba en robos a mano armada y donde la víctima era una persona dedicada al cambio ambulatorio de dólares en las calles de Lima Metropolitana. En los últimos años las bandas de secuestradores han aumentado al igual que su efectividad delictiva. Es así que entre el mes de mayo de 2004 y mayo de 2006 se produjeron en Lima un total de 69 secuestros. Sin embargo, algunos informes periodísticos dan cifras más altas: “aunque oficialmente no hay una estadística, extraoficialmente se dice que en el País ocurren un promedio de 150 secuestros anuales de gran envergadura y medio millar de secuestros al paso, de los cuales sólo se reporta el 50%. Se estima que las organizaciones criminales realizan cobros por más de 10 millones de dólares.

De otro lado, en Lambayeque, actualmente según informe actualizado, brindado por la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Lambayeque, existen en etapa de investigación 80 casos aproximadamente, se habla además de la desarticulación de cuatro bandas delictivas, cuyos integrantes habían amasado un promedio de 20 millones de soles producto de sus actos ilícitos¹¹.

¹¹ Fuente: <https://diariocorreo.pe/lambayeque>, entrevista realizada al Fiscal Provincial de FECCOR LAMBAYEQUE -12/05/2017.

Otras fuentes han aportado también datos significativos sobre la estructura y el modus operandi del crimen organizado en el Perú. Al respecto, se ha señalado que las agrupaciones delictivas dedicadas al robo y secuestro tenían las siguientes características:

- Su liderazgo y dirección eran compartidos por 2 o 3 cabecillas, los cuales contaban con varios ingresos carcelarios.
- Sus integrantes eran personas con registros etéreos entre 18 a 39 años de edad. Provenían de los sectores pobres de la población. Sin embargo, también era frecuente la presencia en las bandas de componentes calificados como licenciados o personal cesado o desertor de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas.
- Actúan provistas de armas de guerra como fusiles, ametralladoras o granadas; y de un sincronizado sistema de comunicaciones que incluye vehículos de apariencia oficial, radios, teléfonos celulares etc.
- Su influencia y radio de acción criminal se focaliza en las grandes ciudades del país como Lima, Callao, Ica Arequipa, Huancayo, Chiclayo, Trujillo, etc.
- Aplican técnicas de inteligencia, seguimiento (“reglaje”) y reconocimiento previo de las rutinas, familias e ingresos de sus objetivos y víctimas.
- Operan colectivamente pero con asignación de funciones que comprenden acciones tácticas de ataque, cobertura, ocultamiento, etc. Con frecuencia en una actividad delictiva importante como el asalto a entidades bancarias o los secuestros de empresarios, suelen intervenir entre 8 a 20 personas.
- Las relaciones de coordinación y comunicación entre los niveles internos del grupo delictivo son muy limitadas para evitar la infiltración o acción de los “informantes”.

Un análisis policial sobre la evolución del crimen organizado en el Perú, el cual comprende lo acontecido entre los años 1975-1998, en gran medida, la validez de los datos y características con los que hemos intentado describir la presencia nacional de dicho fenómeno. En este estudio, por ejemplo, se identifica al periodo 1990-1998 como el de mayor actividad y desarrollo de las bandas criminales peruanas. Principalmente porque en esa etapa se fundan y operan agrupaciones delictivas que adquieren especial importancia por su permanencia, capacidad de acción, amplitud y variedad de actividades

delictivas. Con relación a todo ello se señala: en estos años, nuevamente se produce una variación en la modalidad del crimen organizado y se observa el recrudecimiento delictivo, pero esta vez en forma mucho más organizada, con la particularidad de que las bandas tienen un solo jefe. Así por ejemplo tenemos la conocida banda de los destructores al mando del delincuente Giovanni Gamarra Huerta (a) Cojo Giovanni. Este jefe de banda, durante su residencia en México integró organizaciones delictivas y al regresar al País reorganizó la delincuencia común, captando la casi totalidad de jefes de bandas, integrándolos en la suya; todos los jefes de las bandas adheridas, forman una gran familia al estilo de la mafia italiana.

Otra característica del crimen organizado contemporáneo, en el ejemplo de los destructores es que operan en todo el ámbito territorial peruano, es decir, tanto en la Capital de la República como en provincias, con vehículos, armamento y equipo sofisticado adquiridos en el mercado internacional, o sea a través de su complicidad con el narcoterrorismo o elementos negativos de las F.F.A.A. o PNP, ejecutando planes con éxito.

A la banda de los destructores se fueron asociando elementos de la PNP dados de baja por medida disciplinaria, otros en situación de retiro y también policías en actividad; así como delincuentes comunes que se encontraban en libertad y como no habidos durante el periodo delictivo 1985-1990.

Dentro del presente periodo surgen diferentes bandas como son los destructores, los surquillanos, los comancheros, los molineros, los ticos, los piratas, los elegantes, los injertos del fundo Oquendo, los tenistas del cerro San Cristóbal, Momón y sus sicarios, los trafas, los cibernéticos, los terminalistas, etc, quienes en todo momento han demostrado su organización y planificación para cometer sus fechorías, como es el caso de los norteños en el asalto y robo a mano armada en el Aeropuerto de Chimbote ocurrido el 06 de mayo de 1994, donde se apoderaron de 36 000,00 nuevos soles y 250,000.00 dólares americanos y los sanguinarios como “Momón y sus sicarios” autores de asaltos, secuestros y homicidios en agravio de cambistas, el clan “la gran familia”, que operaba

en Lambayeque, Trujillo y Piura, cuya modalidad delincencial se basaba en los secuestros y las extorsiones.

A diferencia de otras bandas surgidas en periodos pasados, las actuales han ido progresivamente perfeccionándose en forma cualitativa y cuantitativa, sobre todo en la utilización del material sofisticado como son: armamento de largo alcance, teléfonos celulares, vehículos nuevos, radios, chalecos antibalas, granadas de guerra, etc; cuyo accionar lo ejecutan en forma planificada y ordenada, siendo el factor sorpresa su primer objetivo.

Sin embargo, lo notorio y violento del *modus operandi* de estas organizaciones ha generado que su identificación, detección y desmembramiento se haya conseguido con relativa facilidad por el cúmulo de pistas y rastros de utilidad criminalística que su actuación delictiva brinda a las instancias policiales especializadas. Así, por ejemplo, el año 2004 la Policía Nacional del Perú logró desarticular a nivel nacional 706 bandas delictivas. De este total, 308 operaban en Lima, 79 en La Libertad, 62 en Lambayeque, 54 en Junín, 46 en Piura y 26 en Ica. También la Policía Nacional pudo descabezar a una activa banda dedicada al secuestro extorsivo y que tenía por líder a Jhonny Martín Vásquez Carty conocido como “La Gata”.

El delito de tráfico ilícito de drogas constituye un claro exponente de la presencia de la criminalidad organizada en el Perú. En efecto, la existencia en nuestro territorio de consolidadas organizaciones o firmas, así como el mantenimiento, desde inicios de la década de los 80, de una activa conexión internacional que abastece de derivados cocaínicos a varios mercados de América, Europa y Asia, hacen evidente su condición de empresa criminal exitosa.

En la actualidad, pues, las firmas peruanas han logrado consolidar una posición de importancia en la estructura operativa del sistema internacional del tráfico ilícito de drogas. Luego del desmembramiento de los principales cárteles colombianos, ellos han pasado a ocupar un rol protagónico e imprescindible para el mantenimiento del mercado ilegal de cocaína.

Si bien en sus inicios la actividad de las organizaciones peruanas en el tráfico internacional de drogas se restringía a la provisión de coca en bruto y derivados primarios, que eran luego sacados a Colombia para su procesamiento final y distribución al mercado mundial, en la actualidad las firmas nacionales agotan el ciclo productivo y exportan directamente el clorhidrato de cocaína en alianza estratégica con organizaciones mexicanas.

Concretamente en territorio peruano hoy tienen lugar las etapas del proceso de fabricación de cocaína a gran escala.

Según sus dimensiones, conexiones e influencia las organizaciones nacionales dedicadas al narcotráfico promueven o supervisan directamente la realización de las siguientes actividades ilícitas: Sembrado y cosecha de plantas de coca, transformación de las hoja de coca en pasta básica de cocaína (PBC), refinado intermedio del PBC hasta convertirla en pasta básica lavada (PBC-L), refinado final de la pasta básica lavada hasta la obtención de clorhidrato de cocaína de alta pureza, distribución interna y exportación del clorhidrato de cocaína.

Como se ha mencionado anteriormente, las firmas peruanas operan, principalmente, en las cuencas amazónicas cercanas a las fronteras con Colombia y Brasil. El momento de mayor actividad de estas organizaciones se localiza en la segunda mitad de los años 90. En este período se detectaron alrededor de 25 firmas que operaban simultáneamente. Entre otras, las más activas fueron las lideradas por José María Ruíz “Shushupe”; Waldo Simeón Vargas Arias “Ministro”; Lizardo Macedo Santillán “Cristal”, los hermanos Cachiche Rivera; Lamber Rengifo Tello; Diego Vallejos Reyes “Albino”; Julio Daniel Augurto Lugo “Camello”, etc.

Como se ha señalado anteriormente, los grupos delictivos dedicados al tráfico ilícito de drogas se organizan en base a una estructura piramidal o de jerarquía estándar.

Cada nivel o escalón de la pirámide está conectado con una función especial relacionada al acopio, financiamiento o conducción de las actividades ligadas al proceso productivo

y a la exportación de drogas cocaínicas. Conforme a la información policial disponible, los escalones de la estructura operativa de una firma peruana reciben, según sus funciones específicas, denominaciones propias de argot del narcotráfico.

Los órganos, sus funciones y denominaciones son las siguientes:

1. **Los dañaditos:** Son lugareños que siembran y cultivan la coca.
2. **Los traqueteros:** Son los encargados de recolectar la droga producida en la zona y que la transporta al lugar convenido.
3. **EL jefe pacaño:** Es el que determina la cantidad de droga que se ha de comprar; es el acopiador y quien “da la cara a los lugareños”
4. **El financista:** Es el garante o encargado. Representa a la firma en el lugar donde se compra la droga.
5. **El duro:** Es el órgano ejecutivo y la cabeza visible de la firma. Le compete disponer la compra de la droga. Representa al “duro de duros”. También le corresponde controlar el movimiento de las avionetas de transporte y contratar sicarios.
6. **Duro de Duros:** Es el capitalista de la firma y el nexo con las organizaciones extranjeras. No tiene contacto directo con la mercancía ilícita. No se conoce su identidad y reside en las ciudades.

Otra forma de criminalidad organizada importante y que se encuentra en ascenso en nuestro País lo constituye el delito de Lavado de Activos. Hacia finales de los años 90, se calculaba que en el Perú el volumen de dinero que era objeto de operaciones lavado, fluctuaba entre los 600 y 1000 millones de dólares por año. Sin embargo, en la actualidad se considera que ese volumen se ha incrementado notablemente. Al respecto, el Director Ejecutivo de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, ha señalado lo siguiente: “de acuerdo con los cálculos del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial en el Perú se debe lavar entre 1, 500 y 2,000 millones de dólares anualmente”.

Los actos de lavado se realizan principalmente en actividades vinculadas al ramo de los servicios, sobre todo en aquellas que por la propia naturaleza de su giro comercial, requieren de un flujo constante de dinero en efectivo, al cual, a su vez, le aseguran un importante espacio de rotación.

Ahora bien, la presión normativa ejercida desde fines de los 90 sobre la intermediación financiera, como escenario predilecto de las operaciones del lavado de activos, ha generado que las organizaciones dedicadas a esta actividad delictiva incursionen en nuevos sectores vulnerables. Principalmente ese desplazamiento ha incidido en el área de los servicios, la recreación y la construcción. Esto último paradójicamente, aprovechando las ventajas generadas por las políticas oficiales de fomento a la intervención inmobiliaria.

Se afirma que en la actualidad las actividades de lavado de activos en nuestro país se localizan preferentemente en los siguientes negocios y servicios:

1. Casinos y casas de juego.
2. Casas de cambio de moneda extranjera.
3. Agencias de viajes.
4. Servicios de turismo.
5. Surtidores de gasolina.
6. Promoción de espectáculos artísticos o deportivos.
7. Negociación bursátil.
8. Importación de artefactos electrodomésticos,
9. Casas de préstamo.
10. Hostales.
11. Restaurantes.
12. Construcción inmobiliaria.

En el ámbito de las respuestas penales a la criminalidad organizada, la legislación peruana se caracteriza por un acentuado carácter represivo. El legislador nacional ha procurado apaciguar el arraigado sentimiento de inseguridad ciudadana que ella provoca entre la población, con constantes e ineficaces decisiones de sobre criminalización.

Actualmente, en los delitos de tráfico ilícito de drogas y robo agravado el hecho de integrar o dirigir una organización delictiva configura una circunstancia agravante específica, susceptible de motivar la imposición de una pena privativa de libertad de 25

años a cadena perpetua. En lo referente al delito de secuestro extorsivo realizado por una organización criminal, la legislación vigente no contempla una circunstancia cualificante similar a los casos anteriores. No obstante, se aplica cadena perpetua para cualquier forma de secuestro en la que se produzca la muerte del secuestrado o éste resulte con lesiones graves.

Procesalmente, el derecho peruano sólo contempla medidas especiales para los actos de tráfico ilícito de drogas, corrupción, terrorismo y lavado de activos.

Como se puede advertir existe un complejo fenómeno de la criminalidad organizada transnacional y por ende se debe aplicar un tratamiento procesal en la Administración de Justicia. Es por ello que en las tres últimas décadas del siglo pasado, las manifestaciones delictivas del crimen organizado han promovido la configuración de sistemas internacionales de cooperación judicial en materia penal, mediante los cuales los Estados buscan viabilizar su persecución y represión, controlando los riesgos de impunidad que ofrece un mundo moderno y globalizado.

Es por esta razón que en los tratados internacionales y en el derecho interno de los Estados, la entrega vigilada, el agente encubierto o la vigilancia electrónica son ***procedimientos de investigación*** e inteligencia que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada. Pertenecen pues al género de las operaciones encubiertas o reservadas.

Si bien estos mecanismos de indagación e información han sido aplicados históricamente de manera informal y frecuente por las agencias policiales, su legitimación formal recién comienza a promoverse a partir de la ***Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988***.

Este instrumento internacional también conocido como la ***Convención de Viena*** desarrollaba en su artículo 11°, los requisitos y controles que debían observarse para la aplicación del procedimiento de entrega vigilada. Al respecto se señalaba que “**las**

decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptaran caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas”.¹²

Posteriormente, la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, celebrada en diciembre del 2000, identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el numeral 1 del artículo 20º. En dicho dispositivo la *Convención de Palermo*, como también se le conoce a este instrumento internacional, precisaba la necesidad de que los Estados adopten tales procedimientos para enfrentar el crimen organizado: “ *Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada*”¹³.

El citado acuerdo internacional reconoce varias modalidades de operaciones encubiertas entre las que destacan las siguientes:

- a) La entrega vigilada.
- b) El uso de agentes encubiertos.
- c) La vigilancia electrónica.

Sin embargo, la internalización eficiente de los procedimientos encubiertos no se agota sólo en las posibilidades de armonización legislativa como demandan los instrumentos internacionales de la materia, sino que ella requiere también de una oportuna coordinación para la intervención eficaz de los equipos nacionales o multinacionales que se vinculen con sus acciones operativas. En ese sentido pues resulta indispensable la

¹² Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Pág. 12

¹³ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Naciones Unidas. New York, 2002.

configuración de nuevos espacios de interacción más directos, dinámicos y discretos para la utilización de tales técnicas especiales de cooperación judicial internacional en materia penal.

Es positivo entonces que en coherencia con los convenios internacionales y los requerimientos señalados, en la actualidad el derecho interno de los Estados sea bastante receptivo a la regulación y aplicación adecuada de los procedimientos de entrega vigilada, agentes encubiertos o vigilancia electrónica.

En coherencia con ello hoy podemos constatar que la gran mayoría de Estados Americanos y Europeos, han introducido en su legislación normas al respecto. Sin embargo, como suele ocurrir, la técnica legislativa elegida no ha sido del todo uniforme. Es así que algunos países han incluido tales procedimientos de investigación en leyes especiales contra el Tráfico Ilícito de Drogas obviando su utilización para otros delitos. Ese ha sido el caso de la legislación Argentina (Cfr. Ley 24.424 del 2 de enero de 1995, artículos 5° a 11° y en un primer momento de la legislación peruana (Cfr. Decreto Legislativo 824 del 23 de abril de 1996, artículos 28 a 30°).

Otros Estados, en cambio, han preferido incorporarlos en los Códigos Procesales como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado. Esta opción normativa, que otorga una mayor cobertura operativa, es la que ha asumido la Legislación Española desde 1999 (Cfr. Ley Orgánica 5/ 1999 del 13 de enero de 1999. Específicamente reformas a los artículos 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el Perú también se ha optado por esta tendencia al introducir tales técnicas de pesquisa en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Cfr. 340° y 341°).

Característica común de las operaciones encubiertas es su condición reservada y su actitud flexible frente a supuestos de evidente flagrancia delictiva. Esto último, sin embargo, es una necesidad y una justificada consecuencia de la finalidad informativa que persiguen estos procedimientos.

En efecto, la utilidad del empleo de la entrega vigilada, de los agentes encubiertos o de la vigilancia electrónica radica en proveer información sobre la ruta, procedencia y

destino de las operaciones ilícitas de traslado o tránsito de especies prohibidas; así como de aquella que permitirá identificar la composición, estructura, recursos y actividades de las organizaciones criminales.

De allí, pues, que para resumir los rasgos más esenciales que caracterizan en el presente a estos procedimientos encubiertos de investigación podríamos mencionar lo siguiente:

- a) Requieren para su aplicación de una autorización expresa y que se decide caso por caso.
- b) La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente.
- c) Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.
- d) Tienen como finalidad la identificación o el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.

Cabe anotar que los procedimientos especiales de pesquisa que hemos mencionado recibieron inicialmente agudas críticas sobre su carencia de ética procesal y legitimidad. En ese sentido se les ha cuestionado por recurrir a la práctica de actos basados en el engaño, la deslealtad y la traición; así como por implicar la participación deliberada y activa en la provocación o ejecución de conductas delictivas.

Sin embargo, tales cuestionamientos han cedido ante la experiencia nefasta de las acciones terroristas, la capacidad de infiltración de la corrupción, y las nuevas estructuras flexibles del crimen organizado. De allí, pues, que en el presente las exigencias de eficacia que demandan la detección y sanción de la delincuencia organizada han hecho compatibles y tolerables a estos procedimientos. Los cuales, sin embargo, deben ser regulados y supervisados judicialmente para evitar que colisionen con garantías fundamentales o se apliquen arbitrariamente.

Como sostiene SHAW “Las organizaciones criminales no dudarán en expandirse si el rendimiento es alto y los riesgos son mínimos, y ningún País tiene inmunidad contra el alcance de ellas. Es por esto, que el ordenamiento jurídico de cada País debería, tomar siempre en cuenta la protección de los derechos individuales, actuar para autorizar el uso

de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, así como otras medidas necesarias, con el fin de mantener un estado de eficacia contra el crimen organizado”¹⁴.

Sin embargo, las organizaciones criminales han reaccionado en contra de estos procedimientos con actos de represalia e intimidación buscando neutralizar la eficacia probatoria que ellos pueden aportar, para de esa manera mantener incólumes sus mecanismos de impunidad vía el soborno y la violencia. Este tipo de acciones, a su vez, ha dado lugar al surgimiento y formalización de esquemas de protección de testigos y de la identidad de los agentes encubiertos.

Esto conllevó que mediante el Decreto Legislativo 982 de julio del 2007 se incorpore a nuestra legislación penal tres nuevos delitos relacionados con esas estrategias contra el crimen organizado, y que han sido desarrolladas también por importantes instrumentos internacionales como la Convención de Palermo del año 2000 y la Decisión Marco Europea del 24 de octubre de 2008. Uno de estos delitos es materia del presente estudio, esto es el delito de revelación indebida de identidad.

Por consiguiente, toda conducta que afecte su confidencialidad o que revele la identidad de quienes están vinculados con las operaciones, deviene en ilícita y debe ser criminalizada.

En el Perú en el artículo 409-B del Código Penal se tipificó la siguiente conducta penal: “El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, Agente Encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2 y 4.”¹⁵

¹⁴JAMES SHAW. *Derecho Internacional sobre el uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción*. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito- OPCION. Lima.2005,p.23

¹⁵ CODIGO PENAL, Jurista Editores. Edición Actualizada, junio 2017. Pág. 332

ANÁLISIS DE LOS ESTUDIOS, DOCTRINAS Y TEORÍAS VIGENTES.

Es necesario mencionar que en el Perú no existen estudios referentes a la razón de la criminalización del delito de revelación indebida de identidad, probablemente por ser un delito nuevo incluido en el Código Penal mediante el Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007.

ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA VIGENTE.

El Decreto Legislativo 982 de 22 de julio del 2007 incorporó a nuestra legislación penal tres nuevos delitos relacionados con estrategias contra el crimen organizado, delitos que han sido desarrolladas también por importantes instrumentos internacionales como: la Convención de Palermo del 15 de noviembre del 2000 y la Decisión Marco Europea del 24 de octubre de 2008. Uno de estos delitos es materia del presente estudio, esto es el delito de revelación indebida de identidad.

En coherencia con ello hoy se puede constatar que la gran mayoría de Estados Americanos y Europeos han introducido en su legislación normas al respecto. Sin embargo, como suele ocurrir, la técnica legislativa elegida no ha sido del todo uniforme. Es así que algunos países han incluido tales procedimientos de investigación en leyes especiales contra el tráfico ilícito de drogas obviando su utilización para otros delitos. Ese ha sido el caso de la legislación Argentina- Ley 24.424 del 2 de enero de 1995, artículos 5° a 11° y en un primer momento de la legislación peruana cuando se expidió el Decreto Legislativo 824 del 23 de abril de 1996, artículos 28° a 30°.

Otros Estados, en cambio, prefirieron incorporarlos en los Códigos Procesales como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado. Esta opción normativa, que otorga una mayor cobertura operativa, es la que asumió la Legislación Española desde 1999 con la Ley Orgánica 5/ 1999 del 13 de enero de 1999. Específicamente reformas a los artículos 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el Perú también se optó por esta tendencia al introducir tales técnicas de pesquisa en el Código Procesal Penal del 2004 en los artículos 340° y 341°; 472 a 481.

DERECHO PENAL COMPARADO

ARGENTINA

En lo referente a la criminalización del delito objeto de investigación, es necesario indicar que el artículo 31° de la Ley 23737, incorporado por la Ley 24424 el **Código Penal de la República de Argentina**, prescribe: **“el funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua.**

El funcionario o empleado público que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de uno a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años”¹⁶.

Con esta ley no sólo se protege la actuación del agente encubierto; sino también se le brinda una tutela penal.

Con este nuevo tipo penal, se cierra el círculo de protección al agente encubierto, tipificando como delitos aquellas conductas que impliquen develar la identidad del mismo.

Esta figura penal capta dos posibilidades, la primera de revelar la identidad del agente encubierto cuando está actuando encubiertamente en la organización delictiva y otra cuando goza de una medida de protección, como puede ser cambio de identidad.

Esta conducta penal incorporada contempla dos modalidades: dolosa y culposa, siendo que el bien jurídico tutelado abarca dos aspectos, el primero la actuación del agente encubierto dentro de la organización delictiva en la cual se infiltra, y por otro lado, su

¹⁶ENRIQUE EDWARDS, Carlos. *El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*. Editorial H. AD-HOC SRL. Buenos Aires- República Argentina. Primera Edición Junio 1996. Pág.101.

protección al igual que el testigo o imputado, respecto de los cuales se hayan adoptado medidas especiales de protección porque corren peligro sus vidas.

La acción típica de este delito consiste en revelar indebidamente una identidad y revelar es descubrir o poner de manifiesto aquello que es ignorado o secreto; y esta revelación debe ser indebida; es decir que no debe existir derecho a develar esa identidad.

Lo que se puede revelar indebidamente es:

a) La real o nueva identidad del agente encubierto; es decir la verdadera identidad del agente que se infiltró en una organización delictiva dedicada al narcotráfico, poniéndolo al descubierto al conocerse su real identidad; pero lo revelado también puede ser la nueva identidad del agente encubierto, cuando se han adoptado respecto de él medidas especiales de protección, como por ejemplo el cambio de identidad.

b) La nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, ello implica que aquellos que colaboraron con la investigación, y respecto de los cuales se adoptaron medidas especiales de protección como son la sustitución de identidad y nuevo domicilio.

Respecto del sujeto activo de este delito debe ser un funcionario o empleado público y según el artículo 77° del Código Penal Argentino, es: “todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Es decir, pueden ser aquellos funcionarios o empleados públicos que hayan participado en la designación del agente encubierto, o estén encargados de mantener en reserva su identidad. Podría ser el Juez que dispone el empleo de un agente encubierto en el curso de una investigación, personal del juzgado encargado de custodiar las actas de designación de agentes encubiertos, autoridades de la fuerza de seguridad o policial a la que pertenezca el agente encubierto, y lo hayan propuesto para esa función, o a los integrantes de esa fuerza que estén en contacto con el agente encubierto mientras este actúe y se conozca su real identidad.

En cuanto a la modalidad culposa, en la acción típica debe mediar una imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a cargo del autor, que permita o diere ocasión

para que otro sujeto conozca la real o nueva identidad del agente encubierto, o la nueva identidad o domicilio de un testigo o imputado protegido.

COLOMBIA

En la legislación Colombiana existe la figura de la **reserva de identidad del testigo**; sin embargo en la realidad ocurre que los acusados pueden llegar a saber quiénes testificaron contra ellos; además, para que pueda condenarse al procesado con base en el testimonio, la identidad del testigo debe ser conocida.

Los fiscales que llevan los casos son los únicos autorizados para solicitar la protección, por supuesto que el testigo puede hacer un requerimiento previo, pero la certificación la debe dar el fiscal y llenar una formato con amplia información, que es indispensable para diseñar la protección e igualmente para evaluar la necesidad de la misma. Este tipo de programas exige una implementación muy delicada. Antes de otorgar la protección es indispensable verificar cuál es el verdadero propósito del testigo al acogerse a dicho programa. Los funcionarios encargados de aplicarlo deben asegurarse de que no tenga una segunda intención, ya que el solicitante puede ser un prófugo o alguien que trate de eludir problemas económicos o personales. Para ello se precisa una evaluación psicológica hecha por personal autorizado.

Una vez que se acepta al testigo dentro del programa debe tenerse presente que el propósito del mismo no es satisfacerle sus necesidades económicas, sino proteger su vida y la de su familia.

La protección consiste en desplazarlo a otro lugar del País, colocarlo en un sitio seguro y en condiciones dignas, así como reubicar en muchos casos a su familia. Se le otorga atención médica psicológica y una asignación mensual según su estrato social y nivel cultural. Después de un periodo de adaptación de cuatro meses, se le busca un trabajo para que pueda mantenerse nuevamente por su cuenta. Hay casos en que si el testigo conoce un oficio, se le monta un negocio para que lo desempeñe.

En general, para protegerlo, el aislamiento al que se le somete debe ser muy rígido, incluso de sus propios amigos y familiares, a los que sólo puede ver en condiciones

planeadas y vigiladas por miembros del propio programa. El tiempo de protección está sujeto a que cesen las condiciones que obligaron a otorgarla, pero éste es un criterio difícil de precisar y tiene que analizarse caso por caso.

El programa siempre es voluntario y no forzoso, cualquiera que se encuentre en él puede abandonarlo si lo desea. Colombia ha mantenido operando este programa durante tres años y en ese lapso se ha dado protección a 40 testigos y su familia.¹⁷

PERÚ

Respecto a la existencia de algún antecedente a la criminalización del delito de revelación indebida de identidad en nuestra Legislación Peruana no existe.

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA VIGENTE.

Se trató de ubicar jurisprudencia nacional, respecto al delito de revelación indebida de identidad a partir de su incorporación por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio del 2007; sin embargo no se ubicó nada al respecto.

MARCO CONCEPTUAL. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

Agente Encubierto. Según el Código Procesal Penal prescribe: “Son miembros de la Policía Nacional del Perú que están autorizados mediante una disposición fiscal y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.¹⁸

La doctrina Argentina, tal como lo señala el jurista Carlos Enrique Edwards, lo define como: “un empleado o funcionario público que, voluntariamente y por decisión de una

¹⁷ ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos contra el Crimen organizado. Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie E. Varios. Número 72.* México Primera Reimpresión 1997.

¹⁸ CÓDIGO PENAL. Juristas Editores. Edición Actualizada setiembre de 2011.p.512.

autoridad judicial, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, etc. de la misma.”¹⁹

Agente Especial. Según el Código Procesal Penal Peruano del 2004 prescribe: “Es el ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal”.²⁰

Agraviado. Todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe.

Asociación Estructurada. La decisión Marco de la Unión Europea lo define: “Una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.²¹

Banda Criminal. Tomando en cuenta el fundamento 20 del Acuerdo Plenario 08-2019, se conceptualizó a la banda criminal como una estructura criminal de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (Artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la “delincuencia común urbana”. La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es pues una organización criminal “productiva” sino simplemente “de despojo mayormente artesanal y violenta”. Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que su número de integrantes puede ser reducido y su modus operandi suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la

¹⁹ ENRIQUE EDWARDS, Carlos. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la entrega vigilada*. Editorial Ad-hoc S.R.L. Primera Edición junio 1996 Buenos Aires República Argentina. Pág.53

²⁰ CÓDIGO PENAL. Juristas Editores. Edición Actualizada junio 2017.p.512.

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea. *Actos adoptados en aplicación del título V del Tratado de la Unión Europea*. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo del 24 de octubre del 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

agresión física o la amenaza, en cuanto al número de miembros puede estar conformado por dos o más integrantes²².

Criminalización. Decisión político criminal que se expresa formalmente en un procedimiento legislativo por el cual una conducta es convertida en delito prohibiéndose su realización y sancionando penalmente a sus autores o partícipes.

Criminalidad Organizada. Desde el punto de vista de la Criminología. Según Moscoso Callo es “una especial forma de actividad criminal colectiva, que se caracteriza por una estructura jerárquica estricta, así como por un proceder planeado y controlado de manera mercantil”²³, a lo que debe añadirse la conceptualización desarrollada en el Acuerdo Plenario N° 08 – 2019, en cuyo fundamento 18 describe: *Crimen Organizado: conjunto de actividades delictivas que son: i) cometidas por una organización criminal (con un nivel de estructuración de mediana complejidad, no necesariamente jerárquico, con diversos roles y funciones así como estabilidad en el tiempo); ii) que controlan un determinado territorio o un eslabón de la cadena de valor de un mercado ilegal; iii) que penetran en los circuitos económicos formales para insertar sus ganancias y burlar el control estatal; iv) que diversifican sus delitos o se especializan en mayor grado a fin de aumentar la rentabilidad de sus actividades; y v) que usan la violencia (directa e indirecta) y la corrupción (en diferentes niveles como medios de operación, no solo en las altas esferas del poder, sino también en aquellas esferas burocráticas necesarias para sus actividades delictivas)*”²⁴. Para María de La Luz Lima es “aquella actividad realizada por asociaciones de individuos o grupos que se auto perpetúan, estructurados y disciplinados, unidos con el propósito de obtener ganancias o ventajas monetarias o

²² CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO. Acuerdo Plenario 008-2019/CIJ-116, *Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal*, Corte Suprema de Justicia de la República XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, publicado el 10 de setiembre de 2019.

²³ JUANA LUZ MOSCOSO CALLO. *Criminalidad Organizada, en Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* núm.47, 1997,p.103. citado por Pablo Sánchez Velarde. Los Procedimientos Penales Especiales ante la Criminalidad no Convencional, en Anuario de Derecho Penal 96.p.194

²⁴ CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO. Acuerdo Plenario 008-2019/CIJ-116, *Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal*, Corte Suprema de Justicia de la República XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, publicado el 10 de setiembre de 2019.

comerciales, mientras protegen sus actividades por medio de un padrón de sobornos y corrupción.²⁵

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Español en el artículo 282° bis.4, “Considera 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: a) Delito de secuestro de personas previstos en los arts. 164 a 166 del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts.187 a 189 el Código Penal. c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal. d) delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312° y 313° del Código Penal. e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332° y 334° del Código Penal. f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345° del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368° a 373° del Código Penal. h) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386° del Código Penal. i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566° a 568° del Código Penal. j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571° a 578° del Código Penal. k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previsto en el artículo 2.1. e) de la Ley Orgánica del 12/12/1995, de represión del contrabando.”²⁶

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas o Convención de Viena. La Convención de Viena enfoca el tráfico y uso indebido de drogas desde un punto de vista más integral, considera el tráfico ilícito como una actividad delictiva internacional cuya supresión exige con urgencia y cooperación internacional. Su objetivo es promover la cooperación entre las Partes a fin de que se haga frente a los diversos aspectos del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para lo cual estipula que las Partes deben adoptar las medidas necesarias de tipo legislativo en sus ordenamientos jurídicos internos, siempre que se realicen de

²⁵ JUANA LUZ MOSCOSO CALLO. *Criminalidad Organizada, en Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* núm.47, 1997.p.103. citado por Pablo Sánchez Velarde. Los Procedimientos Penales Especiales ante la Criminalidad no Convencional, en Anuario de Derecho Penal 96.p.194

²⁶ GRANADOS PÉREZ, Carlos- *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001.Consejo General del Poder Judicial. C/ Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid- LerkoPrint, S.A. Pág. 249.

acuerdo a los principios de igualdad entre los Estados y respeto a la soberanía y no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Denominada también **Convención de Palermo**. Fue realizado en diciembre del 2000 y fue suscrita en Palermo (Italia), en dicho documento la Comunidad Internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial, indicando que si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacerse con la acción de la Ley. La convención, es complementada por los protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y el protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones”.²⁷

Delito de carácter transnacional. La Convención de las Naciones Unidas lo describe como si “ a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”²⁸

Colaborador Eficaz. Es la persona que se encuentra o no sometido a un proceso penal, o aquel que haya sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal; y para ello, el colaborador debe haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen; y deberá presentarse al Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz.

²⁷Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional- Aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Pág.6

²⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional – aprobada por la Asamblea General en su Resolución 55/25, del 15 de noviembre del 2000. Pag. 7.

Delito Grave. La Convención de las Naciones Unidas lo define como “La conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.²⁹

Entrega Vigilada. Según definición por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas “Técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I o el cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más Países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente convención”.³⁰

Grupo Delictivo Organizado. La Convención de las Naciones Unidas lo define como “Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”³¹

Grupo Estructurado. La Convención de las Naciones Unidas lo define como “Un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”³²

Organización Criminal.- El autor Carlos Granados Pérez, cita en su obra a Herrero Herrero, C, quien en su libro de Criminología, Parte General y Especial, proporciona un concepto doctrinal de orden criminológico “La organización criminal es susceptible de

²⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional – aprobada por la Asamblea General en su Resolución 55/25, del 15 de noviembre del 2000. Pág. 6.

³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Naciones Unidas 1998. Pág. 2.

³¹ *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*- Aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Pág.6.

³² *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*- Aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Pág.6.

presentarse en una pluralidad de variedades, constituyendo el fenómeno más preocupante aquella que ofrece una dimensión transnacional. En ocasiones se trata de organizaciones de carácter multidisciplinar, en atención a que son varios los posibles objetos de su actividad criminal.”³³. De otro lado la jurisprudencia peruana en el Acuerdo Plenario N° 08 – 2019, en su fundamento 19 la describe como: “cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077³⁴”.

Organización Delictiva.- La decisión Marco de la Unión Europea lo define como: “Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.³⁵

Perito. Es la persona llamada por el conocimiento específico que posee, prevalece fundamentalmente el elemento técnico. El Perito es un órgano de prueba que nace desde el proceso penal mismo.

Política Criminal. El Doctor Víctor Prado Saldarriaga lo define de la siguiente manera: “es un sistema que vincula objetivos, estrategias, decisiones, acciones de gobierno y organismos públicos con la función común de prevenir y controlar los problemas sociales de criminalidad que afronta un País en un contexto histórico determinado.

³³ GRANADOS PÉREZ, Carlos- *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Consejo General del Poder Judicial. C/ Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid- LerkoPrint, S.A. cita a Herrero, C. Criminología, Parte General y Especial. Págs. 232-233).

³⁴ CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO. Acuerdo Plenario 008-2019/CIJ-116, *Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal*, Corte Suprema de Justicia de la República XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, publicado el 10 de setiembre de 2019

³⁵ Diario Oficial de la Unión Europea. *Actos Adoptados en Aplicación del Título V del Tratado de la Unión Europea*. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo del 24 de Octubre del 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

La política criminal es una manifestación concreta de la Política General del Estado y por tanto debe ser parte integrante de todo proyecto nacional”.³⁶

Revelación Indevida de Identidad. Revelar es descubrir o poner de manifiesto aquello que es ignorado o secreto; y esta revelación debe ser indevida; es decir que no debe existir derecho a develar esa identidad.

Técnicas Especiales de Investigación. Son medidas necesarias que cada Estado Parte, adopta dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada, las mismas que pueden ser: la entrega vigilada, vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, entre otras.

Testigo. Persona física que se encuentra presente al momento de la comisión del delito y que es llamada al proceso penal para que declare sobre lo que conoce de los hechos que se investigan.

³⁶ PRADO SALDARRIAGA, Victor Roberto. *Sobrecriminalización. Separata de la Conferencia Pronunciada en la Casona de San Marcos* de Lima el 12 de Noviembre del 2008.P.2.

CAPITULO II:

LA POLÍTICA CRIMINAL

CUESTIONES GENERALES: Una de las múltiples funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida comunitaria. Para lograr que esta sea estable y fecunda, debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales. El funcionamiento y la orientación de esta actividad deben ser apreciados en relación con el contexto social y político en el que se originan y desarrollan. Por lo tanto no se trata de un proceso neutro o imparcial.

A esta reacción organizada de la colectividad frente a las acciones delictuosas (lato sensu) que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico, se le denomina política criminal y todo sistema social, en este sentido, la tiene. Cuanto más evolucionada es la Sociedad, la política criminal deviene en una estrategia frente a la delincuencia, elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva.³⁷ La misma denominación es utilizada para designar a la disciplina o el método de estudio de la reacción contra la criminalidad, tal como es efectivamente, practicada. Es tarea de esta disciplina describir tanto la reacción social contra la delincuencia, como determinar los lineamientos que deben seguirse para lograr una mayor eficacia.

La reacción contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestación concreta de la política general del Estado. Así, uno de los aspectos de esta es la política criminal. Sin embargo, toda reacción Estatal dirigida a evitar la comisión de comportamientos delictuosos o suprimir ciertos factores que favorecen su comisión no forma parte, siempre, de la política criminal, ya que si bien esta goza de cierta autonomía al interior de la política estatal, está comprendida en una más amplia: la política social. Una buena política social constituye sin ninguna duda, una condición indispensable para una política criminal eficaz.

El ámbito social en el que se implanta y desarrolla la política criminal no constituye; sin embargo, un dato objetivo. Las nociones de “delincuencia”, “crimen” y “criminal” son el

³⁷ANGEL MARC/MARX, YVONNE. Les Codes Peanous Europeens, Centre Francais De Droit Comparé, T.I-IV, Paris, s/f

resultado, precisamente, de intensos debates sobre los criterios de la misma política criminal, los cuales condicionan la elección de los comportamientos que serán criminalizados.³⁸ En efecto ningún comportamiento es delito en sí mismo. En realidad su carácter “delictuoso” varía según los tiempos y los lugares donde es cometido.

La programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen de los estudios pendientes a determinar la amplitud del fenómeno delictuoso y a describir también los diferentes modos de reacción social. De esta manera, se evitará que la reacción sea espontánea o inorgánica, motivada solo por el afán de dar satisfacción a los movimientos de la “opinión pública”, originados por la comisión de ciertas infracciones (política criminal “golpe por golpe” del “coup par coup”), o destinada a sosegar, mediante la multiplicación o agravación indiscriminada de la representación a un público impresionado o temeroso ante la frecuente comisión de ciertos delitos.

La política criminal esta, pues en particular, relacionada con la criminología y la teoría de la pena. Antes de la aparición de la criminología en tanto que disciplina relativa al estudio del crimen, del delincuente y de la reacción social frente a la criminalidad, la política estatal contra esta última se inspiraba en la concepción de un derecho penal basado en la culpabilidad y en la retribución. La pena así el único medio para disuadir a las personas de cometer delitos y, una vez cometidos, para restablecer el orden perturbado. Con el positivismo Italiano que está en el origen de la criminología y que constituyó en el siglo XIX la culminación del progreso de las ciencias naturales, la negación de la culpabilidad y de la pena retributiva entrañó un renacimiento en el discurso y la práctica, en el ámbito de la lucha contra la delincuencia.

En cuanto al derecho penal hay que señalar que el poder coercitivo de las sanciones es uno de los medios que el Estado tiene para alcanzar sus objetivos. Mediante este poder, organiza un sistema específico formalizado, llamado sistema de justicia penal, el cual está compuesto, por un lado, de un conjunto de normas que prevén tanto el comportamiento delictuoso y la sanciones aplicables, como el procedimiento a seguir para pronunciar y

³⁸ La definición de delitos está estrechamente condicionada por la leyes penales y, por tanto por las condiciones por la cuales estas son establecidas; cf.KILLIAS, 1991, N°802s.

aplicar estas sanciones. Por otro lado, de una red de órganos encargados de poner en práctica las normas penales, tales como la Policía, el Ministerio Público, las Autoridades responsables de instruir y juzgar procesados y los servicios de ejecución de las penas. El derecho penal juega así un papel importante a nivel de la organización y la determinación de las relaciones sociales, en el seno del control social. Sin embargo, no solo limita la libertad de los individuos, sino que también crea las condiciones necesarias para que estos puedan desarrollar su personalidad y sus proyectos de vida.

Las reformas penales han sido fuertemente influenciadas por los estudios y los debates pendientes a establecer las estrategias a adoptar para luchar más eficazmente contra la criminalidad. Por ejemplo, la reforma del Código Penal Alemán fue marcada por el proyecto alternativo, elaborado de manera esencial sobre la base de criterios de política criminal en detrimento de preocupaciones de orden dogmático; en el Perú, por el contrario la Reforma de 1991 no contó con la información necesaria sobre la realidad delictuosa y sobre la mejor manera de reaccionar contra la delincuencia. Imperó sobretudo preocupaciones de orden dogmático y no de política criminal. Si bien el sistema de sanciones penales fue modificado de manera importante, las razones no fueron fruto de un análisis sobre la manera de cómo deberían ser reguladas para que sean eficaces en un medio como el peruano. La actual propuesta de reforma materializada en el Anteproyecto de 2004, no tiene ninguna pretensión innovadora sustancial por falta de una concepción seria; de cambio del sistema de control penal.

Una coherente y racional política criminal supone, por tanto un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que lucha contra la delincuencia; instituciones que debe, como afirma Marc Ancel, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y que deben ser adecuadas a las condiciones sociales³⁹.

Como lo ha establecido el autor HURTADO POZO, cuando se habla de política criminal no se puede hacer de manera aislada; toda vez que, está íntimamente relacionada con la criminología y la teoría de la pena:

³⁹ Angel, 1975, a.p. 2.6; ZIPF, 1973, p. 2s. ver RIDP, 1978, N° 1 volumen consagrado a "Política criminal y derecho penal"

a) Dogmática Penal: La expresión “Derecho Penal” es utilizada para designar el conjunto de reglas jurídicas destinadas a regular el ejercicio del poder punitivo del Estado, así como para referirse a la disciplina que estudia esta rama del orden normativo. En el dominio jurídico, la distinción del objeto de estudio de la disciplina que lo estudia tiene su origen en la consolidación del principio de legalidad, en la medida en que este determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales y positivas. El hecho de que el derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado, implica que exista una relación estrecha entre el derecho – objeto de estudio (derecho positivo) y el derecho – disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto. Esta circunstancia debe ser tomada en cuenta tanto para comprender bien que es la dogmática penal, como para percibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al estudiar las normas y sistematizar los resultados de su trabajo. En Alemania y en los países fuertemente influenciados en pensamiento germánico, la “ciencia del derecho penal” es designada bajo el nombre *Strafrechtsdogmatik*⁴⁰. En Francia se prefiere el término “ciencia” “disciplina”, o, en teoría general del derecho, “doctrina”. De esta manera se trata de señalar por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalista) y, por otro, el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones.

En especial entre los penalistas se utiliza el término dogmática; pero, sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia. El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos de este carácter. Su labor es descrita como el estudio del Derecho con la finalidad de hacer más fácil su aplicación. Por otro, la dogmática es calificada de no científica. De modo que el sustantivo “dogmática” y el adjetivo “dogmático” han adquirido una significación peyorativa. Así, se la define como la actividad jurídica caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas.

Estas diferencias de opinión son en parte debidas a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado no solo por la simple admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis en el ámbito de la teoría del conocimiento, que han cambiado

⁴⁰ Mediante esta expresión se hace referencia a la disciplina que abarca a la interpretación como a la sistematización y perfeccionamiento de las normas legales y de los conceptos jurídicos en materia penal, ROXIN, 1997, 7 N° 1

profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento⁴¹, ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que rigen la práctica científica. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades.

Para contrarrestar las críticas que se les hacen, los juristas han tratado de atenuar su tendencia hacia un razonamiento demasiado abstracto y de tomar en consideración los aportes de las ciencias humanas. Así, buscaron abandonar la “mala dogmática” (vinculada a criterios conceptualistas caracterizados por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y “neutralismo” axiológico) en beneficio de una “buena dogmática”, crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de orden axiológico.

Sin embargo, el cuestionamiento de la dogmática no puede ser afrontado de esta manera. Conviene precisar en qué consiste la actividad real de los juristas, para lo que deben de limitarse sus intenciones y sus objetivos más allá de sus alegaciones.

Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el derecho positivo, inevitablemente incompleto. También, trata de organizarlas en un sistema ordenado y coherente. Resulta así comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho⁴².

Los mal entendidos surgen cuando la labor de los juristas es explicada afirmando, primero, que la doctrina jurídica solo tienen la función de descubrir mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el derecho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación “realistas” en el sentido de que corresponden a las

⁴¹ El carácter pasajero de la legislación fue el punto de partida de la crítica de KIRCHMANN

⁴² HASSEMER, 1974, p.176: “Por esos se puede decir que, en un plano formal y negativo, la dogmática penal tiene por función la diferenciación sistemática del derecho penal plasmado en un C.P. y la jurisprudencia penal, para llevarlas luego a la práctica judicial”

estructuras reales y, por último, que los juristas hacen en el derecho positivo vigente una descripción objetiva y neutra a nivel axiológico.

En este sentido, de manera tradicional la dogmática ha sido caracterizada señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuestas a todo conflicto jurídico. Segundo, la ley adquiere- una vez promulgada -vida autónoma. Su significado evoluciona conforma a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas- científicos del derecho- revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y lograr así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realizan la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico.

La crítica a estas maneras de percibir la dogmática ha llevado a distinguir entre una “mala dogmática” y una “buena dogmática”. A la primera se le considera vinculada directamente al criterio conceptualista que se caracteriza por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y neutralismo axiológico. La segunda sería la “dogmática crítica”, abierta a las ciencias sociales y toda discusión de índole axiológica. Esta distinción, además de ser incorrecta, impide que el problema sea planteado de modo claro.

Al respecto, hay que aceptar que se encuentra muy enraizada, la convicción de que la función del jurista no es otra que la de descubrir, mediante el análisis de conceptos, las soluciones implícitas en el derecho positivo. Así mismo, que se admite aun una “significación realista” de los conceptos jurídicos; es decir, se cree que tales conceptos son conformes a las estructuras del mundo real. Además, que se afirman con frecuencia que los juristas describen el derecho positivo de manera objetiva y neutral. Por último, hay que tomar conciencia de que la persistencia de estas ideas y la opacidad del debate son el resultado de que no se ha esclarecido en qué consiste las funciones de la dogmática. De manera abreviada, el Doctor Hurtado Pozo, afirma que la dogmática tiene doble función, una declarada y la otra latente u oculta. La primera, la “oficial” consiste en describir el derecho positivo. La segunda, es la de reconstruir el sistema legal despojándolo de sus imprecisiones. Esta dicotomía crea dificultades. Ante todo, debido a que la eliminación de las imprecisiones de la ley, conducen necesariamente a escoger

como correcta una de las soluciones que se deducen de esta. Luego, porque este acto de escoger no se realiza mediante el simple análisis descriptivo del derecho positivo, ni sin que el jurista tenga que determinar el grado de conformidad axiológica de las diversas alternativas. Esta dificultad no puede ser superada dando la preponderancia a una de las funciones (la de describir o la de reconstruir el derecho positivo), en detrimento de la otra. Se trata, por el contrario de asumir al mismo tiempo las dos funciones de la dogmática, que deben ser cumplidas con rigor. Esta dimensión práctica hace que la dogmática pueda también ser concebida como una técnica, lo que le atribuye en gran parte el prestigio que se le reconoce.

La descripción del derecho positivo será acertada, en la medida que sean presentados con claridad los diversos resultados obtenidos mediante la interpretación de la ley; en lugar de tratar de convencer que uno solo de estos resultados es el correcto o posible. En esta perspectiva, debe evitarse hablar de principios, conceptos y teorías como si formasen parte del sistema positivo, cuando no son, en realidad, más que productos elaborados por la misma dogmática.

La reconstrucción del sistema legal sería más satisfactoria sino fuera concebida como el hecho de explicitar el contenido latente de las reglas jurídicas, sino más bien como el análisis abierto de los juicios de valor en que se basan las soluciones dogmáticas. De esta manera, se evitarían al menos dos críticas importantes: primero, el abuso del “juridismo”; es decir, el “recurso a ficciones que son tomadas luego como realidad y que, debido al abuso de razonamientos abstractos, ocultan, por el contrario, la realidad de la criminalidad”. Segundo, el escondimiento de la toma de posiciones axiológicas subyacentes en la renovación del derecho positivo. Esta simulación del aspecto esencial de la labor del jurista constituye un obstáculo para la discusión exhaustiva y franca sobre la justificación del criterio axiológico adoptado. Resulta también imposible elaborar un sistema coherente de valores implícitos en las proposiciones dogmáticas destinadas a renovar la estructura del sistema jurídico positivo.

El estudio de las normas positivas “desde adentro” constituye la dogmática jurídica. En lo que se refiere al derecho penal, el dogmático parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, sistematiza su material, recurriendo a la jurisprudencia y opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, como los sostiene Gioja, no

satisface el saber del derecho. También se requiere conocer sus efectos en las conductas efectivas de los hombres, su influencia sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes⁴³. La tarea de los juristas no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen asimismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, en eliminar sus contradicciones, en subsanar sus insuficiencias⁴⁴. Esto no se realiza, ni debe efectuarse sin explicitar los criterios axiológicos que sirven de base.

La dogmática penal sirve, de esta manera, para un mejor conocimiento del sistema normativo y para garantizar su aplicación coherente e igualitaria, concurriendo así a la proyección de una correcta política criminal.

b) Criminología: De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a indicar algunos aspectos que justifican relacionar estrechamente la criminología con la política criminal y el derecho penal. Esta descripción esquematiza y, en buena parte arbitraria, solo busca destacar el contexto humano del derecho penal a diferencia de la dogmática penal, la criminología se ocupa del estudio del fenómeno delictuoso, de la reacción de la Sociedad, investigando sus causas, su significación en la vida del individuo y de la comunidad y, asimismo, de la personalidad del delincuente, de sus características físicas y psíquicas, de su desarrollo y de sus posibilidades de tratamiento. Para alcanzar sus objetivos, recurre a los diversos métodos que ofrecen las ciencias naturales y sociales.

Desde sus orígenes y hasta hace unas décadas, las investigaciones criminológicas estaban orientadas, sobre todo, hacia el estudio de la delincuencia en tanto que fenómeno individual y social. Hoy en día, el objeto principal de estudio son el control social y los órganos que lo ejercen. Así, la etiología de la delincuencia ha dejado de ser la preocupación central. Esta se dirige más bien hacia la reacción social que condiciona el hecho de que se califique de criminales a las personas y como delitos sus comportamientos. A groso modo, es posible distinguir una corriente centrada en el

⁴³ GIOJA, T.II, p.42

⁴⁴ NINO, 1980 a, p.65; IDEM, 1980 b, p. 321. Este autor afirma que la función principal de la dogmática es la creación de derecho y que esta constatación debe ser tomada en cuenta por cualquier modelo de investigación jurídica que proponga, más allá de los perjuicios acerca de su presunto carácter científico.

delincuente y su comportamiento de otra dirigida hacia el fenómeno de la criminalización.

Veamos, las orientaciones y los progresos de las investigaciones criminológicas. La reacción contra la concepción metafísica de la Escuela Clásica del derecho penal, fue provocada por el desarrollo de las ciencias humanas y sociales y fue encabezada por la llamada escuela positiva. Bajo sus amparo surgió la criminología tradicional, la misma que evolucionó en direcciones divergentes de acuerdo con la ciencia que le servía de base (antropología, biología, psicología o sociología).

b.1. Biología Criminal: Lombroso⁴⁵ Médico orientó sus trabajos hacia la persona del delincuente. Consideró que la delincuencia era un fenómeno atávico, generado por deformaciones biológicas y que, en consecuencia, el delincuente era un “criminal nato”, miembro de una especie particular del género humano⁴⁶. Si bien matizó sus concepciones recurriendo a nociones sociológicas y psicológicas, no abandonó su preocupación biológica y antropológica central.

Las investigaciones destinadas a determinar las causas biológicas del comportamiento delincuente, han sido continuadas sin gran éxito. Sin olvidar los estudios puramente anatómicos⁴⁷ y caracterológicos, pensamos en particular en tres trabajos que lograron notoriedad. En primer lugar, las investigaciones realizadas sobre los comportamientos de gemelos de bagaje hereditario similar. En los años treinta, se llegó a la conclusión que, en el caso de los gemelos univitelinos, la coincidencia de comportamientos criminales era más frecuente que en los gemelos bivitelinos. Mediante estas investigaciones, se quiso demostrar la justeza de una hipótesis exagerada que consideraba la herencia fuente de toda criminalidad.

El mismo objetivo también fue perseguido por los estudiosos de las aberraciones cromosómicas, que pueden resultar de un defecto (ausencia de un cromosoma) o de un exceso (presencia de un cromosoma suplementario o supernumerario). Estas aberraciones se manifiestan por un desequilibrio del organismo y tienen consecuencias desastrosas en

⁴⁵ LOMBROSO, CESARE. *Luomo delinquent studiato in rapporto all antropologia, a lla medicina legale e alle discipline carcerarie*, 1° ed., Milano, 1876

⁴⁶ El título de la principal obra de Cesare LOMBROSO muestra con claridad su pensamiento: *Luomodelinquentestudiato in rapportoall antropologia, a lla medicina legale e alle discipline carcerarie*.

⁴⁷ Los estudios de PERRIER, de inicios del siglo XX, sobre la talla, el busto, los pies o la textura de los delincuentes.

su desarrollo. Observando las estadísticas de la criminalidad, se afirmó que la aberración por exceso sería la más frecuente. Así mismo, se creyó descubrir en los delincuentes habituales peligrosos un cromosoma excedente “Y”, que fue de inmediato calificado de “cromosoma asesino”. Estas perturbaciones resultarían de un funcionamiento defectuoso de las células cerebrales afectadas por la presencia, en su núcleo de este cromosoma sobrante y determinarían que su portador cometiera actos violentos.

b.2. Sociología Criminal: Contra esta manera de concebir y explicar la criminalidad, se afirmó que el delincuente y el comportamiento criminal no deben ser observados como fenómenos aislados, ya que ambos se encuentran condicionados por factores externos. A pesar de estas críticas y de la poca influencia que esta concepción ha tenido en la política criminal y en la legislación, generó en la opinión pública el perjuicio consistente en creer que el delincuente es reconocible por su apariencia externa. Creencia que tiene aún efectos negativos en la reacción social contra la delincuencia.

Para Ferri⁴⁸ otro promotor del positivismo italiano, se preocupó sobre todo por explicar la delincuencia desde una perspectiva social, sin dejar del todo de lado las causas biológicas y psíquicas. En su opinión el delincuente estaba fatalmente determinado a delinquir y era responsable por el simple hecho de vivir en Sociedad. Por tanto, propuso “sustitutos penales” en lugar de las penas y los definía como medidas de prevención destinadas a desalentar la criminalidad.

En la evolución de la criminología la corriente sociológica ha tenido una gran influencia. Entre las principales investigaciones sociológicas, debemos mencionar la teoría de la “asociación diferencial” de Sutherland⁴⁹.

Según este autor, el comportamiento criminal es una conducta aprendida. El aprendizaje comprende dos etapas: primero, la enseñanza de las técnicas de comisión de la infracción, y segundo, la orientación de los móviles, tendencias impulsivas y diversas inclinaciones. Las posibilidades de que una persona se transforme en criminal estarían así en relación con la naturaleza, la intensidad y la duración de sus diversos contactos con quienes

⁴⁸ FERRI ENRICO. Sociología criminal, prólogo de primitivo Gonzales de Alva, traducción de Antonio Soto y Hernández, Madrid, T. I-II. 1908.

⁴⁹ E. H. SUTHERLAND, principles of criminologi (primera edición Philadelphia 1924); Principes de Criminologie, Paris 1966, White collar crime, New York- Chicago 1961.

cometen delitos y consideran esta actitud como correcta. Sin embargo, es indispensable subrayar que, para Sutherland, el proceso de socialización o de asimilación cultural es el mismo en el caso del delincuente que en el de las demás personas.

El sujeto deviene delincuente porque no tiene ante sí un modelo no criminal. De manera más general, cada individuo asimila invariablemente la cultura del medio en que vive, a menos que otros modelos no vengán a oponerse a esta cultura. Es decir, que la formación criminal por asociación no se adquiere solo por imitación sino también mediante los otros mecanismos presentes en todo proceso de formación.

En opinión de Alfred K Cohen⁵⁰, el comportamiento delictuoso tiene su origen y se desarrolla, más bien, al interior de una “subcultura criminal”. Los grupos de delincuentes producen valores y normas propias contrarios a las normas de la cultura predominante. La oposición no es solo negativa en la medida en que supone la elaboración de “modelos paralelos” de comportamiento. El acto delictuoso sería así una alternativa y no simplemente una desviación. Refiriéndose a la delincuencia juvenil, afirma que la estructura social genera esa oposición a la cultura dominante, sin que los agentes tengan objetivos económicos.

Sobre la base de los trabajos de Durkheim y Parsons, Robert K. Merton afirma⁵¹, según su tesis de la anomia social, que el comportamiento delictuoso está condicionado por los insuficientes medios legales ofrecidos por la sociedad a ciertos grupos de personas para alcanzar el estado de bienestar material que promete para todos. De modo que hay un desacuerdo entre los fines (cultura) y los medios (la sociedad), debido a que todas las personas no disponen de los mismos recursos. Es decir, no tienen las mismas posibilidades de accesos al bienestar social. Este desequilibrio entre los fines propuestos y los medios legítimos ofrecidos para alcanzar dichos fines, constituyen la anomia. Esta situación empuja a ciertas personas a recurrir a medios ilícitos para lograr tales objetivos. La sociedad se caracteriza, en consecuencia, por una ruptura en su estructura sociocultural. Merton, va aún más lejos en sus conclusiones respecto a la manera como

⁵⁰ ALFRED COHEN, *Delinquent boys: the culture of the gang* (1ª Edición. Glencoe 1955); *Abweichung und KONTROLLE*, München 1968; JAMES F. SHORT/ ALBERT K. COHEN, *Zur Erforschung delinquenter subkulturen*, en: F. SAC/R. KOHENING, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M. 1974, p. 372.

⁵¹ Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure* (1ª Edición New York 1949).

la anomia social influye en el comportamiento del individuo. Lo hace mediante la descripción de modelos de adaptación individual.

El aspecto positivo de las explicaciones sociológicas consiste en ofrecer un buen número de medios de análisis para comprender mejor la criminalidad. Su orientación común no impide que fracasen al tratar de explicarla de manera homogénea. Su afán de buscar identificar el factor criminógeno decisivo les impide percibir la complejidad de los factores que se encuentran en sus orígenes. En todo caso, hay que destacar que todas estas explicaciones no tienen como objetivo suministrar una justificación concreta del comportamiento delictuoso individual. Su objetivo es aclarar en qué consiste el fenómeno social de la delincuencia y, así, facilitar la comprensión de los casos particulares.

b.3. Psicología Criminal: Frente a las explicaciones sociológicas, se han desarrollado análisis psíquicos, así, mediante el análisis detallado del aspecto psicológico del comportamiento criminal se ha tratado de responder a una pregunta capital, que había sido dejada de lado por las tesis biológicas y sociológicas: ¿Por qué las personas sometidas al mismo condicionamiento biológico o social no siempre se convierten en delincuentes? Los psicólogos tratan de responder esta pregunta investigando porque la adaptación social del criminal no es igual a la de las demás personas⁵².

La orientación psicológica, desarrollada a partir de la teoría de Freud (psicoanálisis clásico) y las doctrinas de Jung y Adler, destaca la importancia de los conflictos afectivos y del desarrollo sexual en el origen de traumatismos y, por lo tanto de complejos (por ejemplo el complejo de Edipo), que pueden conducir a cometer delitos. Junto a esta concepción cabe mencionar también la corriente fenomenológica construida sobre la base del análisis y de la interpretación clínica de la relación interindividual e inspirada en las ideas filosóficas de la fenomenología y del existencialismo (Heidegger, Jaspers). Así mismo, la orientación tipológica, basada en las doctrinas constitucionales que elaboraron “la tipologías criminales”. Por último, señalaremos la tendencia behaviorista que busca a partir de indagaciones sobre la fisiología cerebral, explicar el comportamiento humano.

⁵² H DECHENE, Verwahrung und delinquenz. ProfileinerKriminalpsychologie, Munchen 1975; B. Muss, GestorteSozialisation, PsychoanalytischeGrundalgentherapeutischerHeimerziehung, SegundaEdición, Munchen 1975; F. Alexander/ H. ESTRAUS, Der Verbrecher und/ seinRichter. EinPsychanalytischer Einblick in die welf den paragraphenViena, 1929; M Jena PiajetPsychologie et Epistemologie, Pour uneTheorie de la connainsanse, Paris 1970; Jean Pinatel “Criminologie et Psychanalyse”, en: Revue Francaise de Psychanalyse, 1954, N° 2.p 281

Recordemos, por ejemplo, las investigaciones pluridisciplinarias realizadas en los últimos años, sobre el cerebro y sus funciones.

Al abordar el tema de psicología criminal resulta indispensable fijar algunos hitos de carácter general: en primer lugar, debemos señalar que al hablar de este tema necesariamente tenemos que recurrir a conceptos de la psicología y, eventualmente de la psiquiatría, para luego ser aplicados al campo del derecho penal. Nos encontramos frente a una relación interdisciplinaria, caracterizada porque determinados principios y conceptos, elaborados en este caso por la psicología, son aplicados al campo del derecho para conseguir que éste último se vea enriquecido, tanto en su contenido como en su praxis, cuando se trata de apreciar o evaluar la conducta de individuos que han delinquido.

El doctor Gutiérrez F. Carlos, indica que en lo referente a la correlación entre psicología y el derecho, en la apreciación de un delito y de su autor, es indispensable tener en cuenta, no solamente las circunstancias en las que se cometió el acto delictivo, sino también la estructura mental y la personalidad del delincuente, sus reacciones y modos de ser habituales, sus antecedentes; de tal manera que, se pueda deducir con mayor precisión la responsabilidad en el delito cometido, que es imposible establecer en el estricto margen que la ley penal autoriza para el procesamiento judicial; para alcanzar ello presupone una sistematización de los conocimientos psicológicos y psiquiátricos, indispensables para comprender la inmensa gama de matices de este orden que se observan en los seres humanos y su correcta aplicación en el campo del derecho. Debiendo tener en cuenta:

b.3.1.Los factores que intervienen en la comisión de un acto delictivo: Es necesario realizar un análisis de los factores psicológicos y sociales que intervienen en la comisión de un delito, concretado en el contexto del individuo como agente o actor principal y el de la situación o circunstancia; procurando penetrar en la compleja trama de factores de importancia relativa en la comisión del delito.

- **La herencia:** En relación con la psicología general y con la conducta en particular, ha quedado establecido que es a través del cerebro como órgano biológico, cómo es que la herencia podía manifestarse. Se hace alusión a los retardos mentales u oligofrénicos cuya posible causalidad tiene que buscarse en la falta de desarrollo de determinadas áreas del cerebro, el cual tiene su origen indudablemente en el campo genético; y, también a ciertas

patologías mentales como la psicosis o enajenaciones mentales en las cuales, ya está plenamente establecido que existen disturbios de carácter bioquímico cerebral los cuales se manifiestan como trastornos psicopatológicos y de la conducta.

La herencia de la conducta delictiva no se da en el sentido de que si el padre del agente fue un delincuente común y la madre una prostituta, el hijo o la hija necesariamente tienen que ser delincuentes. El asunto resulta más discutible, sí, por ejemplo, el individuo se cría fuera del hogar paterno, en un ambiente familiar propicio y donde recibe afecto y apoyo emocional. Pueden no llegar a ser delincuente y volverse más bien persona útil y positiva; también se ven casos de padres ejemplares, que, sin embargo, pueden tener un hijo con una conducta definitivamente delictiva. Quedando establecido de manera prematura que la conducta anormal o delictiva, según el caso, no es de herencia forzosa, y que más bien tiene una importancia fundamental el ambiente familiar o social donde se desarrolla el individuo.

Sin embargo, en los últimos tiempos la investigación genética avanza a pasos agigantados, donde se ha llegado a la definición del llamado genoma humano o mapa genético, el cual constituye una estructura de genes organizados, cada uno de los cuales dará lugar a ciertas características del futuro ser. Dentro de dichos tejidos tenemos que considerar al cerebro, el cual, a partir del genoma, tendrá determinadas características estructurales y fisiológicas. De este modo, determinadas áreas del cerebro que tienen una relación estrecha con ciertas manifestaciones del comportamiento a partir de los genes, pueden adquirir ciertas características, en primer lugar, bioquímicas, y, en segundo lugar, fisiológicas. Y todo se va a manifestar de algún modo en el comportamiento y conducta del individuo. En el presente hay que tomar la herencia y los genes como influencias innegables pero de manera relativa en la práctica. Las experiencias positivas del individuo pueden atenuar o anular algunas características hereditarias negativas.

- **Las tendencias instintivas profundas del individuo:** Este punto nos lleva a intervenir en la psicología de las tendencias instintivas profundas y propias del hombre y, al mismo tiempo, a relacionarlas con las instancias superiores de control y regulación de sus manifestaciones. Las escuelas psicoanalíticas consideran al “ello” como lo más profundo y en relación directa con la instintividad primitiva, la cual, por estar estrechamente relacionada con las necesidades biológicas del individuo, inclusive con su supervivencia,

posee una fuerza o energía muy intensa. El “ello” es, pues, altamente egoísta; solo piensa en él y que todo debe estar dirigido a darle satisfacción; y si para eso hay que eliminar obstáculos, pues hay que hacerlo; estableciéndose que con la predominancia del “ello” el individuo no podría vivir en sociedad, pues no pensaría en sus semejantes y solo pensaría en él y sus satisfacciones. Inclusive la agresividad ligada al “ello” se caracteriza por ser primitiva y porque su puesta en acción es altamente nociva para los demás.

De este modo el “ello” puede ser objeto de reforzamientos e inhibiciones en el curso de la existencia y hay que aceptar que, en cierta manera, según las experiencias que vive, el individuo aprende a controlar y manejará su “ello” en forma más o menos adecuada para evitar sus desbordes, que los volverían inapto para vivir en sociedad. Es evidente que muchos individuos no aprenden a controlar su “ello” y entonces se imponen sus fuerzas instintivas, las que, a través de la agresividad, emergen en su conducta, pudiendo llegar, de este modo a trasgredir la ley y cometer diversos delitos.

- Las circunstancias o situaciones: Las circunstancias o situaciones incluyen el ambiente físico con sus características fundamentales y los actores; es decir, las personas que se encuentran en él en ese momento; cada uno de los actores en la circunstancias o situación tiene su mundo interior o subjetivo, el cual se encuentra enmarcado en las experiencias individuales en cuanto a su marco denominado macrocosmos socio-cultural, el que influye en el comportamiento del individuo en Sociedad. Así pues, hay personas que han aprendido a comportarse adecuadamente en Sociedad y se encuentran, más o menos libres de problemas personales; mientras que hay otras que, debido a diversas experiencias negativas que han tenido o, porque son portadores de problemáticas individuales no superadas, muestran reacciones que suelen ser inadecuadas en grupos sociales.

Se puede concluir que el estudio de la circunstancia o situación dentro de la que se produjo un acto delictivo, tiene mayor importancia, pues de esta manera, el delito encuentra una serie de elementos humanos o factores precipitantes que permiten comprenderlo mejor, así, como la propia reacción del actor o el delincuente.

- La inhibición de las instancias reguladoras del nivel racional: El nivel racional del hombre, o en otras palabras, su intelecto ejerce una función reguladora muy notable sobre otras instancias inferiores que intervienen en la organización del comportamiento es así,

aunque con algunas excepciones, a mayor desarrollo del intelecto, mayor control de las instancias inferiores que organizan el comportamiento humano. Es importante analizar la relación entre lo intelectual y lo emocional las cuales no siempre van de la mano aunque lo emocional y lo afectivo potencian de muchas maneras el intelecto, las cuales en diversas ocasiones interfieren en el intelecto y la razón, quedando establecido así, que una determinada conducta que llega al delito, la emoción ha predominado sobre la razón en menor o mayor grado, por más que pensemos en “los crímenes perfectamente meditados” o “en frío”, que se dan en todos los ambientes sociales. Los pasos del delincuente o criminal pueden ser adecuados o inteligentes, pero la emoción y el afecto son los disparadores para la acción delictiva. Nadie puede ser, pues, absolutamente frío en la comisión de un delito, por más que se afirme lo contrario. Ocasionalmente son las situaciones en las cuales predominan las cargas afectivo-emocionales, las que enardecen a los individuos y los hacen responder con agresiones de intensidad variable.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud, en el año de 1989, realizó la Décima Clasificación Internacional de Trastornos Mentales, la cual entró en vigencia a partir del primero de enero de 1993, se caracteriza por un cambio importante en la delimitación de los grupos de trastornos mentales, y por una nueva codificación (alfanumérica) de las categorías y síndromes mentales, combinando un signo alfabético. La nomenclatura general habla de trastornos mentales y del comportamiento y comprende once grandes grupos, cada uno de los cuales incluye a las categorías principales de trastornos mentales, que tienen códigos de tres caracteres (F00,F01 hasta F99), agregándose luego un cuarto dígito para identificar a síndromes mentales más específicos. En resumen, esta clasificación abarca 100 categorías codificadas; los cuales son: F00-F09 Trastornos mentales orgánicos incluidos los sintomáticos. F10-F19 Trastornos mentales y del comportamiento debido al consumo de sustancias psicotrópicas. F20-F29 Esquizofrenia, trastornos esquizotípicos y trastorno de ideas delirantes. F30-F39 Trastornos del humor (afectivos). F40-F49 Trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfo. F50-F59 Trastornos del comportamiento asociados a disfunciones fisiológicas y a factores somáticos F60-F69 Trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto. F70-F79 Retraso mental. F80-F89 Trastornos del desarrollo

psicológico. F90-F98 Trastornos del comportamiento y de las emociones de comienzo habitual en la infancia y adolescencia F99 Trastornos mentales sin especificación.

Ahora bien, escuchar a los diversos sectores de la Sociedad, antes de tomar una decisión político criminal, es el manifiesto de una actitud profesamente democrática por parte del legislador. En cualquier sistema democrático, la formación legislativa no es un asunto que sólo involucre a los legisladores, pues, en una democracia representativa todos los sectores de la Sociedad tienen el derecho de presentar sus propuestas y, el ámbito criminal definitivamente no es ajeno a esta tendencia legislativa.

Una real política criminal capaz de transformar la realidad social, es aquella que toma en cuenta los otros medios de control social, en especial la política social y la política educacional, que asumen especial importancia en estos focos de conflictividad social, que se gestan a partir de una serie de deficiencias estructurales identificables en nuestra Sociedad.⁵³

Según Von Liszt⁵⁴ citado por el autor Peña Cabrera Freyre, la mejor política criminal es una buena política social. Por su parte el Doctor Víctor Prado Saldarriaga,⁵⁵ señala que para alcanzar un estudio más o menos integral de la política criminal de un Estado se debe desarrollar un conjunto de evaluaciones sobre diferentes aspectos de la realidad social, política, psicosocial y económica de un País. Generalmente la investigación involucra cinco tipos de análisis:

- 1. *Análisis de coyuntura*,** en la que se estudia las condiciones imperantes en el macro ambiente social. Involucra un análisis psicosocial de las tendencias e imágenes de la criminalidad en los grupos sociales.
- 2. *Análisis estratégico*,** en la que se estudia los objetivos, estrategias y políticas diseñadas frente a la coyuntura imperante.
- 3. *Análisis organizacional*,** implica el estudio de las organizaciones que deben ejecutar las decisiones de política criminal.

⁵³ PENA CABRERA FREYRE ALONSO RAUL Delitos Contra La Libertad e Intangibilidad Sexual. Edit. Idemsa. Lima-Perú. Set. 2007 Pág. 110.

⁵⁴ PENA CABRERA FREYRE ALONSO RAUL Delitos Contra La Libertad e Intangibilidad Sexual, citado, cita a Von Liszt, Citado Pág. 110.

⁵⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal. Idemsa- Lima Perú. Primera Edición Julio- 2009 Pág.249.

4. *Análisis operativo*, implica el estudio de la implementación de las decisiones de política criminal, y de sus factores de inserción favorables o de distorsión y de resistencias negativas.

5. *Análisis evaluativo*, implica el estudio de los resultados obtenidos, con la implementación de la decisión política aplicada, medición de las variaciones en la estructura y dinámica del problema criminal.

La descripción que hemos realizado de manera esquemática, de cómo el Estado ha reaccionado legislativamente frente al fenómeno delictivo, no puede ser bien comprendido como ya lo hemos establecido líneas precedentes, si no se tiene en cuenta tal y como lo indica el Doctor HURTADO POZO, **el contexto socio-político en que se produce (política criminal y realidad social)**.

Aunque sea una verdad trivial, no se puede dejar de decir que el orden jurídico, en general, y el penal, en particular están vinculados, estrechamente, a la realidad social, económica y cultural del país. Todo cambio socio- económico y político repercute en la legislación y en la Administración de Justicia. Esta vinculación se refleja también, respecto a la labor que realizan los juristas. La concepción doctrinaria que elaboren no puede dejar de tener en cuenta estas circunstancias. De igual manera, no es posible sin un adecuado conocimiento de la realidad- construir y aplicar una política criminal coherente y eficaz.

Para analizar las relaciones entre los factores sociales y el sistema punitivo, es indispensable tener en cuenta la diferencia notoria e inmensa que existe entre los países desarrollados y los subdesarrollados. En nuestro caso, sobre todo, porque la explicaciones doctrinarias, formuladas con pretensiones de universalidad, son el resultado de la labor de los juristas de los países Europeos. Sus explicaciones y conclusiones deben ser constantemente confrontadas con nuestra realidad.

El cambio es un elemento propio de todo grupo social. Su naturaleza e intensidad varían en función de la sociedad en la cual se producen. En las sociedades desarrolladas, el progreso de orden científico y técnico, generan modificaciones sociales profundas, que repercuten de manera evidente en la legislación. Es el caso, por ejemplo, de la evolución de la informática, de los medios de comunicación y de la genética. La libertad de las personas, la formación de su personalidad y su supervivencia son afectadas, directamente, por estos progresos: así, por ejemplo, el intento de emplear abusivamente de la

informática en la realización de censos poblacionales en Alemania Federal, la invasión de la pornografía, gracias a la electrónica y las experiencias de fecundación humana en probetas. La estabilidad social y política reinante en esos países permite canalizar los cambios evitando perturbaciones sociales de carácter radical.

Diferente es la situación en los países subdesarrollados, donde el contexto socio-económico se caracteriza por una violencia e inestabilidad subyacentes en todo el sistema. Las desigualdades sociales son enormes. La preocupación es crónica y afecta a una gran parte de la población. La organización política es insuficiente, no ofreciendo a las personas la posibilidad de participar en el gobierno del país. Esta descripción necesariamente esquemática, debe ser apreciada considerando que la estructura social de estos países no es homogénea. En su interior, existen zonas más ricas que otras, vinculadas de manera peculiar entre ellas y con los países desarrollados. En el Perú, país andino y amazónico constituye un factor decisivo, por ejemplo, la población indígena.

El Estado inestable y pobre no dispone de medios suficientes para realizar una política criminal eficaz. Frente a la delincuencia común, una de cuyas causas es el orden económico, el Estado tiene como medio de lucha más accesible el poder punitivo en su aspecto puramente represivo. La amenaza penal deviene indispensable. Se recurre a sanciones severas para tratar de limitar el avance de la criminalidad. Con el fin de alcanzar este fin de prevención general, el Estado multiplica las disposiciones penales. Así, por ejemplo, estas figuran en casi todas las leyes de orden económico, laboral o administrativo.

La hipertrofia de la legislación penal provoca la intervención frecuente de los órganos judiciales y policiales. La consecuencia normal es el retardo en la Administración de Justicia. La maquinaria judicial no está en condiciones de despachar tan elevado número de procesos, muchos de naturaleza grave. A pesar de la ausencia de estadísticas oficiales seguras, se puede estimar que un setenta por ciento de los procesados permanecen detenidos sin haber sido juzgados.

La severidad de la pena prevista en la ley respecto del acto imputado al detenido determina las condiciones de su detención. Lo mismo puede decirse de la pena requerida por el Ministerio Público- determinada a su vez por la fijada legislativamente, que condiciona el juzgamiento del acusado. Así se origina un círculo vicioso de consecuencias desastrosas para quien es privado de su libertad como un simple sospechoso.

El problema se origina no tanto debido a la incapacidad funcional de los órganos de juzgamiento o del número de funcionarios, sino, sobre todo, al carácter eminentemente represivo del sistema penal. Además, su aplicación es realizada de acuerdo a reglas procesales deficientes e incompletas que los magistrados interpretan de manera demasiado legalista. Aunque las leyes procesales y también la Constitución consagran los principios fundamentales del derecho liberal y a pesar de que estos son, con frecuencia, invocados por los jueces en sus resoluciones, es innegable que muchas veces son desnaturalizados. Así, la presunción de inocencia del inculcado pierde casi toda su significación, cuando, antes de declararlo inocente, se le somete a una larga detención preventiva y no se le indemniza. Lo mismo sucede con el principio *indubio pro reo*: en relación con el delito de tráfico ilícito de drogas o del delito de terrorismo, por ejemplo, los jueces de primera instancia prefieren, cuando dudan sobre la responsabilidad del inculcado, condenarlo para evitar, en caso de absolución la suspicacia de corrupción y dejar, de esta manera, la decisión definitiva en manos de la instancia superior.

La suerte del inculcado, sospechoso de ser responsable de una infracción, ésta determinada, en la mayor parte de los casos, por la manera como la policía ha hecho de sus constataciones. La investigación policial realizada, casi siempre, luego de haberse producido el delito constituye una etapa del proceso penal (no regulada legalmente). La intervención y la vigilancia del Ministerio Público se orientan a darle las garantías mínimas. La investigación judicial (Constitucional y legalmente prevista) no es sino una tardía e incompleta repetición de la investigación policial.

El papel de la policía en el funcionamiento del sistema punitivo es capital. Su importancia práctica sobrepasa los límites legales de su poder, pues es el órgano Estatal confrontado directamente contra la delincuencia y con toda actividad política subversiva. Este poder de policía ya no puede ser comprendido solo en el sentido estrecho en que era concebido en el Derecho Administrativo. Su carácter multifacético constituye su principal peculiaridad.

La naturaleza particularmente represiva de la legislación penal, la frecuencia con que se ordena la detención de los inculcados, la lentitud con que se desarrollan las investigaciones y se llevan a cabo los juzgamientos, son causas determinantes de la sobrepoblación de los establecimientos carcelarios. Estos no son sino simples depósitos donde los detenidos (condenados o no) sobreviven en condiciones inhumanas.

La incipiente política penitenciaria, no es realizada en función de las necesidades del país. La contenida en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal, constituyen por ejemplo, una utopía, pues resulta ilógico pretender organizarla de acuerdo con las exigencias de una ciencia penitenciaria elaborada conforme a las posibilidades de los países económicamente desarrollados. Como sucedió en los demás países latinoamericanos, en el Perú también se hicieron prisiones “modelos”. Construidos en la Capital, tales establecimientos funcionaron poco tiempo según el sistema de detención previsto. El número de detenidos aumenta, las instalaciones se deterioran y la administración del establecimiento deviene imposible. Esto permite comprender porque las autoridades están obligadas a realizar periódicamente “censos penitenciarios” con la finalidad de saber, cuantos detenidos hay o quedan en la prisión.

Los resultados de los esfuerzos realizados por los funcionarios son poco positivos, debido a que no ejercen, en la práctica, un control eficaz al interior de las prisiones. Los detenidos se organizan en bandas, dirigidos o sometidos por los más peligrosos, con el fin de dominar la vida de la prisión. Es así como el tráfico ilícito de drogas y de bebidas alcohólicas se instalan, contando con la complacencia o complicidad de funcionarios o empleadores del mismo establecimiento.

La realidad penitenciaria influye mucho en la Administración de Justicia. La investigación judicial y el desarrollo del juzgamiento son con frecuencia perturbados por la ausencia del procesado. Esto es consecuencia de la desorganización de las prisiones. Es suficiente que para evitar comparecer, por diversos motivos, el procesado no responda al llamado del empleado que viene a buscarlo. De donde surge la necesidad de realizar juzgamientos en los establecimientos penales mismos, con las desventajas que acarrea en detrimento del proceso debido.

Es evidente que en estas condiciones, personales y materiales, los establecimientos de reclusión no cumplan con los fines de resocializar o de reeducación, ni siquiera con el objetivo primario de aislar a los detenidos de su medio. Estos son corrompidos moralmente y también destruidos físicamente. ¿Qué hacer ante tal situación? Responder seriamente supone la realización de estudios suficientes sobre la realidad delictiva y la capacidad del Estado para actuar eficazmente. La falta de dicho análisis no nos permite evitar ensayar una respuesta provisional. Se podría pensar, en primer lugar, que sería necesario multiplicar el número de “prisiones modelos” o desarrollar un programa

educativo a favor de los detenidos. Pero, todas estas buenas intenciones, además de inadecuadas a nuestra realidad, están en desacuerdo con la capacidad económica del Estado que no puede alojar, alimentar, educar y dar trabajo a las personas honradas. En segundo lugar, podría pensarse si no sería, por último, preferible concebir una política penitenciaria y, de manera general una política criminal más modesta en sus pretensiones y adaptadas a la realidad de los países subdesarrollados.

En el dominio penitenciario, parecería suficiente, debido a la mala situación económica, tratar de construir una red de establecimientos aún rudimentarios, que permitieran practicar una detención en condiciones higiénicas y morales satisfactorias. De esta manera, se lograrían respetar, al menos, los derechos fundamentales de la persona. Dichos establecimientos deberían dar la seguridad a la persona que es internada que no será olvidada y que saldrá en buen estado de salud, o, al menos con el mismo que ingresó. Toda promiscuidad debería ser evitada.

Ha quedado claro entonces, tal como lo indica el Doctor Hurtado Pozo, que para crear una correcta política criminal es necesario incentivar el estudio de nuestra realidad delictiva y de nuestro sistema punitivo, ya que sin ello, el desarrollo de la doctrina y la elaboración de las leyes penales continuaran siendo incompletas e improductivas.

Para terminar, ante la intensificación de la delincuencia violenta organizada y, así mismo, la internacional, se ha propuesto constituir un sistema represivo apropiado, el mismo que se caracterizaría, sobre todo, por el abandono en gran parte de las garantías del derecho penal liberal y por el recurso a penas muy severas. Los partidarios de esta idea hablan de “derecho penal del enemigo”. El enemigo es identificado de manera diversa según los criterios ideológicos que se manejan. Con este objeto se hace referencia a personas que, mediante su actividad delictuosa se sitúan en una oposición radical a los valores y normas de la sociedad. Esta caracterización de este sector social permite considerarlos como marginales o extraños a la comunidad; es decir, con sus enemigos en consecuencia, la sociedad necesita recurrir a medios extremos para neutralizarlos y, así mantener el sistema social. El establecimiento de un sistema semejante, sobre todo en relación con nuestros países, no ha necesitado la elaboración sofisticada de una teoría particular, la necesidad de cómo partir los movimientos de rebelión armada y, en particular el terrorismo, ha conducido a la promulgación de leyes cada vez más severas y a la organización de un sistema procesal expeditivo. Con el “derecho penal del enemigo” se

propugna reemplazar este “derecho de emergencia” por un derecho represivo paralelo y ajeno al derecho penal propio de un Estado de Derecho. Aceptar esta política constituye un grave retroceso que no es justificado por el logro de una mayor “seguridad ciudadana”.

CONCEPTO:

Las dos acepciones más usuales de lo que se entiende por política criminal, se deben a Von Liszt⁵⁶. Según una de ellas, se trata del compendio sistemático de los medios eficaces en la lucha contra el delito, y la misma puede ser entendida como actividad del Estado; según la otra, se trataría de una actividad científica dirigida a la valoración y crítica del Derecho Penal vigente y a la proposición de futuros contenidos.

Respecto a la primera, se tiene que a través de la política criminal el Estado establece la orientación de todo el sistema penal, que comprende no sólo la definición de qué comportamientos considera delictivos, sino también cual es la finalidad de la pena y cuáles son los medios que se han de emplear para poder alcanzarla. Mediante la actividad político criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideren delictivos.

Desde la segunda perspectiva, la política criminal es entendida como una actividad científica, la cual forma parte de la ciencia del Derecho Penal.

Por su parte el Doctor José Hurtado Pozo,⁵⁷ indica que la política Criminal es aquella reacción organizada de la colectividad frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico. Acotando además que una política criminal eficaz exige por tanto, un notable sentido de prudencia y proporcionalidad en el empleo de la pena.

Según el autor Víctor Cubas Villanueva ⁵⁸ cita a Fevrbach a quien se le atribuye la definición primaria de política criminal como: “conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen”. Esta definición identificaba la política criminal

⁵⁶PENA CABRERA FREYRE ALONSO RAUL Delitos Contra La Libertad e Intangibilidad Sexual, citado, cita a Von Liszt, Citado.

⁵⁷ HURTADO POZO, José- Manuel de Derecho Penal Parte General. 2005- Pág. 40.

⁵⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor- artículo: “La Política Criminal en la transición democrática”, publicado en la revista institucional N° 7 de la Academia de la Magistratura: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional Pág. 69.

con la “represión”, hasta que las corrientes positivistas llamaron la atención sobre la “prevención”, y así Marc Ancel la planteaba como “la reacción, organizada y deliberada, de la colectividad contra las actividades delictuosas desviadas o antisociales”.

Por su parte Emiro Sandoval Huertas,⁵⁹ sostiene que la política criminal, es el estudio y planificación de las reacciones del grupo social ante los comportamientos definidos como delitos, especialmente cuando provienen de autoridades oficiales.

Así mismo, Fernando Tocora,⁶⁰ sostiene que la política criminal es, ante todo, una praxis que se incrusta dentro de la acción política general. Como tal, se impone al concepto de teoría. Continúa diciendo que una teoría político criminal que se pueda sostener, ha de nutrirse de diversas fuentes: teorías criminológicas, doctrinas- jurídico-penales e ideologías sobre la organización social y del Estado. En suma, la política criminal no es más que un apartado de la política general.

Para el Doctor Prado Saldarriaga, la Política Criminal “es un sistema que vincula objetivos, estrategias, decisiones, acciones de gobierno y organismos públicos con la función común de prevenir y controlar los problemas sociales de criminalidad que afronta un País en un contexto histórico determinado. La política criminal es una manifestación concreta de la Política General del Estado y por tanto debe ser parte integrante de todo proyecto nacional”.⁶¹

Según el autor Silfredo Hugo Vizcardo⁶² La Política Criminal: “Consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad”. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación político criminal y expresa una concreta política criminal.

En este sentido, la Política Criminal no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica.

⁵⁹ SERRANO PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón, Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Grafica Horizonte S.A. Lima 1999. Pág. 129

⁶⁰ TOCORA FERNANDO, Política Criminal Contemporánea. Edit. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. Pág. 5

⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Sobrecriminalización. Separata de la Conferencia Pronunciada en la Casona de San Marcos de Lima el 12 de Noviembre del 2008. P.2.

⁶² HUGO VIZCARDO, Silfredo- Derecho Penal General- Fundamentos Generales Teoría de La Ley Penal. Auspiciador: Pro Derecho- Instituto de Investigaciones Jurídicas Edición 2004. p 39.

Los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del derecho penal.

Para nosotros, la política criminal viene a ser la manera como el Estado y la colectividad reaccionan de manera organizada, frente a las acciones delictuosas que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico; siendo además aquella ciencia que se encarga del estudio del delito como conducta humana y social, de investigar las causas de la delincuencia, de la prevención del delito y del tratamiento del delincuente en un contexto histórico social determinado.

FUNCIÓN

La política criminal es un sistema que se vincula con objetivos, estrategias, decisiones, acciones de gobierno y organismos públicos con la función común de prevenir y controlar los problemas sociales de criminalidad que afronta un país en un contexto histórico determinado.

Es tarea fundamental de esta disciplina, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia en la prevención y control de la criminalidad en la Sociedad.

Una política criminal adecuada tal y como se indica en el Informe de Análisis de los Decretos Legislativos Promulgados al Amparo de las facultades otorgadas por la ley N° 29009⁶³, expedido por La Defensoría del Pueblo; debe orientarse a suprimir las causas de la criminalidad, fortalecer los mecanismos institucionales que tienen que responder ante la delincuencia y procurar la efectiva resocialización del delincuente. Una vez fijados los objetivos específicos de cada nivel de intervención se deben orientar las actividades de las diferentes entidades estatales hacia su logro.

La planificación concertada exigida en el diseño del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana- instituido en la Ley N° 27933, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 12 de febrero de 2003, debería, en su más alto nivel seguir los objetivos nacionales

⁶³ Con fecha 21.04.07. el Poder Ejecutivo presentó al Congreso el Proyecto de Ley N° 1237/2006-PE, a efectos de que al amparo de lo establecido por el artículo 106° de nuestra Constitución Política del Perú se le delegue facultades legislativas en materia de tráfico ilícito de drogas entre otros, y luego del procedimiento parlamentario correspondiente, el Congreso Aprobó la Ley N° 29009, publicada el 28.04.07, mediante el cual se le otorgaba al Ejecutivo facultades legislativas por el plazo de 60 días hábiles. Y es así que en el marco de dichas facultades el 22 de julio del año 2007, fueron publicados en el Diario Oficial El Peruano los Decretos Legislativos N° 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992; y, con fecha 02.08.07. fue publicada la Fe de Erratas, referida a los Decretos Legislativos N° 982, 983, 985 y 992.

planteados en materia de política criminal de Estado, esto es la de prevenir y controlar los problemas sociales de criminalidad que afronta nuestro país.

La seguridad ciudadana se ha vuelto una de las principales preocupaciones de los peruanos y peruanas. Responder a la criminalidad organizada plantea al Estado y a la Sociedad la necesidad de adoptar una política criminal con un enfoque integral. Las medidas legislativas pueden agilizar procedimientos y ampliar facultades para la actuación de los agentes respectivos; pero su efectividad dependerá de mecanismos complementarios para aprovechar adecuadamente estos procedimientos y facultades. Solo así se podrán obtener los resultados que lleven a reducir la mencionada sensación de inseguridad, y cumplir adecuadamente con la función de la política criminal de todo Estado, que es la de prevenir y controlar las molestias sociales.

OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio de la política criminal, básicamente se centra en lo siguiente:

Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del Derecho Penal; **Sistematizar**, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios disponibles para el control de los comportamientos desviados; y **Examinar** las distintas fases del sistema penal de los criterios marcados en los momentos anteriores.

PODER PENAL: CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA

El sistema penal es el conjunto de agencias y sus actividades tanto internas como externas que intervienen en la creación (criminalización primaria) y aplicación (criminalización secundaria) de norma penal, concebidas estas en su sentido más extenso dentro de la criminalización⁶⁴.

El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado o formalizado⁶⁵. Este sistema emerge como medio de socialización sustitutivo cuando los controles informales fracasan. Gráficamente se podría decir que la “maquinaria pesada del Estado debe

⁶⁴PEREZ PINZON, 1991, pág 226; ZAFFARONI/ Alagia, SLOKAR, 2000, pág. 6, 2005.pp 11 al 12, N° 6 y 7.

⁶⁵ZAFFARNI, 1984, p, 7; HASSEMER, 1984, P. 391

reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Los conflictos de menor entidad pueden ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos”.

Ello se caracteriza porque el Estado ha legalizado o institucionalizado la violencia que se manifiesta a través de la sanción o pena. Este es pues el control social duro. Para el funcionamiento de este sistema el Estado organiza agencias de control penal conformado por: la Policía, Jueces, Fiscales, Procuradores, Sistemas Penitenciarios; y las delimita como medios normativos (Código Penal, Código Procesal Penal, de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas de las respectivas Instituciones, entre otras) económicos, administrativos.

Su función es atribuir a cada individuo los prototipos de comportamiento y las informaciones correspondientes a los diversos status sociales y con ello, distribuir los status mismos.

La Criminalización Primaria.- La criminalización primaria viene a ser el poder definitivo a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Aquí intervienen las agencias políticas, en especial el poder legislativo y el poder ejecutivo. En palabras del Maestro ZAFFARONI⁶⁶ La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable. La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamar la cifra negra u oscura.

La Criminalización Secundaria: Para el Doctor VILLAVICENCIO TERREROS⁶⁷ La criminalización secundaria es “el poder de asignación en el que la calidad del delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley (Policía, Jueces, Fiscales,

⁶⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires Argentina.

⁶⁷VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2006

Procuradores, Sistemas Penitenciarios). Estas instituciones buscan cumplir el programa que enuncia la criminalización primaria, pero este suele ser irrealizable”.

Las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y su crecimiento sin control desemboca en una utopía negativa. Por ende se considera natural que el sistema penal lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, solo como realización de un parte ínfima del programa primario. **La Policía.-** Es uno de los organismos institucionalizados del control penal, está encargado de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, previene, investiga y combate la delincuencia; vigila y controla las fronteras entre otras tareas. En el campo de la criminalidad secundaria, la policía realiza una actividad selectiva, relacionada en cierta medida con variables sociales, la policía tienen la decisión de determinar quiénes serán las personas que criminalicen y, al mismo tiempo, quienes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupen. **Los Fiscales.-** Según el artículo 158° de la Constitución Política, declara al Ministerio Público como un organismo autónomo, este sector del sistema penal está encargado de la defensa de la legalidad y los interés público tutelados por el derecho, así mismo vela por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; representa a la sociedad en los procesos judiciales, conduce desde su inicio la investigación del delito (con tal propósito, la policía nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de sus funciones); ejerce la acción penal de oficio o a petición de parte, emite dictámenes previos a las resoluciones judiciales y ejerce iniciativa en la formación de las leyes. **Los Jueces.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución Política y a las leyes. En el marco de la criminalización secundaria, el Juez Penal cumple una función de selección de los individuos mediante una sentencia condenatoria. Es evidente que la delincuencia no es una entidad pre-constituida respecto a los jueces, sino una cualidad atributiva de éstos últimos a ciertos individuos, los que resultan así seleccionados. **La Defensa.-** Es ejercida por los Abogados que no son agentes de control penal, sin embargo, el ejercicio de esta profesión es un elemento del poder y resulta decisiva su influencia en los procesos selectivos que realizan, policías, jueces, entre otros,

e incluso los condicionan; la importancia del papel que cumple la defensa en la criminalización secundaria ha motivado que en el ámbito internacional se generen los “principios básicos sobre la función de los Abogados”, que desarrollan normas relativas al acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos, las salvaguardas especiales en asuntos penales, obligaciones y responsabilidades, garantizan para el ejercicio de la profesión, libertad de expresión y asociaciones. **La Prisión.-** Esta parte del control social formal somete al infractor al peso de los sistemas carcelarios, con fines resocializadores para el delincuente, el cual está a cargo del INPE, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. A esto se debe agregar el derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos adecuados.

POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL

Tal y como lo indica el Doctor Prado Saldarriaga⁶⁸, los últimos procesos de modificación y de reforma del Derecho Penal Nacional siguen mostrando una política criminal carente de objetivos claros y coherentes. El Estado sigue respondiendo a los problemas sociales de criminalidad que afronta el país de manera desordenada, coyuntural o espontánea. En este contexto, pues, se criminalizan nuevas conductas delictivas para cumplir con acuerdos internacionales, sobre criminalizándose a la vez delitos tradicionales sensibles de opinión ciudadana o al interés de los medios de comunicación social como la violación de menores, el tráfico ilícito de drogas, entre otros; sin embargo, en ningún caso las decisiones del legislador se generan o justifican con un conocimiento previo e integral de los aspectos criminológicos o criminalísticos que condicionan o identifican la presencia de tales ilícitos en la realidad nacional.

En ese complejo marco de buenos propósitos, y mayores incertidumbres, se han gestado y aprobado las reformas introducidas como desarrollo de las opciones de política criminal que se formalizaron en la Ley N° 29009 en diferentes ámbitos de la legislación penal vigente.

Al parecer la formulación de la política criminal nacional ha olvidado plenamente sus bases de orientación y legitimación. Se ha hecho común que el Estado y sus órganos

⁶⁸ PRADO SALDARRIAGA, Victor Roberto. *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Idemsa. Lima, Perú. 2009

competentes en este dominio ejerzan sus funciones y atribuciones sin reparar muchas veces en la consistencia Constitucional y legal de sus decisiones y acciones. Resulta, por tanto, pertinente e indispensable reiterar la plena vigencia de los principios reguladores del control penal y del contenido esencial de sus enunciados programáticos. Sólo recuperando su utilidad y transcendencia para la configuración del sistema tecnológico u organizacional del control penal en el país, es que se podrán corregir las constantes distorsiones y errores que se detectan en las nuevas normas penales, procesales y de ejecución penal que se han promovido y publicado en los últimos años.

El Decreto Legislativo N° 982: Este Decreto fue publicado el 21 de julio de 2007; con él se modificaron varios artículos del Código Penal de 1991 y se adicionaron otros, afectando tanto a la parte general como a la parte especial. Este sistema de reformas fue un desarrollo específico de los nuevos objetivos que definió el Estado para dinamizar y potenciar la eficacia de las acciones represivas contra la criminalidad organizada.

Lo común a todas las modificaciones e innovaciones que aportó el Decreto Legislativo N° 982° fue el desorden sistemático y la deficiente técnica legislativa que se emplearon en su configuración y contenidos; por ejemplo, en las variantes generadas en el artículo 46-A, para introducir nuevos supuestos agravantes cualificados en razón de la comisión de determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, la trata de personas, cuando lo más adecuado era tratar como circunstancias agravantes específicas en los artículos correspondientes a tales delitos de la parte especial o de las leyes penales complementarias sobre la materia.

Sin embargo; debemos reconocer que el Decreto Legislativo en comento, también trajo consigo algunos aportes positivos, como lo es la inclusión de tres nuevos delitos contra la Administración de Justicia y que se adecuan a las estrategias internacionales contra la criminalidad organizada que promovió la Convención de Palermo, dentro de los cuales se encuentra el delito de revelación indebida de identidad (artículo 409-B); siendo que la descripción típica de estos ilícitos y sus penas conminadas también padecen de ciertas imperfecciones de legalidad y de técnica legislativa.

Por consiguiente, pues, tal y como lo sostiene el Doctor Prado Saldarriaga, las modificaciones del Código Penal al respecto reflejan una opción político criminal poco meditada y promueven más perjuicios que beneficios a nuestra legislación penal, a la vez que resulta poco funcional a los objetivos que concretó la ley 29009.

Los Principios Reguladores del Control Penal: Tal y como lo afirma el Doctor Prado Saldarriaga⁶⁹ una de las características del Estado liberal fue la elaboración de políticas dirigidas a limitar los canales de intervención del control penal en el desarrollo de las relaciones sociales. Con el transcurso de los siglos esos principios limitadores del control penal se han reforzado formalmente mediante su inclusión en las Constituciones y en los Códigos Penales contemporáneos, los mismos que hoy en día están reconocidos y proclamados como derechos y garantías por los diferentes convenios internacionales de promoción y defensa de los derechos humanos.

Ahora bien, como apunta el doctor Fernando Velásquez Velásquez⁷⁰, los principios rectores son pautas generales en los cuales descansan las diversas instituciones del Derecho Penal Positivo y que la doctrina propone como guía para la interpretación de las mismas; de ellos ha de auxiliarse el intérprete que quiere abordar sistemáticamente la legislación penal. Las normas rectoras, en cambio, son principios rectores de la legislación reconocidos expresamente por la Ley y convertidos por esta en Derecho Positivo; prefiriendo denominar a tales normas fundamentales “*Principios Reguladores del Control Penal*” siendo los mismos, pautas de actuación y de limitación del poder del Estado en el dominio de las decisiones de política criminal, esto es se trata de mecanismos que permiten controlar al **Control Penal**; y, que en realidad más que principios deberían ser denominados políticas, entendiendo el término política en sentido estricto; es decir, como un enunciado que limita las decisiones del Estado vinculadas con el ejercicio del *juspuniendi*.

Dentro de los cuales tenemos: Principio de Legalidad, Principio del Bien Jurídico Real, Principio de Mínima Intervención.

⁶⁹ PRADO SALDARRIGA, Víctor Roberto. Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal. Perú, 2009: Editorial Idemsa. Pág. 253.

⁷⁰ Citado por Prado Saldarriaga en su libro Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal. Perú 2009. Idemsa. P. 253.

Estos principios se relacionan fundamentalmente con las decisiones de criminalización primaria. Esto es, con la determinación de las conductas delictivas que hace el legislador. Principio de Humanidad, Principio de Culpabilidad, Principio de Jurisdiccionalidad, Principio de Proporcionalidad de las Sanciones, Principios que están vinculados con la definición y aplicación de sanciones, sean penas o medidas de seguridad. Es decir con los actos de criminalización secundaria.

Todos los principios reguladores cumplen una misma función política: orientar al legislador y al Juez hacia la construcción y afirmación de un sistema de Control Penal respetuoso de los derechos humanos y que procure la solución de los conflictos sociales de criminalidad a través de medios distintos, y menos negativos que el uso de la pena. Ellos promueven, pues, las bases para la existencia y vigencia de un Derecho Penal mínimo y garantista.

La Constitución Política Peruana de 1993, incorpora en sus artículos 1°, 2° y 139° la mayoría de principios reguladores del control penal, otros; sin embargo, son recepcionados constitucionalmente de modo indirecto a través de los efectos normativos del artículo 3° y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Ley Fundamental. Este es el caso de los principios contenidos en los numerales 4°, 5°, 7°, 8° y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en los artículos 6°, 7°, 9°, 10°, 14° y 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Código Penal vigente, por su parte, dedica su Título Preliminar a la declaración normativa y reconocimiento legal de los principios reguladores del Control Penal, dicha técnica se aplica con frecuencia en el Derecho Extranjero Latinoamericano, a partir de los trabajos de elaboración del denominado Código Penal Tipo.

Según el Código Penal Peruano de 1991, son principios rectores del derecho penal peruano los siguientes: La Función preventiva de la sanción penal, a la que aluden los artículos I y IX. El principio de legalidad, cuyos contenidos y efectos consagran los artículos II, III y VI. El principio de bien jurídico real, que se consagra en la exigencia de lesividad que propone el artículo IV. El principio de Jurisdiccionalidad, que es recepcionado con el artículo V. El principio de culpabilidad incluido a través del artículo

VII. El principio de proporcionalidad de las sanciones, previsto por el artículo VIII. El artículo X del Título Preliminar, es en realidad una norma aplicativa a la cual; sin embargo, se le conoce como **principio de extensión**, ya que en lo esencial dispone que los principios reguladores amplíen sus efectos al Derecho Penal especial y complementario, lo cual, dicho sea de paso en nuestro país raramente ocurre.

El listado de principios que reconoce el Código Penal, no debe entenderse como un catálogo cerrado, sino más bien se trata de un sistema que resulta ampliado o complementado con los principios constitucionales y con aquellos que emergen de los Convenios Internacionales y Regionales sobre Derechos Humanos, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica.

a. Principio de la función preventiva de la sanción penal: Su base de legitimación Constitucional lo encontramos en el artículo 1° de la Constitución de 1993, por lo demás, sus fuentes extranjeras son el artículo 24° del Proyecto del Código Penal Español de 1982, y el artículo 12° del Código Penal Colombiano de 1980.

Este principio, se relaciona con los desarrollos operados en las llamadas teorías de la prevención general positiva, que según los autores Santiago Mir Puig⁷¹ y WinFriedHassemer⁷², la sanción penal en su función de refuerzo del consenso ciudadano y de la vigencia del orden legal no debe apartarse de sus bases de legitimación constitucional; vale decir, de las exigencias de culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, las cuales a su vez constituyen también principios reguladores del control penal, como se aprecia del articulado del Título Preliminar del Código Penal de 1991.

En esencia, este principio, exige que la pena en su rol funcional de mecanismo de mantenimiento de la confianza social y de la defensa de bienes jurídicos, no puede ni debe ser usada por el Estado de modo prepotente o arbitrario, como un medio perturbador de la seguridad ciudadana. Ni mucho menos ella ha de convertirse en instrumento útil para la implantación o el mantenimiento de políticas autoritarias o totalitarias que

⁷¹ SANTIAGO MIR PUIG, Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva, en Poder y Control N° 0, 1986,p.50.

⁷² WIN FRIED HASSEMER, Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científico- Social, en Derecho Penal y ciencias Sociales. U. Autónoma de Barcelona Bellaterra, 1982, p.136 y ss.

desconozcan, tras discutibles “razones de Estado” o “programas de seguridad ciudadana”, la dignidad humana y el derecho de las personas a la pluralidad o la discrepancia.

La sanción punitiva, por consiguiente, no ha de usarse para atemorizar a la población, ni tampoco para la realización de fines meramente retribucionistas mediante la experimentación de inocuas y simbólicas medidas de sobrecriminalización abiertas o encubiertas, de tal manera, que siguiendo los lineamientos establecidos por este principio nos permitirá adoptar un sentido dinámico y útil para controlar al llamado “control social”.

En términos críticos y realistas el Doctor Prado Saldarriaga, advierte que en nuestro país, este principio es afectado de modo continuo y sistemático, especialmente a través de la ordinarización del Derecho Penal simbólico o de modelos abiertamente inconstitucionales, como el denominado derecho penal del enemigo, grave y pernicioso fenómeno político criminal, que se ha expresado frecuentemente en la criminalización innecesaria de nuevos delitos, así como en la sobrecriminalización desproporcionada de determinados delitos convencionales. Claro ejemplo de ello, lo muestran las últimas reformas introducidas al Código Penal por el Decreto Legislativo 982.

b. Principio de legalidad: La Constitución de 1993 regula a este principio en sus literales a), b) y d) del inciso 24° del artículo 2°; en el inciso 9 del artículo 139° y en el párrafo segundo del artículo 103°.

Este principio, precisa que solo la ley puede señalar que conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales actos ilícitos. Asimismo, determina que las penas solo podrán ejecutarse del modo establecido en la Ley; tales exigencias alcanzan también a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias. En consecuencia, este principio dispone que únicamente puede sancionarse como autor de delito a quien realizó un acto que previamente la ley, de modo expreso y en lo posible inequívoco había calificado como delictivo.

Ahora bien, de las premisas formales indicadas se derivan las siguientes reglas:

- La prohibición de aplicar la analogía para suplir los vacíos de la norma penal, salvo el caso de la llamada “*analogía en bona partem*” y siempre a favor del procesado o condenado.

- La irretroactividad de la ley penal en cuanto sea desfavorable y perjudicial al procesado o condenado.

Materialmente el principio de legalidad, aparece históricamente como una garantía de la libertad personal y política de los ciudadanos. Constituye un límite jurídico importante y necesario para todo acto del poder estatal que tenga repercusión en el ámbito de lo punitivo, por consiguiente, pues, la ley penal debe ser clara y precisa en las posibilidades que nos ofrece el lenguaje. A través de ella se debe percibir e inferir, sin dificultad, cual es el ámbito de la libertad ciudadana que es limitado a favor de la convivencia. Pero además la certeza legal acerca de lo delictivo, posibilita impedir toda arbitrariedad o abuso de parte del Estado o de sus órganos de Control Penal.

Manifiesta el Doctor Prado Saldarriaga, que nuestra legislación se caracteriza también, por el escaso respeto que hacia el principio de legalidad guardan sus normas penales. Al respecto en el Código Penal y en sus modificaciones se advierten constantes transgresiones a las exigencias de certeza y de taxatividad. En efecto, el legislador suele recurrir para la descripción del hecho punible a tipos penales en blanco o sobrecargados de elementos normativos; en otros casos, las incongruencias sistemáticas que registra el Código Penal al referirse a determinados delitos, oscurecen también la identificación de lo injusto, perjudicando las demandas de legalidad.

c. Principio de bien jurídico real: Se encuentra definido implícitamente en la exigencia de lesividad que recoge el artículo IV del Título Preliminar y donde se señala que: “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelado por la Ley”. Constitucionalmente es afín a este postulado lo dispuesto en el artículo 44° de la Constitución de 1993.

Este principio pretende que toda decisión de criminalización primaria que adopte el Estado, sea el resultado de la necesidad político criminal de tutelar un determinado interés individual o colectivo de trascendencia macro o micro social. Por lo que, deviene en arbitraria y carente de legitimidad toda incriminación de conductas que se dirigen únicamente a promover, reforzar o imponer ideas, credos o valores, privativos de determinados grupos o sectores minoritarios.

El principio de bien jurídico real, cumple en el presente, un rol importante para la crítica y deslegitimación de los excesos o inconsecuencias del legislador. A través de este principio, es posible discutir el porqué de la protección penal y evaluar con ello, la “*razón de Estado*” que determina y orienta la intervención del control penal, en un ámbito concreto de las relaciones sociales. De esta manera resulta, pues, factible denunciar la hiperinflación delictiva, muy frecuente en países como el nuestro, y que solo apunta a objetivos de carácter simbólico. Con referencia a este tipo de praxis negativa, resulta oportuno recordar que el Derecho Penal simbólico, como lo advierte el Doctor Prado Saldarriaga citando a HASSEMER⁷³ “está menos orientado a la protección del bien jurídico que a afectos políticos más amplios, como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este derecho penal se aviene a las imágenes de una inseguridad global y de una sociedad de riesgo. Un derecho penal simbólico con una función de engaño, no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia.

Es de señalar, que si bien no nos adscribimos a una posición inmanentista y jurídico Constitucional, sobre el origen y función de los bienes jurídicos, estimamos que en un modelo de control penal mínimo y garantista, la Constitución aparece como el marco más adecuado y seguro para la identificación política de los bienes jurídico tutelables; especialmente de aquellos de carácter difuso o supraindividual. Por lo demás, es en ella donde se reproducen con nitidez la mayoría de derechos individuales o colectivos que por su trascendencia para la interacción social cumplen los requisitos democráticos que demanda todo bien jurídico, para merecer la protección penal del Estado.

Es importante destacar que las decisiones político criminales que se apliquen al respecto, deben regirse por un estándar de equilibrio (**principio de igualdad**) como la base de la selección tutelar, evitando, con ello las cuotas significativas de desprotección que se detectan, constantemente, en relación “a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías”.

⁷³ WINFRIED HASSEMER. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en Nuevo Foro Penal N° 51, 1991, p. 31.

d. Principio de mínima intervención: Muy ligado a las ideas de libertad individual y de materialidad del interés tutelado por la ley penal, ambas emergentes del principio de legalidad y de bien jurídico real, es que encontramos a este principio. Mediante esta política se demanda que el Estado solo interfiera en la libertad ciudadana, cuando sea necesario proteger un bien jurídico. Como propone HURTADO POZO⁷⁴: “la restricción de los derechos de las personas solo se justificarán en la medida en que sea indispensable para salvaguardar bien común”.

Este principio, señala que toda intervención penal del Estado solo debe operar cuando hayan fracasado otras medidas también útiles para tutelar el bien jurídico. Por tanto, pues, deben agotarse todos los controles extra-penales. A esta consecuencia de la política de mínima intervención, se le denomina también, principio de **derecho penal de última ratio**. En nuestro país, este principio es permanentemente ignorado por el Legislador. Para él todo problema criminal debe ser afectado exclusivamente desde el control penal, siendo el derecho penal la única ratio. En otros casos, la falta de claridad político criminal sobre los niveles necesarios de control que debe ejercerse sobre una conducta ilícita, lleva a que un mismo comportamiento califiquen, simultáneamente, como delito y como una infracción administrativa, siendo necesario, que el legislador valore y acepte que en no pocas ocasiones una tutela eficaz de los bienes jurídicos dependerá de un buen orden o control administrativos, que de normas punitivas de dudosa efectividad social. Como bien señala Prado Saldarriaga, citando a VILLAVICENCIO TERREROS⁷⁵: “no será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino, que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. Este límite al poder penal debe ser siempre atendido por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización primaria de conductas, puede convertir al Estado en uno Policial en el que sería insoportable la convivencia Social.”

e. Principio de Jurisdiccionalidad: Nuestro Código Penal alude a este principio de modo expreso en el artículo V de su Título Preliminar. Pero también se refiere a los artículo 138° y 139° (1°, 2°, 3°,4°,5°,6°,10°,11°,12°,14° y15°) de la Constitución de

⁷⁴ JOSE HURTADO POZO. Manual de Derecho Penal Parte General I. 3 Edición. GRIJLEY EDITORIAL. Lima .2005,p.48.

⁷⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. GRIJLEY. Lima. 2006.

1993; en el Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004; y artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 11° y 16° de la ley Orgánica del Poder Judicial. Este principio consagra la exclusividad del Poder Judicial para administrar justicia, condenando e imponiendo sanciones a los autores o partícipes de un delito o falta. De ellos derivan además los principales derechos y garantías procesales de la justicia penal: *Juez Natural, derecho a probar, doble instancia, presunción de inocencia, indubio pro reo, derecho de defensa*. El efecto material de este principio radica en que no pueden establecerse en el país tribunales paralelos a la justicia ordinaria penal; toda vez que, corresponde a la agencia judicial neutralizar y superar la irracionalidad de los excesos, que se gestan en la operatividad de otras agencias del sistema de control penal, como el Poder Legislativo o la Policía. Lamentablemente y pese a su importancia, las disposiciones que surgen del principio de Jurisdiccionalidad son también objeto de reiteradas violaciones y distorsiones por el Derecho Penal complementario y por la interferencia sistemática que en el quehacer jurisdiccional, materializan otros poderes del Estado. Teniendo en cuenta las negativas experiencias acumuladas, resulta pues, prioritario para la sociedad civil y política de nuestro país cautelar celosamente la plena vigencia del Principio de Jurisdiccionalidad. Tarea que entendemos no puede soslayarse pese a las frecuentes críticas y disfunciones que de modo cíclico y constantemente se atribuyen a la agencia judicial. Particularmente ello es importante porque se trata de defender un espacio imprescindible de garantismo. En este sentido manifiesta BINDER⁷⁶ “la sociedad occidental ha vivido aterrorizada por la imposibilidad del uso arbitrario del poder penal. A lo largo de la historia muchísimas personas han muerto por defender lo que hoy llamamos las garantías judiciales. Aquello que no hemos acostumbrado a leer en un Pacto, en la Constitución, o en los Manuales de Derecho, o a oír en una conversación formal, ha significado la muerte de algunos de los mejores ciudadanos de las civilizaciones de occidente. Por la idea de independencia judicial, la gente se mataba hace cuatrocientos años. Por la idea del juicio previo hubo perseguidos y asesinados. Hoy no tenemos derecho a olvidar el enorme caudal de sacrificio humano que hay detrás de cada una de las garantías que defendemos”.

⁷⁶ ALBERTO BINDER. Justicia Penal y Sociedad Democrática, en Justicia y Derechos Humanos. Materiales de lectura. CEAS, Lima, 1993, p.28 y 29.

f. Principio de culpabilidad: El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal trata de este principio y de sus efectos sobre la pena. Es necesario anotar que el legislador nacional ha preferido el término responsabilidad, lo cual coincide con las propuestas alternativas que la noción clásica de culpabilidad se han planteado desde mediados de los años setenta.

Es de reconocer que el principio de culpabilidad ha sido objeto de agudos cuestionamientos y críticas. Pese a ello, el sigue mereciendo el respaldo de un alto sector de la doctrina, que reconocen su vigencia y utilidad como instrumento regulador del poder penal del Estado.

Concretamente el citado principio se resume en la clásica frase **“no hay pena sin culpabilidad”**. De ello derivan tres consecuencias, también tradicionales que son las siguientes:

- No hay responsabilidad objetiva o por el mero resultado.
- La responsabilidad es por el acto y no por el actor.
- La culpabilidad es la medida de la pena.

Sobre este principio, BUSTOS RAMIREZ⁷⁷, realiza una interpretación político criminal, que demanda hacer una lectura democrática de la “exigibilidad” o “motivación” como la base de determinación de toda responsabilidad personal. Según él: “la perspectiva político criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad, se convierte en un desafío, en la medida en que sea necesario establecer las garantías indispensables para que el sistema y sus operadores den cuenta, por una parte, de que han hecho para otorgar a una persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo, y por otra parte, si las circunstancias en las que esa persona se encontraba, a pesar de aquellas condiciones suficientes otorgadas, permitían exigir dicha respuesta. Es por eso, por lo que siempre “responsabilidad es igual a exigibilidad”, esto es, se trata de determinar y, por tanto de garantizar que es lo que el sistema y sus operadores pueden exigir de una persona y no es ello una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino de resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

⁷⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal en Latinoamérica, en nuevo Foro Penal N° 55 1992.

g. Principio de humanidad: El Principio de Humanidad es reconocido literalmente en los literales g y h del inciso 24° del artículo 2°; incisos 21° y 22° del artículo 139° de la Constitución de 1993, asimismo él se refleja en los Títulos Preliminares y I del Código de Ejecución Penal vigente.

Este principio sostiene que el Estado a través del control penal no puede aplicar ni establecer sanciones que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psico-física de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido, el Doctor Prado Saldarriaga citando a CASTILLO ALVA⁷⁸ afirma que el principal cometido del principio de humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No solo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear y a imponer, adecuándola a la humanidad del hombre.

Asimismo, este principio, demanda que los centros de reclusión y detención así como el procesamiento no constituyan riesgos de deterioro o de lesión al detenido. Que se erradiquen las torturas y desapariciones y ajusticiamientos extrajudiciales, como medios informales de control penal; junto con el principio de legalidad la política de humanidad del control fue un importante aporte del liberalismo.

Materialmente el Principio de Humanidad es un límite a las penas de muerte y de prisión indeterminada o perpetua. Asimismo, impone al Estado la obligación de esforzarse por dotar a su infraestructura carcelaria de los medios y recursos que impidan que el interno sufra vejámenes y que se disocialize. Por último, que en los interrogatorios policiales la tortura y el maltrato no sean una técnica cotidiana de arrancar confesiones. Esta política además obliga al Estado a sensibilizar social y civilmente a sus órganos de control, fundamentalmente a la policía y a la administración penitenciaria. Conforme a nuestra Constitución subsiste la pena de muerte aunque limitada en delito de traición a la patria en guerra exterior y por delito de terrorismo; sin embargo, se han presentado diferentes

⁷⁸ CASTILLO ALVA, José. Principios del Derecho Penal. Gaceta Jurídica. Primer Reimpresión. Lima 2004.

propuestas para ampliar la posibilidad de dicha pena para otros delitos como el de violación de menores⁷⁹.

De otro lado, las cárceles nacionales son todavía centros de mayores efectos disocializadores, que de opciones de reinserción social, sobre todo por sus endémicas y notables carestías logísticas y técnicas.

h. Principio de proporcionalidad de las sanciones: El principio de proporcionalidad no está regulado de modo expreso en nuestra legislación. Sin embargo, su aceptación como política reguladora del control surge del artículo 3° de la Constitución, del artículo VIII del Título Preliminar, así como de una motivada y sobria aplicación judicial de los criterios de determinación de la pena que regulan entre otras disposiciones los artículos 45° y 46° del Código Penal. Como destaca POLAINO NAVARRETE⁸⁰ la coherencia de este principio deriva de que es un límite normativo, tanto para el legislador en el momento de configurar la norma penal, como para el juez en el momento de aplicar la norma.

A este principio también se le conoce como principio de prohibición de exceso. Esta política penal de origen retribucionista, demanda que la sanción debe guardar relación con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido. Por consiguiente, la definición de aplicación de sanciones debe ser proporcional al tipo de delito y a las circunstancias de su realización. Queda claro, en consecuencia, que este principio guarda relación directa con el principio de culpabilidad. En sentido negativo el principio de proporcionalidad, supone el rechazo del establecimiento de conminaciones y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo, ya sea cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo la afectación de derecho es groseramente desproporcionada respecto a la lesividad del conflicto.

⁷⁹ Proyecto de Ley N° 282/2006^a -CR de reforma constitucional que modifica el artículo 140° de la Constitución e impone la pena de muerte en casos de violación sexual de menor seguida de muerte; proyecto de ley N° 281/2006-PE de reforma constitucional del artículo 140° de la Constitución Política; proyecto de ley 164-2006-CR que propone modificar el artículo 140° de la Constitución.

⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Introducción al Derecho Penal. GRIJLEY. Lima. 2008.p.194.

Del principio de proporcionalidad se deriva como regla la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es en sus desarrollos normativos y jurisdiccionales debe afianzarse la materialidad de una pena justa.

Nuestro sistema punitivo ha demostrado en su evolución histórica una vocación draconiana y de simbolismo preventivo general negativo. La pena, pues, ha sido fundamentalmente un medio emocional de apaciguamientos y terror social; tal es el caso que durante la vigencia del Código penal de 1984 algunos delitos fueron objetos de continuas decisiones de sobrecriminalización que llevaron a que sean sancionados con penas tan severas como las previstas para los delitos contra la vida; quebrándose pues la proporcionalidad en razón de los bienes jurídicos tutelados.

Como bien señala el Doctor Prado Saldarriaga, citando a VILLAVICENCIO TERREROS⁸¹; las exigencias del principio de proporcionalidad son también controladas por el Tribunal Constitucional en reiterada Jurisprudencia.

LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS:

Las características actuales de la política criminal contra el tráfico ilícito de drogas, se relacionan con la aplicación de las estrategias de prevención y control que fueron diseñadas por la denominada Convención de Viena de 1998. Las cuales han sido, luego, objeto de dos periodos de evaluación por la Asamblea General de las Naciones Unidas realizados cada diez años. El primero tuvo lugar en 1988 y el segundo en el año 2008.

De este proceso de examen sobre la adopción interna de las propuestas estratégicas internacionales, se detecta el predominio de cinco políticas básicas para la prevención y el control de la criminalidad organizada vinculada al problema de la droga. Se trata, pues, de un programa mínimo que en el presente se reproduce y expresa en todos los planes, sistemas normativos y estructuras organizacionales que cada país o región ha construido para hacer frente al tráfico ilícito y al consumo indebido de drogas. Sin embargo, es pertinente destacar que tales políticas por su aparente idoneidad han servido, también, de modelo para el tratamiento político criminal de otras formas de criminalidad organizada que han adquirido notables desarrollos en los últimos 20 años, como el lavado de dinero

⁸¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General.

entre otros. Es más, su reflejo estratégico ha trascendido formalmente a nuevos instrumentos internacionales de política criminal de las Naciones Unidas, como la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2002 y la Convención contra la Corrupción del año 2003.

Ahora bien, todas estas políticas tienen dos perspectivas comunes sobre el que hacer ante el crimen organizado asociado a drogas. En primer lugar, todas parten de una exagerada visión de la pertinencia de la injerencia internacional en el diseño y ejecución de las estrategias de prevención y control, dejando un espacio muy residual a las alternativas nacionales. En segundo lugar, ellas demandan como necesidad imprescindible de eficacia, la instrumentalización y potenciación de medidas de exclusividad orientación represiva. Cabe señalar, al respecto, que la radicalización en este plano de las opciones penales y procesales, con notable resentimiento o relativización de garantías y principios Constitucionales, ha determinado que la política penal antidrogas sea calificada como el precedente más relevante del discutido modelo político criminal que Jakobs denominó derecho penal del enemigo.

En concreto, y atendiendo a su importancia estratégica, podemos señalar que la actual política criminal contra el problema de la droga se expresa esencialmente en las siguientes políticas, estrategias y medidas.

- **La visualización del problema de la droga desde una perspectiva económica y bajo el imperio del llamado modelo geopolítico-estructural de intervención:** En esta concepción el tráfico ilícito de drogas es entendido como una actividad empresarial ilegal. Por tanto el tratamiento político de su problemática debe abarcar conjuntamente la oferta y la demanda de sustancias psicoactivas. Lo que significa que tanto el tráfico ilícito de drogas como el consumo indebido de drogas, deben, pues, ser objetos de criminalización.
- **La detección y el decomiso de los capitales de las organizaciones criminales que activan el tráfico ilícito de drogas:** Ha sido este nivel estratégico el que mayores esfuerzos de integración ha promovido en el Derecho Penal Internacional y en el marco legal interno de los Estados. En ese contexto, los gobiernos nacionales y los organismos regionales como la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos, han desarrollado una intensa actividad para construir espacios internacionales para la

prevención y represión de las operaciones de lavado de activos, así como para la pérdida del dominio de los bienes de procedencia ilegal. De allí que resulte atinado sostener, en este nivel, que la política antidrogas ha logrado, desde 1988 al presente, producir y consolidar un elevado número de medidas, estrategias y compromisos de cooperación internacional, que han quedado formalizados mediante una variedad de documentos especializados de alcance bilateral o multilateral y con efectividad vinculantes.

- **El control del movimiento y suministro de las sustancias precursoras o insumos químicos para la producción de drogas:** En este espacio se han construido y afirmado múltiples mecanismos de control y comunicación idóneos, eficientes y oportunos. Sin embargo, el crecimiento y socialización que han alcanzado en su actualidad las drogas sintéticas y de diseño, especialmente las metanfetaminas, han promovido nuevos procedimientos para el control y fiscalización de los insumos requeridos para la elaboración de estas sustancias.

- **La cooperación judicial internacional como vía necesaria para la eficacia del sistema penal contra el crimen organizado:** Este espacio también ha crecido en normas, estructuras y procedimientos de interacción. No obstante, dicho ámbito de operativización de estrategias penales se presenta todavía como el menos eficiente y efectivo. Efectivamente si bien se ha incrementado el número de Instrumentos Internacionales y hemisféricos, como las recientes convenciones de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) y contra la delincuencia organizada transnacional (2001); o las Convenciones Interamericanas contra el terrorismo (2002) o contra la corrupción (1996); y el Convenio Europeo sobre asistencia judicial mutua en materia penal (2000); sin obviar los múltiples acuerdos bilaterales suscritos a la fecha entre los Estados, la operatividad práctica de los procedimientos de asistencia mutua o extradición continua siendo muy formal o burocratizada.

- **Aplicación de nuevas técnicas de investigación criminal:** Con relación a ello es de precisar que se han incorporado novedosas técnicas para la pesquisa y el análisis de inteligencia de las organizaciones criminales. Entre ellas, se incluyen la interceptación electrónica de las comunicaciones en, o desde un territorio extranjero. Cabe anotar también, que pese a múltiples cuestionamientos iniciales, sobre la legitimidad de uso de procedimientos, en el presente se han logrado imponer, sobre todo por las significativas cuotas de eficacia para la infiltración y disociación de las organizaciones criminales que

se les atribuyen. Es por ello que medidas como la entrega vigilada, el uso de agentes encubiertos, la colaboración eficaz o el levantamiento del secreto bancario, han adquirido en la actualidad notoria presencia formal, a la vez que consensuada legitimación en el derecho interno de los Estados.

En consecuencia, pues, luego de 20 años de influencia de la Convención de Viena en la política criminal contra el tráfico ilícito de drogas, los desarrollos actuales de sus principales estrategias son todavía por su unilateralidad represiva notoriamente insuficiente para abordar otras dimensiones del problema de la droga. Especialmente en lo que corresponde al ámbito de la erradicación de los cultivos ilegales y en lo que atañe al tratamiento del consumo indebido de drogas.

Con relación a lo primero, las mediadas y programas de desarrollo alternativo no han logrado todavía una internalización espontánea, positiva e integral entre los campesinos involucrados. Ello ha quedado demostrado con los reiterados conflictos que vienen promoviendo el activo rechazo que a los programas de erradicación forzada de cultivos han expresado núcleos de campesinos cocaleros en Bolivia y Perú.

En lo que concierne a lo segundo, el tratamiento del consumo sigue siendo un proyecto discriminatorio y con aplicación de exiguos recursos. Es más, constantemente gana espacio, en el Derecho Penal interno de los Estados, la tendencia hacia la criminalización específica del consumo, aunque también se viene formalizando interesantes medidas de sustitución que pretenden reemplazar las penas privativas de libertad aplicables por ingeniosas alternativas de tratamiento. Esto, es se busca intercambiar la cárcel por las terapias de deshabituación, tal es el caso de la poco difundida experiencia Norteamericana de las “cortes de drogas”.

CAPITULO III:

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

3.1. CUESTIONES GENERALES

En términos generales, indica el Doctor ANDRADE SANCHEZ⁸² el delito es una conducta que la sociedad considera contraria a sus valores y por esa razón la reprime imponiendo una sanción que inflija un dolor o constituya una pérdida importante desde el punto de vista moral o material para el individuo que, ha trasgredido la norma y que debe ser castigado. Éste es, por supuesto, un concepto general, basado en las reacciones sociales originales que ha evolucionado a lo largo del tiempo, planteando nuevas finalidades a la sanción que la Sociedad impone, la más reciente de ellas: la idea de que esa sanción debe servir para readaptar o rehabilitar a quien ha transgredido las reglas sociales porque se estima que la propia sociedad genera el fenómeno delictivo.

Al margen de las teorías respecto del delito y de la pena, que no son objeto de este trabajo, es importante, con la finalidad de comprender con claridad el fenómeno delictivo, entender su esencia.

Por lo tanto, partimos de la base de que el delito es un fenómeno connatural a la Sociedad, ha existido siempre como una desviación de las conductas normales y probablemente mientras la humanidad sea humanidad el mismo no se erradique por completo. Empero, la lucha contra él, a lo largo del tiempo se ha ido perfeccionando mediante el empleo de instrumentos científicos que permiten analizar las conductas delictivas y diseñar los métodos para enfrentarlas. Así, encontramos que el delito puede manifestarse como el resultado de diversas causas: la necesidad, la reacción violenta de venganza en contra de alguien, la envidia; toda la variedad de impulsos anímicos por los que un individuo transgrede o viola las normas jurídicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el delito no tenga una causa meramente circunstancial, sino que sea deliberadamente realizado como una forma de obtener ingresos o de lograr la satisfacción de algún tipo de pasión o de desviación psicológica. Así, puede ser que

⁸² ANDRADE SANCHEZ, EDUARDO. Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial e la Federación. Universidad Autónoma de México. Senado de la República. LVI Legislatura. Mexico 1997.

alguien se dedique sistemáticamente a robar con el fin de lograr los recursos para su subsistencia, o bien, que alguien sea un violador sistemático que tienda a satisfacer una perversión dirigida a la violencia y al ataque sexual.

La permanencia de la acción delictiva, la acción constante como forma de lograr esa satisfacción buscada, puede tener una sofisticación adicional, que es la participación no de una sola persona, sino de varias, que se reúnen y se estructuran asociándose en forma permanente para la comisión de los delitos. Tenemos, entonces, no sólo la persistencia del fenómeno delictivo reiteradamente cometido por una persona, sino incluso una acción continua, repetida, cometida por un grupo de personas.

Asimismo debe distinguirse entre la agrupación formada para la comisión de un delito de manera circunstancial u ocasional, de aquella que se genera con el propósito de permanecer en el tiempo, de efectuar un conjunto de acciones delictivas con una finalidad determinada, la cual viene a ser una de las características fundamentales de la criminalidad organizada.

La delincuencia organizada en el tráfico ilícito de drogas, que en el presente trabajo nos interesa analizar, es de cuño reciente; pero la organización como elemento del fenómeno delictivo no es algo novedoso. De hecho, puede decirse que siempre han existido formas de violación organizada de la ley. Es decir, que la delincuencia organizada es un acontecimiento que tiene buen tiempo de presentarse en el ámbito de la criminalidad.

En este sentido, manifiesta el autor Prado Saldarriaga⁸³ que la búsqueda de conceptos operativos y de patrones legales de regulación de la criminalidad organizada es todavía una línea de investigación no agotada en el contexto nacional e internacional. Por ello, nos interesa evaluar el desarrollo de tal tendencia en nuestro país, a partir de la configuración típica del artículo 317° del Código Penal y de las reformas introducidas en él por el Decreto Legislativo 982. Es más el acento dado por la política criminal nacional e internacional a la neocriminalización de conductas abusivas de los núcleos de poder

⁸³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal. Primera Edición. Idemsa. Lima Perú 2009

político, económico o tecnológico; o de los delitos de organización y proyección global como el lavado de activos o el tráfico ilícito de drogas, justifican, plenamente un nuevo esfuerzo por construir un modelo de interpretación de dicha disposición legal.

Comencemos por señalar, que para los especialistas la estructura organizacional y operativa de una organización criminal permite identificar el grado de importancia y desarrollo que ella ha alcanzado. Complementariamente, las dimensiones de sus actividades ilícitas, su composición interna y la calidad de sus integrantes, posibilita reconocer el mayor o menor nivel de su influencia sobre su entorno económico, social, o político. Estos datos criminológicos y criminalísticos son determinantes para la construcción posterior de una respuesta penal formal y normativa.

Ahora bien, la estructura de las organizaciones criminales no es uniforme, ello varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecutan o el número de componentes que lo integran. Por consiguiente, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso, buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos.

En ese contexto, la clásica imagen piramidal de la mafia Siciliana o de la Cosa Nostra Norteamericana⁸⁴ ha tenido, pues que ceder a los nuevos espacios y oportunidades que brinda la economía globalizada del tercer milenio. Como bien lo describen los Maestros PRIETO Y GONZALES⁸⁵: “ahora, las nuevas organizaciones criminales poseen

⁸⁴ Organización de mafia de origen siciliano, que hizo su aparición en Palermo – Italia a mediados del siglo XIX, la cual fue combatida por jueces antimafia Giovanni Falcone y Marcelle Padovani.

⁸⁵ PRIETO PALMA, Cesar y GONZALES RUIZ, Samuel. Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada. Separata del Seminario Sobre la Lucha Contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CDROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito- Ofician Contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, Agosto 2003. P.1.

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

Efectivamente, las investigaciones realizadas por los Organismos Especializados de las Naciones Unidas, luego de la suscripción de la Convención de Palermo, han aportado importantes hallazgos y metodologías para la identificación y evaluación de las estructuras organizacionales de los grupos criminales. El desarrollo de estos importantes aportes para la documentación e inteligencia sobre la criminalidad organizada, se realizaron, en coherencia con lo dispuesto por el artículo 28° de la citada Convención Internacional. En dicha norma se establece que una tarea importante que debemos desarrollar los Estados vinculados con el Convenio de Palermo es recopilar e intercambiar información entre sí sobre las dimensiones y actividades de la criminalidad organizada en sus respectivos territorios. Al respecto se dispone que: “Los Estados parte consideraran la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúan la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucradas”. Tales investigaciones estuvieron a cargo de dos organismos especializados de las Naciones Unidas: *El Centro para la Prevención Internacional del Delito- CICIP* y *el Centro de Investigación Interregional de Delitos y Justicia de las Naciones Unidas- UNICRI*. El trabajo de ambos entes técnicos involucró el desarrollo de actividades de indagación, estudio y análisis en 16 países. Los investigadores lograron recopilar información bastante detallada sobre 40 grupos delictivos activos y representativos de la delincuencia organizada transnacional. Posteriormente, sobre la base de variables e indicadores comunes se identificaron

semejanzas y diferencias entre los grupos criminales investigados. Se puso especial énfasis en características ligadas al tipo de estructura predominante en el diseño organizacional; la configuración de los niveles y roles de gestión y ejecución de las decisiones; el conjunto de actividades ilícitas y lícitas desempeñadas; los vínculos existentes entre los integrantes; los instrumentos e instancias de coordinación y control interno; y la proyección nacional e internacional del modus operandi o de la influencia del grupo criminal. El consolidado de datos posibilitó, luego, la configuración de cinco tipologías que lo desarrollaremos más adelante.

3.2. CONCEPTO:

Desde el punto de vista de la Criminología. Según MOSCOSO CALLO⁸⁶, la criminalidad organizada es: “una especial forma de actividad criminal colectiva, que se caracteriza por una estructura jerárquica estricta, así como por un proceder planeado y controlado de manera mercantil”

Para MARÍA DE LA LUZ LIMA⁸⁷, es “aquella actividad realizada por asociaciones de individuos o grupos que se auto perpetúan, estructurados y disciplinados, unidos con el propósito de obtener ganancias o ventajas monetarias o comerciales, mientras protegen sus actividades por medio de un padrón de sobornos y corrupción.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, en el artículo 282° inciso 4, “Considera 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: a) Delito de secuestro de personas previstos en los arts. 164° a 166° del Código Penal. b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187° a 189° el Código Penal. c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237°, 243°, 244°, 248° y 301° del Código Penal. d) delitos contra

⁸⁶ JUANA LUZ MOSCOSO CALLO. *Criminalidad Organizada, en Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* núm.47, 1997,p.103. citado por Pablo Sánchez Velarde. Los Procedimientos Penales Especiales ante la Criminalidad no Convencional, en Anuario de Derecho Penal 96.p.194

⁸⁷ JUANA LUZ MOSCOSO CALLO. *Criminalidad Organizada, en Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú* núm.47, 1997,p.103. citado por Pablo Sánchez Velarde. Los Procedimientos Penales Especiales ante la Criminalidad no Convencional, en Anuario de Derecho Penal 96.p.194

los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312° y 313° del Código Penal. e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332° y 334° del Código Penal. f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345° del Código Penal. g) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368° a 373° del Código Penal. h) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386° del Código Penal. i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566° a 568° del Código Penal. j) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571° a 578° del Código Penal. k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2° inciso 1. e) de la Ley Orgánica 12/ 1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.⁸⁸

La Ley N° 8754 de la República de Costa Rica “Ley Contra la Delincuencia Organizada”, en su artículo 1° señala que: “debe entenderse por delincuencia organizada, a un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves”⁸⁹.

Por otro lado el término Crimen Organizado ha sido usado por académicos y operadores del sistema penal con distintos significados en diversos países. Concuera con SCHELLING⁹⁰, para algunos autores “La esencia del crimen organizado es el abastecimiento ilegal de bienes y servicios, juegos, narcóticos, préstamos usurarios, y otras formas de vicio, para satisfacer a los clientes”. Según VAN DUYNE⁹¹, lo esencial del crimen organizado es el comercio, lo demás son características adicionales. Entre los cuales menciona a la violencia y otros medios de intimidación, y la influencia entre los políticos, medios de difusión, administración pública, justicia y la llamada economía legal o legitimado.

⁸⁸GRANADOS PÉREZ, Carlos- *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Consejo General del Poder Judicial. C/ Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid- Lerko Print, S.A. Pág. 249.

⁸⁹ Alcance N° 59 de la Gaceta N° 143 del 24 de Julio de 2009. Ley 8754 de La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley contra la Delincuencia Organizada- Artículo 1°.

⁹⁰ Citado por Gianluca Florentini y San Peltzman, en el libro “The economics of organized crime” . Editado por estos autores en Cambridge. University Press. 1995.

⁹¹Van Duyne Petrus. Organized Crime Corruption and Power en el vol.26 de la Revista Crime, Law and Social Change.

Esta definición establece un vínculo directo entre crimen organizado y mercado ilegal, por lo cual el crimen organizado está siempre relacionado con un mercado ilegal. Si bien la violencia es de suma importancia para obtener resultados económicos, no es imprescindible que la actividad que caracterice el grupo sea el uso de la violencia, la fuerza o la intimidación. Incluso en ocasiones basta con tener la reputación de violencia para intimidar a las otras bandas y a las autoridades. Muchas legislaciones como el Código Penal Italiano consideran que estas organizaciones están armadas como una circunstancia de agravación. Acorde con este punto de vista, el crimen organizado está estructurado de forma que pueda producir y satisfacer las necesidades de productos ilegales para los consumidores, no siendo necesario que esté circunscrito a uno o dos delitos determinados, sino a un genérico programa delictivo.

Para otros autores, esta definición es incompleta ya que el fin último del crimen organizado es el control de toda la economía del mundo subterráneo, en un área determinada, geográfica o económica, que le permite controlar la actividad ilícita, así como actividades económicas, concesiones, autorizaciones, contratos o servicios públicos, o para obtener ganancias o ventajas económicas injustas para sí mismo o para otros. Esto le permite ingresos en muchas ocasiones, sin necesariamente verse involucrado en la administración de negocios de manera directa.

La definición consensuada por los Ministerios de Justicia e Interior de Alemania, en 1990 consideran: “el crimen organizado como una violación planificada de la ley con el propósito de obtener ganancias y/o adquirir poder, estas violaciones deben ser cada una de ellas o conjuntamente de la mayor significancia y llevadas a cabo con la cooperación de más de dos participantes dentro de una división de tareas, por un periodo indeterminado de tiempo, usando estructuras comerciales, violencia u otros medios de intimidación, influencia política, de los medios de comunicación, de la administración pública, de la justicia o de la economía legal”⁹².

Otros autores como Felicia Allum y Jennifer Sands, plantean que aunque las motivaciones económicas son importantes, muchos grupos de crimen organizado tienen raíces

⁹² Esta definición ha sido tomada de Leticia Paoil, Implementation: Concept and actors que aparece en el libro compilación de Hans-Jorge Albrecht The Compliment of Transnational crimen. Comments on the UN Convention of december 2000 editado por Max Planck Institute de Freiburg i. Br Alemania 2002.

nacionales y étnicas con referencias a su historia y cultura. Esos factores históricos y culturales son importantes para encontrar una explicación adecuada acerca del surgimiento y desarrollo de estas organizaciones, por tanto los problemas del crimen organizado no solo deben ser observados en términos económicos, deben contemplar también los factores sociales, culturales y transnacionales de fenómenos⁹³.

Para el Buro Federal de Investigaciones del Gobierno de Estados Unidos⁹⁴, el crimen organizado significa las actividades ilegales que tratan de obtener ganancias a través de negocios ilegítimos. Crimen organizado incluye hacer negocios a través de la amenaza, de la extorsión, el contrabando de drogas ilegales, sexo, juego, pornografía, etc. Es el montaje de estos negocios bajo formas corporativas, pero usando la fuerza, la intimidación y a la amenaza.

En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo de asociación criminal revestido de las siguientes características: estructurado, permanente, auto renovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales, empleando la disciplina o la coacción en relación con sus miembros y toda clase de medios frente a terceros, con el propósito de alcanzar sus objetivos.

Un aspecto importante de la criminalidad organizada, es que sus fines son involucrarse en una economía distinta de la legal sustentada en el narcotráfico, contrabando, extorsiones y actividades mafiosas de todo tipo. Tiene una dimensión empresarial y orientada hacia el provecho, actúa como una empresa económica, es una actividad parecida a la administración de un negocio, en definitiva se plantea conquistar porciones del poder económico e incluso de poder en general.

Para nosotros, la criminalidad organizada en un sentido amplio del término, debe entenderse como una actividad criminal, ejecutada, estructurada y planificada de acuerdo con códigos internos de organización criminal por más de dos individuos, que hacen de

⁹³ Ver Expanding Organized crime en Europa. Are economists always right? Crime, law and social change. Vol 41. Kluwer Academic Publisher 2004.

⁹⁴ Versupagina WEB WW.FBI.GOV.

la actividad delictiva su forma de vida y donde debe estar presente los propósitos de obtener ganancias o poder con propósito ulteriores de lucro.

3.3. CARACTERÍSTICAS:

El importante criminólogo A.K.COHEM en su trabajo “El concepto de la organización criminal⁹⁵, explica que hay crimen organizado cuando se pone en acción estructuras y modalidades articuladas, diversificadas, capaces de dar respuestas, dada su condición de ilegalidad”. Precizando a continuación algunos aspectos fundamentales que la caracterizan:

- Control sobre la información, la cual debe estar centralizada en este tipo de organización.
- Visibilidad. Muchas de las actividades propias del crimen organizado, como el juego y la prostitución, necesitan darse a conocer a sus potenciales clientes; pero al mismo tiempo sus actividades son ilegales, por lo cual tienen que lograr cierto balance entre secreto y publicidad.
- Neutralizar la intervención de la ley. Tratar de desestimular la cooperación entre víctimas y policías. Amenazas de represalias. Utilizar intermediarios que puedan neutralizar a las autoridades.
- Finalmente conciliar el orden en su propio interior, a través de formas de solución de conflictos, con la legitimidad a su exterior, a través de la erogación de oportunidades sociales y ocupacionales.

Este mismo autor, termina diciendo que la organización criminal incluye una variedad de actividades y de estructuras que abarca todas las actividades sociales y todo el comportamiento criminal y este es distinto al resto de las otras actividades criminales.

La dirección de inteligencia criminal de la Real Policía montada de Canadá⁹⁶, identificó catorce características de los grupos de crimen organizado, esta son:

1. Corrupción y uso de influencias ilícitas, explotación de debilidades y chantaje de figuras públicas prominentes.
2. Disciplina y obediencia a través del miedo y violencia.

⁹⁵Cohem A.K. The Concept of Criminal Organization. The British Journal of Criminology. Vol. 17 april - 1977.Nº 2.

⁹⁶ Richards R. James. Transnational Criminal Organisations, cybercrime, and Money Laundering. CRC Press LLC.USA.1999.

3. Infiltración de esfuerzos constantes para ganar espacio en instituciones legítimas con el objetivo de protegerse ante posibles detenciones.
4. Aislamiento. Protección de los líderes de la organización separándolos de los soldados, cédula por cédula y función por función.
5. Monopolio, control sobre ciertas actividades criminales dentro de un área geográfica, no tolerancia para competencia.
6. Motivación, lográndola fundamentalmente por medio de la acumulación de riquezas.
7. Subversión de las instituciones de la Sociedad y de los valores legales y morales.
8. Historia, lo que permite enriquecer su práctica criminal.
9. Violencia, usada para fortalecer la organización.
10. Sofisticación, uso de sistemas de comunicaciones avanzadas, control financiero y operaciones.
11. Continuidad, la cooperación y la organización sobrevive a los individuos que la crearon.
12. Diversidad en las actividades ilícitas, proteger a la organización de su dependencia en una sola actividad.
13. Obligación de seguridad y protección de persona a persona y de la persona a la organización en ocasiones a través de complejos ritos de iniciación.
14. Movilidad más allá de los límites nacionales y jurisdiccionales.

Siendo que, además de tales características, la criminalidad organizada se caracteriza exclusivamente por:

3.3.1. ACTIVIDAD DE GRUPO Y PERMANENCIA:

Se trata de una actividad ejecutada por un grupo de tres o más personas⁹⁷, unidas solidariamente y durante cierto tiempo, con el propósito de cometer ciertos delitos graves con miras a obtener ganancias y de este modo, acceder o influir o posiciones del poder económico, político y social. No se trata de individuos que se unen para uno o dos “trabajos” y luego se desbandan. El tema de su carácter permanente o con vida durante

⁹⁷ La convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece en su artículo 2 inciso 8, un grupo de tres o más personas.

un periodo importante de tiempo es una de las características que distinguen el crimen organizado, de los fenómenos de las bandas u otras formas asociativas transitorias. Este aspecto de su carácter permanente o por tiempo sustancialmente largo ha dado lugar a interesantes jurisprudencia especialmente de las Cortes de Apelación y del Tribunal de los Estados Unidos de América, por ejemplo en el caso United States versus Kragness (octavo circuito de 1987), la Corte estimó que aún cuando el personal asociado de la organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas cambie, si la identidad esencial de la organización criminal, permanece al menos con cinco de sus miembros participando en asuntos en la misma desde 1979 hasta el cese de sus operaciones y especialmente si el grupo vital (el corazón), estuvo presente durante todo ese periodo, la continuidad del personal está satisfecha. La Corte asimismo identificó los roles y funciones específicas y necesarias para la operación de la empresa en los cargos de director, supervisor del anillo del circuito de la droga, los pilotos para el transporte y otros; concluyendo que había suficiente evidencia de la continuidad o permanencia del grupo.

3.3.2.- ESTRUCTURACIÓN DE ACTIVIDADES:

Este tipo de criminalidad se desarrolla dentro de un organigrama específico, la asociación criminal, en el cual cada uno de los miembros cumple una función específica y necesaria para la comisión de delitos; existe una jerarquía y una división del trabajo dentro del grupo. Sin embargo, no existe un solo modelo de organización estructural. La evolución puede situarse en un comienzo en organizaciones delictivas secretas, de ahí a empresas del crimen, más tarde en empresas duales que llevan al mismo tiempo actividades lícitas e ilícitas y finalmente un acercamiento a la criminalidad organizada.

Al frente de la organización se encuentra el Jefe cuya principal función es la de mantener el orden interno del grupo o la familia y al mismo tiempo maximizar las ganancias y la estrategia de los negocios a realizar. Debajo de este se encuentra en vicejefe cuya función fundamental es recopilar información y ser un transmisor de las directivas del jefe con el resto de la organización del grupo. En el modelo de la mafia Siciliana Italiana le sigue el consejero que funciona como una especie de jefe de personal, se considera que debe ser una persona con experiencia, da consejos al jefe y goza de un considerable poder e

influencia. Estos constituyen los que pudiéramos llamar estructura superior, la cual no debe tener muchos contactos con los niveles inferiores e intermedios. El enlace entre esta jerarquía superior y los niveles de ejecución es el llamado en inglés “Buffer”, debido a su papel de evitar la descompartimentación entre estos dos niveles, los superiores los más altos. En el nivel más bajo se encuentran los llamados jefes de pequeños grupos de combatientes.

Este tipo de organización es el típico de organizaciones mafiosas como la cosa nostra; sin embargo, investigaciones criminológicas más recientes entienden que este modelo altamente centralizado [al respecto el sociólogo Giuseppe Arlacchi, también conocido como Pino efectúo importantes ensayos sobre la mafia, y mediante sus escritos ha contribuido a una mejor comprensión de la mafia y como combatirla⁹⁸], no es único y que hay pequeñas organizaciones que generalmente compiten una con otra. La tendencia es fragmentar el mercado haciendo difícil su centralización a gran escala, siendo lo más frecuente en los actuales momentos la coordinación entre las diversas organizaciones criminales, lo que se ha dado por llamar redes flexibles”, que vinieron a sustituir a los grupos “jerárquicos y burocráticos”, en un mundo globalizado, donde la globalización y mercados moldea del mismo modo las redes empresariales legítimas y al mismo tiempo crean otras formas de control social. Redes que coordinan entre sí a través de medios menos formales y más igualitarios y responden de manera más rápida a cambios en el contexto social y económicos en que se desenvuelven.

En este sentido, además de la permanencia que una de las características de la organización criminal; hay que añadir una estructuración de actividades entre quienes participan en la comisión del fenómeno delictivo, dividiéndose el trabajo, asignándose tareas y muchas veces llegando a una jerarquía en donde hay un jefe, mandos intermedios y luego operadores de base.

3.3.3.- OBTENCIÓN DE BENEFICIOS ECONÓMICOS.

Generalmente también la motivación más frecuente para la creación de este tipo de organizaciones es la obtención de beneficios económicos; esto quiere decir que las

⁹⁸ Arlacchi, Pino: *Buscetta, la mafia par l'un des siens. Paris: Edition du Felin, 1994.*

agrupaciones de esta índole dirigen su acción a la comisión de delitos que permiten obtener un lucro, por ejemplo: robo, fraude, extorsión, secuestro,

La organización criminal, cuando se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos, la persecución fundamentalmente del lucro económico, presentándose los delitos concretos sólo como mero instrumento para la consecución de ese objetivo principal, tiende a globalizarse paralelamente a la globalización de los mercados; la lucratividad de la empresa criminal depende en buena medida del blanqueo de dinero, por lo que la legitimación de capitales es una actividad asociada a la actividad productora.

La organización criminal, que puede considerarse común, tiende en consecuencia a la adquisición de un importante poder económico por medios ilícitos, siendo la más clara manifestación de este tipo de criminalidad, el tráfico ilícito de drogas, delito que ha constituido históricamente el motivo de toda política criminal para combatir un fenómeno creciente y transnacional.

Por otra parte, hay que hacer alusión también a las motivaciones y finalidades que mueven a las organizaciones delictivas que han ido apareciendo y diversificándose en el curso de los años. En primera instancia, parecería que la organización delictiva típica tiene como finalidad la obtención de beneficios económicos, dado que los recursos que se necesitan para la propia organización y el control de sus miembros parecen adecuarse con mucha mayor facilidad aquella delincuencia cuyo beneficio es material. Sin embargo, no necesariamente la organización delictiva obedece a un propósito de obtención de beneficios.

3.3.4. EXPANSIÓN DE ACTIVIDADES.

En el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁹⁹, celebrado en Milán en Agosto a Septiembre de 1985, advierte la preocupación por el crecimiento desmesurado del crimen organizado en el ámbito internacional debido a la gran cantidad de operaciones ilícitas que se realizan, traspasando las fronteras de los Estados, cuyos sistemas de prevención del delito más “efectivos”,

⁹⁹Todos los documentos citados De Naciones Unidas pueden ser encontrado en la página web de la Office on Drugs and Crime. ONU en www.unodc.org/unodc/index.html

resultan inocuos en su prevención. Estos criminales, señala la declaración, aprovechando lagunas legales, políticas criminales inadecuadas, contradicciones de los ordenamientos penales, corrupción estatal y cualquier deficiencia del sistema, actúan con la mayor efectividad. En los últimos años esta situación se ha agravado, al producirse transformaciones relevantes dentro de la criminalidad en el ámbito mundial. El crimen organizado alcanza ahora una mayor dimensión internacional, dificultando una actuación eficaz contra él.

El X Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente celebrado en Viena en el año 2000 declaró lo siguiente: "En la nueva era de la mundialización, las fronteras se han abierto, las barreras comerciales han caído y la información se transmite rápidamente por todo el mundo al alcance de una tecla. Los negocios están floreciendo y también la delincuencia organizada transnacional. Se están forjando fortunas como resultado del tráfico de drogas, la prostitución, las armas de fuego ilícitas y todo un conjunto de delitos transfronterizos.

La técnica seguida en los diferentes instrumentos internacionales, ante la falta de competencia supranacional, es la de asimilación y armonización de las legislaciones internas, con el fin de conseguir el mayor grado de homogeneización jurídica posible. Es decir, 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 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. Es así que se tiene por ejemplo al Tratado de Amsterdam, (mayo de 1999), mediante el cual se creó el marco jurídico para una lucha eficaz, contra la criminalidad organizada.

3.3.5. LA TRASNACIONALIDAD DEL MODUS OPERANDI.

En palabras del Maestro GRANADAS PÉREZ¹⁰⁰, el carácter trasnacional o internacional no es condición indispensable para la calificación de delincuencia organizada. Aunque en

¹⁰⁰ GRANADAS PÉREZ. Carlos. La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos, Procesales y Orgánicos. Lerco Print S.A. Madrid, 2001.P. 243.

las tendencias dominantes de la actual política criminal constituye preocupación fundamental la delincuencia que despliega su actividad con carácter supranacional, pues ésta es la que presenta consecuencias especialmente lesivas y representa un obstáculo más serio para su represión eficaz por los mecanismos de persecución penal nacionales. Prueba de ello es la reciente Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

3.3.6. AUTORENOVACION:

El grupo o clan criminal se asocia con el carácter de perpetuar su actividad, que no se detiene u obstaculiza con la eliminación del jefe “Capo” o Cabecilla. Por tanto no tiene demasiada trascendencia quien es el jefe o el subjefe, quienes son los soldados o miembros y los llamados agentes conexos.

La fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros de la empresa criminal que actúan en los niveles inferiores; la organización criminal tiene el carácter de autorrenovable, la cual incluso alcanza a los cabecillas de la banda, por lo que la detención de los subordinados (militanes de número) como la de alguno de los jefes no impide la continuación del proyecto criminal.

3.3.7. JERARQUIAS:

Existen cinco tipologías o jerarquías definidas por el Centro para la Prevención Internacional del Delito- CICIP y el Centro de Investigación Interregional de delitos y Justicia de las Naciones Unidas- UNICRI, que son las siguientes:

a) La Jerarquía Estándar o Tipología 1:

También conocida como estructura piramidal. Se le considera la estructura más rígida, tradicional y común entre los grupos de criminalidad organizada. Se caracteriza por tener un comando o liderazgo unificado a partir del cual se origina una jerarquía vertical con roles claramente definidos ya signados a sus escalones de integrantes. Las tareas se asignan de manera clara y definida para cada integrante según su nivel. Las organizaciones que se adscriben a esta tipología adoptan un Código de conducta que privilegia la lealtad, el secreto y la obediencia al jefe. Poseen un sistema de control interno muy estricto y que ejecuta sanciones disciplinarias violentas. Utilizan un nombre y la vinculación entre sus integrantes se funda en lazos familiares, étnicos o de estrato social.

El número de sus integrantes es variado según la presencia histórica de la organización. En su modus operandi, se recurre con frecuencia a la corrupción, el chantaje y la violencia.

Los expertos de la Naciones Unidas consideran como exponentes de la tipología que hemos descrito a los grupos criminales que operan en China (Tríadas Chinas) y Europa del Este (mafia rusa). Según sus investigaciones: “Estos grupos generalmente han sido creados alrededor de un solo individuo, quien frecuentemente da su nombre al grupo criminal. Los grupos son de tamaño mediano (50 a 200 personas) y tiene una estructura jerárquica estricta con un código de honor, reglas internas y absoluta lealtad al jefe. Los miembros son reclutados en el bajo mundo criminal y en el de los ex convictos, pero también entre los Oficiales Gubernamentales y servidores públicos”.

b) La Jerarquía Regional o Tipología 2:

Al igual que en la tipología anterior, en esta segunda la característica esencial se refiere al liderazgo único. Si bien existe una jerarquía rígida y definida a partir de un mando central. De él se desprenden estructuras regionales que tienen un alto grado de autonomía operativa y cuyo jefe posee capacidad de decisión sobre su espacio regional. Sin embargo, las instrucciones del mando central de la organización pueden dejar sin efecto cualquier iniciativa o decisión de mando regional. Ahora bien, la disciplina interna es muy estricta y se basa en el respeto a un código de reglas de lealtad y perdón denominado generalmente “el estatuto”. La actividad de estas organizaciones, es descentralizada y se desarrolla simultáneamente en varias áreas geográficas de influencia o regiones. Por esa razón, se trata de estructuras que cuentan con muchos grupos asociados e integrantes. La militancia en estos grupos se origina en la fuerte identidad social que vincula a sus miembros los cuales provienen de un mismo núcleo poblacional o “barrio”. Su amplia expansión regional le permite involucrarse en una gran variedad de actividades ilícitas. En sus modus operandi el uso de la violencia es bastante frecuente.

c) La Agrupación Jerárquica o Tipología 3:

Esta tipología tiene una estructura corporativa que reúne a varios grupos criminales. La conducción en la agrupación jerárquica es delegada a un núcleo de representantes de cada grupo integrado, que recibe distintas denominaciones “consejo o cuerpo vigilante”. Los acuerdos que se gestan y adoptan al interior de este núcleo de gobierno se recepcionan e

inciden en todos los grupos asociados. El surgimiento de las agrupaciones jerárquicas obedece a cuestiones tácticas o de coyuntura. Con ellas, los grupos se gestan un ámbito de concertación que les permite compartir o dividirse mercados y áreas de influencia, así como resolver los conflictos existentes entre ellos. Ahora bien, cada grupo integrante posee su propia jerarquía interna y su propia estructura, la cual suele ser del tipo piramidal o jerarquía estándar. Además los grupos integrante se dedican a actividades ilícitas diferentes y adecuadas a las oportunidades del área geográfica donde operan; manteniendo su plena autonomía operativa. Por su condición corporativa la tipología que se analiza puede dedicarse a varias actividades delictivas o estar compuesta por un gran número de integrantes. Estos últimos suelen provenir de un mismo grupo étnico o emigrante, o de un espacio común como la cárcel. Pese a integrar grupos delictivos de alta autonomía, ellos se visualizan entre sí como miembros de una agrupación jerárquica, siendo que en el ámbito externo su independencia operativa dificulta que se le reconozca como parte de una corporación criminal.

d) El Grupo Central o Tipología 4:

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

grupos centrales denominan “enforcer”. Entre los integrantes del grupo central no hay vínculos de identidad, como en las otras tipologías. Si bien puede darse una división funcional de actividades entre sus miembros, ella se adecuará a la alta especialización que estos poseen. La actividad criminal que desarrolla esta clase de organización puede ser única o plural aunque siempre será una variedad limitada. Se reconoce como una sub categoría del grupo central a las empresas criminales flexibles, las cuales adoptan una presencia corporativa de apariencia legal y de dedicación a negocios lícitos y prósperos; sin embargo, encubren con ello su verdadera actividad ilegal. El número de integrantes que la componen es muy reducido; siendo que todos sus miembros tienen gran experiencia y especialización en temas económicos y financieros. Son ajenos de todo uso de medios violentos y cuentan con conexiones en las esferas del poder político y en los órganos de gestión de las empresas más exitosas, lo cual hace más difícil la detección de sus actividades delictivas.

e) La Red Criminal o Tipología 5:

La red criminal es una organización flexible por excelencia, desarrolla actividades altamente profesionales e intercambiables, es la estructura criminal de diseño más complejo, su tamaño y actividad son variables, carecen de un nombre que las identifique, lo que resulta coherente con su naturaleza dinámica fluida y mutable. Un rol esencial le corresponde a los individuos clave que operan como conectores (no se consideran integrantes de ninguno de los grupos delictivos que se incorporan a la red), este individuo está rodeado por una constelación de individuos o grupos que le ayudan a realizar un proyecto criminal que configuran la red. Se integran como un número manejable de personas que realizan actividades simultaneas o paralelas. Su contacto con la red y con sus proyectos delictivos se realiza a través de los individuos clave. La característica común de esta tipología es su habilidad y excelente ubicación estratégica para la realización de los proyectos delictivos asumidos, lo cual los convierte en los más idóneos para el operar exitoso de la red como estructura criminal; tales estructuras son flexibles y movibles; toda vez que, no existe ninguna jerarquía ni límites de dependencia para con el individuo clave. Por consiguiente, si este es descubierto al igual que sus actividades ilícitas, la red rápidamente se reconstruye en función de un nuevo conector o individuo clave, quien puede promover otras actividades criminales o adherirse a los proyectos delictivos en ejecución.

Las cinco tipologías definidas por CICIP-UNICRI se basan en similitudes y diferencias relativas a los siguientes aspectos:

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

Siendo las características más representativas de cada una de estas tipologías las siguientes:

De acuerdo con la organización de estos grupos, el grado de autoridad, las órdenes, se ejecutan en un sentido estrictamente vertical (muy parecido a la Jerarquía empresarial); así, existen jefes, jefes de grupo, miembros de banda, ejecutores, colaboradores, informantes, entre otros. Asimismo, los destinatarios de estas órdenes deben obedecer a sus superiores.

La jerarquía puede estar centralizada, con una estructura piramidal, asemejándose, a organizaciones empresariales, privadas o del sector público. Esta centralización le permite entre otras las siguientes ventajas:

- a) Economía de escala para algunas actividades ilegales.
- b) Explotación de precios de monopolios en algunos mercados menos abiertos a la competencia externa.
- c) Menos violencia.
- d) Utilización de menos recursos en Lobby y corrupción.
- e) Mejor administración con los riesgos y más fácil acceso a los mercados financieros.

En otras ocasiones, los grupos suelen trabajar más o menos por su cuenta (generalmente son pequeños grupos) y establecer relaciones de cooperación o pactos de “no agresión” entre ellos. Esto le facilita menos riesgos de detección por las fuerzas de seguridad, al haber el mínimo de personas involucradas, menos facilidades para detectar los medios y recursos y en ocasiones trabajar con mayor operatividad.

3.3.8. CÓDIGOS Y COACCIÓN:

Los subordinados al jefe y a la organización deben cumplir con ciertas pautas internas de comportamiento, como la **“ley de silencio”**, **“normas de grupo”**, **“normas de la fraternidad”**, todas ellas, fortalecedoras de la solidaridad interna del grupo. Se estimula la lealtad con los miembros de la organización, no interferir con los intereses de otros, mantener el estatus quo y el silencio; tema que funciona como ellos lo denominan con hombres de honor. Actuar siempre con los ojos y oídos abiertos y la boca cerrada. Estos códigos deben cumplirse a toda costa con el convencimiento, la coacción y el castigo si es necesario, por lo que en el fondo no es más que coacción; pues, la desobediencia o incumplimiento de cualquier **“encomienda”** trae consecuencias peligrosas para el que haya infringido dichas reglas y códigos de la organización criminal.

Los miembros juran lealtad absoluta a la hermandad y secreto bajo advertencia de morir si violaran el secreto de la organización criminal. El principal código de moralidad grupal es el de **“no cooperación ante las autoridades estatales”**. Se constituye una estructura jerárquica donde se expresan hacia los primeros poderes como **“padre”** y **“tío”**. Además se establece la venganza personal como medio para resolver los problemas entre los mafiosos y extraños o bien entre ellos mismos¹⁰¹.

Uno de los criminólogos más reconocidos en esta materia de crimen organizado como Donald R Cressey en su trabajo **“The Functions and Structure of Criminal Syndicates”** establece comparaciones de lo que aparecía en los códigos de 1892 y de 1990.

- Códigos de 1892

1. Ayuda reciproca en caso de cualquier necesidad.
2. Absoluta obediencia al jefe.

¹⁰¹ Hunt Thomas. Ob. Cit, www.americanmafia.com.Formato HTML.

3. Una ofensa recibida por uno de sus miembros debe ser considerada una ofensa contra todos, cualquiera que sea el precio que sea necesario pagar.
 4. No apelación a las autoridades judiciales por justicia.
 5. No revelación de los nombres de los miembros ni de ningún secreto de la organización.
- **Códigos de 1990.**
1. Ayudarse unos a otros para vengarse de cualquier daño contra uno de los miembros de la sociedad.
 2. Trabajar con todos los medios posibles a favor de cualquier miembro de la sociedad que haya caído en manos de las autoridades judiciales.
 3. Dividir en los procesos de robo y extorsión, con las consideraciones dispuestas por el capo de la mafia.
 4. Guardar el juramento y mantener secreto bajo pena de muerte dentro de las veinticuatro horas¹⁰².

3.3.9. MEDIOS:

Debido a su estructura y forma de operar, la criminalidad organizada siempre está a la vanguardia en la utilización de diversos medios para evadir la Justicia Penal: poder económico, abogados, tecnología informática, robótica, secretos industriales, blanqueo de capitales, manipulación de puestos claves en las Administraciones Públicas, sobornos, tráfico de influencias, corrupción, manipulación de los medios de comunicación, entre otras. Todo ello, con el propósito de poder operar con la menor cantidad de barreras en sus actividades criminales. Este tipo de asociación criminal, al contrario de la terrorista, intenta operar con la mayor discreción posible (casi anónima) procurando no ser obvios en sus comportamientos, de manera que, en muchas ocasiones, aparecen como grandes benefactores de la sociedad.

La aplicación de tecnología y logística, actuando además sus componentes con estricta profesionalidad. La organización, cuenta con medios más o menos poderosos, con poder económico, influencia en las administraciones públicas, poder corruptor. Los medios tecnológicos de vanguardia constituyen campo de abono para el desarrollo de estas

¹⁰² La traducción del inglés al español es del autor. Gómez Luis. Periódico EL PAÍS. España diciembre 16 del 2004, que se basa en declaraciones de un inspector de la Unidad de Crimen Organizado de Málaga, se explica también que se ha generalizado el uso de armas cortas y largas en todas las organizaciones que operan en la Costa del Sol Española.

organizaciones criminales. También la globalización de las comunicaciones contribuye a la expansión de la criminalidad organizada.

3.3.10. VIOLENCIA:

La comisión de algunos delitos o la simple amenaza requieren el empleo de la violencia, otros no. En ocasiones, la violencia no es necesaria para perpetrar los delitos, pero si para mantener bajos niveles de rebelión interna y competencia. Es necesario destacar, que hay un desarrollo hacia una criminalidad menos violenta; sin embargo, la reputación violenta es utilizada en muchos casos para que funcione la simple intimidación, mientras más fuerte sea la reputación más funcionará la intimidación y menos la violencia. La violencia es muy usada en el crimen organizado especialmente en el ajuste de cuentas entre bandas mafiosas. Las víctimas de la violencia, como también generalmente son parte de estas organizaciones, se encuentran en una posición desfavorable para obtener protección policial.

Pino Arlacchi en su trabajo *Organized Crime and Criminal Gangs*¹⁰³ explica que las formas más extremas de violencia se han visto paulatinamente limitadas, debido parcialmente al desarrollo de métodos que tratan de resolver conflictos internos y menos tolerancia del Estado y la opinión pública hacia los asesinatos del crimen organizado¹⁰⁴ y pone los siguientes ejemplos: según datos de la comisión del crimen de Chicago (informe de 1974-entre 1919 y 1971) hubieron mil ocho asesinatos atribuidos al crimen organizado de esta ciudad distribuidos de la siguiente forma, entre 1919 y 1930 hubo 599, del 1936 a 1940 hubo 226 asesinatos, en las últimas décadas sólo 70, 52 y 61 respectivamente.

Esto no quiere decir, que las amenazas de la violencia jueguen ahora un rol secundario en el mercado ilícito, sino que es utilizada de una forma más restrictiva. Además, de que la presencia de la violencia varía no solo de una empresa a otra, sino de un tipo de sociedad a otra. Asimismo, los factores socio - económicos tienen una gran importancia, por ejemplo es necesario tener en cuenta que la violencia se agudiza en situaciones de

¹⁰³Ver libro *Illicit Drugs and Organized Crime*. Susan Flood Editor. Office of International Criminal Justice. University of Illinois at Chicago 1991.

¹⁰⁴ Ver caso Juez Falcone abordado por Arlacchi, Pino: en el Libro *Buscetta, la mafia par l'un des siens*. París: Edition du Felin, 1994, en el cual se detalla la labor antimafia del juez Giovanni Falcone quien fue asesinado por la mafia italiana "la cosa nostra" en mayo de 1992 en un intento de atemorizar los mecanismos estatales para la lucha contra las mafias, también ver, *Falcone, Giovanni y Marcelle Padovani: Cosa Nostra, le juge et les hommes d'honneur*. Francia: Austral, 2001.

gran caos social, tiempos de guerra, invasión a catástrofes naturales. Por ejemplo, ciudades como Bogotá o Rio de Janeiro, en los momentos actuales la frontera de Estados Unidos y México.

3.3.11. DISCIPLINA:

La disciplina entre, los grupos de crimen organizado ha demostrado ser cada vez menos rígida. No obstante, dada su estructura jerárquica existe un deber de obediencia de los mandos inferiores a los superiores. Quizás lo más significativo es que el código de silencio que sirvió para proteger de la penetración de las autoridades se está disolviendo, se ha hecho cada vez más frecuentes los testimonios en contra de sus asociados. Existe pues el sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, con pérdida de moral individual y férrea disciplina; se imponen determinadas leyes internas como la “ley del silencio” o “normas de la fraternidad”, con promesas de cohesión interna y fidelidad bajo el poder coactivo del aparato. Por ello, la política de la disociación del grupo es el caso de los “arrepentidos”, requiere de propuestas de extraordinaria atenuación y a la vez garantía de protección policial.

3.3.12. MULTIPLES ACTIVIDADES:

Las organizaciones criminales modernas muchas veces diversifican sus operaciones criminales más allá de una simple empresa. Una organización criminal que dependa solo de un negocio tiene grandes riesgos, por ejemplo, un pesticida puede destruir la cosecha de un año de coca o marihuana, o los detectores de droga pueden funcionar de una forma más eficiente luego resulta lógico que, muchas veces, estos grupos desarrollen más de una actividad con el propósito de asegurar su sobrevivencia ante alguna dificultad.

La organización criminal es susceptible de presentarse en una pluralidad de variedades, constituyendo el fenómeno más preocupante aquella que ofrece una dimensión transnacional, en ocasiones se trata de organizaciones de carácter multidisciplinar, en atención a que son varios los posibles objetos de su actividad criminal, por ejemplo algunas organizaciones como Yakuza Japonesa, trafican drogas, dirigen redes de prostitución, participan en el contrabando de armas y se especializan en la corrupción. El tráfico de drogas ha dejado por ejemplo de ser el monopolio de los cárteles Colombianos.

3.3.13. NEGOCIOS LEGÍTIMOS:

Los negocios legítimos, por lo general, funciona como frentes “legales” y en ocasiones para lavar dinero; sin embargo, la tendencia actual en los grupos de crimen organizado es hacerse de ciertos negocios “legales” que le proporcionen una fachada lícita, además de ampliar sus posibilidades de operar. Según el FBI de Estados Unidos en su página web sobre crimen organizado, las actividades legales más frecuentes de este son las siguientes: productos alimenticios, inmobiliarias, restaurantes, bares, y tabernas, confecciones textiles, negocios portuarios, seguridad, máquinas de venta.

La apariencia de legalidad y presencia en los mercados, como medio de transformación de los ilícitos beneficios, hace difícil la detección de estas organizaciones criminales.

Es una realidad reflejada en los documentos de Naciones Unidas, que los grandes grupos delictivos pueden imitar los negocios legítimos forjando alianzas multinacionales para ampliar su alcance y aumentar las utilidades. Las tríadas con base en Hong Kong y el grupo japonés Yakuza (una de las organizaciones delictivas más poderosas del mundo) comercializan drogas sintéticas y trafican con mujeres y niños con fines de esclavitud sexual a escala mundial. Como las empresas legítimas, los grupos delictivos más grandes pueden también diversificar sus actividades hacia una amplia gama de “productos”, utilizando las mismas rutas, redes e incluso a los mismos funcionarios corruptos para el traslado de mercancías y personas. Así como las sociedades legítimas se movilizan para llenar los vacíos en el mercado de productos, los nuevos grupos delictivos organizados surgen de repente en los lugares donde se puedan obtener utilidades.

3.3.14. TERRITORIO:

Algunos autores incluyen dentro de las características de las organizaciones el territorio donde maniobran, ya que consideran que cualquier sociedad criminal de las calificadas como planificadas posee un territorio no disputado ni en contradicción con otra de la misma o diferente clase. Siempre tendrán un territorio donde operan, a veces de manera transnacional, pero nunca improvisan una actividad delictiva en una ciudad o estado sin explorar que otros grupos operen este mercado criminal¹⁰⁵.

¹⁰⁵Pillo Antonio. Tesis de grado. Maestría en criminología. 2004. Universidad de la habana Cuba. No publicada. También otros autores norteamericanos la definen como un requisito que se encuentra casi siempre presente.

3.4. MANIFESTACIONES

Respecto a las manifestaciones de la criminalidad organizada, se debe tener en cuenta que su estructura de estas organizaciones criminales no es uniforme. Ella varía según su origen, el grado de desarrollo que ha alcanzado, el tipo de actividades delictivas que ejecuta o el número de componentes que integra. Por consiguiente, pues, hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas y complejas que muestran una composición vertical, con niveles de poder y gestión muy centralizados. Pero, también, coexisten otras agrupaciones delictivas con estructuras flexibles y roles de dirección colectiva o descentralizada. Es más, las organizaciones que activan la criminalidad organizada contemporánea adoptan nuevas formas estructurales altamente flexibles y que, incluso buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales que les permitan en una dinámica de cooperación cubrir mayores mercados e intercambiar sus mercancías o servicios ilícitos.

En ese contexto, la clásica imagen piramidal de la mafia siciliana o de la cosa nostra Norteamericana ha tenido, pues, que ceder a los nuevos espacios y oportunidades que brinda la economía globalizada del tercer milenio.

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

Efectivamente, las investigaciones realizadas por los organismos especializados de las Naciones Unidas, luego de la suscripción de la Convención de Palermo, han aportado importantes hallazgos y metodologías para la identificación y evaluación de las estructuras organizacionales de los grupos criminales. El desarrollo de estos importantes

aportes para la documentación e inteligencia sobre la criminalidad organizada, se realizaron en coherencia con lo dispuesto por el artículo 28º de la citada Convención Internacional. En dicha norma se establece que una tarea importante que deben desarrollar los Estados vinculados con el Convenio de Palermo es recopilar e intercambiar información entre sí sobre las dimensiones y actividades de la criminalidad organizada en sus respectivos territorios. Al respecto se dispone que: Art 28 inciso1: “Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucradas.”¹⁰⁶.

En nuestro País, distintos analistas coinciden en señalar que las manifestaciones de la criminalidad organizada son todavía incipientes. Que hay un claro predominio de formas estructuradas tradicionales como la banda y el concierto. Sin embargo, se señala también la existencia de algunas organizaciones criminales más desarrolladas que poseen una estructura de jerarquía estándar, y que están dedicadas a la comisión de delitos violentos o al Tráfico Ilícito de Drogas. Una mención especial merecen las organizaciones terroristas como el Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Estas agrupaciones de origen político que actuaron durante los años 80 y 90, se constituyeron en base a estructuras asimilables a la jerarquía regional. También, como ya se ha mencionado, algunos sectores consideran que alrededor del ex Asesor Vladimiro Montesinos Torres se organizó una activa red criminal que operó en la última década. La Policía Nacional desarrolló un catálogo bastante amplio de delitos, con el que corrobora que las principales modalidades del crimen organizado en el Perú son de tipo convencional y violento.

La información policial consigna las siguientes manifestaciones delictivas:

- Robos y asalto a mano armada.
- Secuestro de personas.
- Contrabando.
- Terrorismo.
- Trata de blancas: proxenetismo.

¹⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas- Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2004. Pág. 32.

- **Tráfico Ilícito de Drogas.**
- Defraudación de rentas de aduana.
- Tráfico de Moneda extranjera.
- Evasión de impuestos.
- Delitos contra la fe pública.
- Delitos informáticos.

Es por ello que se considera más representativo referirnos a las bandas y asociaciones ilícitas como las principales formas de delincuencia organizada en el Perú. Ahora bien, todavía es escasa la información disponible y publicada sobre estas agrupaciones delictivas. Los datos que se conocen provienen principalmente de fuentes policiales o de investigaciones periodísticas, de allí que adolezcan de algunos sesgos que afecten su objetividad. A la fecha, pues carecemos todavía de estudios empíricos de mayor rigor criminológico. No obstante la síntesis de estos datos y fuentes permite considerar como características frecuentes de los grupos delictivos nacionales a las siguientes:

- a. **Se trata de organizaciones amorfas.** Son capaces de modificar su estructura y composición con suma rapidez, para poder adaptarse con facilidad a un entorno de permanente clandestinidad y persecución.
- b. **Denotan marcado empirismo.** No son grupos profesionales, ni han alcanzado un diseño definido y delimitado de las funciones que deben cumplir sus integrantes. En realidad éstos pueden asumir diferentes roles según las necesidades operativas de la organización delictiva.
- c. **Practican un apoyo mutuo complementario.** El espacio común de los centros carcelarios o de un área común de influencia (barrio, asentamiento humano, etc), posibilitan un intercambio frecuente de mandos e integrantes entre varios grupos delictivos para el desarrollo de actividades delictivas comunes.
- d. **No se aprecia especialización.** Al interior de los grupos no se encuentra integrantes que asuman por sus habilidades o conocimientos tareas específicas. De allí que el modus operandi aplique el principio rudimentario de “todos para uno y uno para todos”.

- e. **Poseen un nivel artesanal y local.** El radio de acción de estos grupos es limitado a un territorio local o nacional. Muy rara vez interactúan o intercambian operaciones o actividades en un plano internacional, con la notoria excepción de las firmas ligadas al tráfico ilícito de drogas que por su propia naturaleza y dinámica operativa mantienen vínculos constantes con organizaciones criminales extranjeras.
- f. **Actividades criminales violentas.** En lo fundamental, cabría señalar que el espacio de la criminalidad organizada que opera en el Perú, se relaciona con la comisión de delitos convencionales violentos como el secuestro extorsivo y el robo a mano armada.

Ahora bien, con relación a las bandas locales, las estadísticas de criminalidad registran en los últimos 15 años un constante ascenso en la frecuencia de delitos violentos contra el patrimonio y la libertad personal. Efectivamente, según algunos reportes ya hacia finales de los 90 la actividad criminal de las bandas se había incrementado notablemente. Así por ejemplo, algunos estimados señalaban que hacia 1998 en el País operaban alrededor de 35 bandas importantes, en las que estaban integradas alrededor de 700 personas. Pero, además, por aquel entonces, existían en Lima entre 100 y 120 grupos menores dedicados a dos nuevas modalidades delictivas que la prensa denominó con fina ironía “secuestros al paso”. Esta innovada actividad delictiva se materializaba con el secuestro por horas de una persona de clase media a la que se exigía un rescate poco significativo y que fluctuaba entre los 1000 a 3000 dólares. También estos grupos se especializaron en la práctica de los “asaltos a cambistas”. Esta modalidad se expresaba en robos a mano armada y donde la víctima era una persona dedicada al cambio ambulatorio de dólares en las calles de Lima Metropolitana. En los últimos años las bandas de secuestradores han aumentado al igual que su efectividad delictiva. Es así que entre el 2004 y mayo de 2006 se produjeron en Lima un total de 69 secuestros. Sin embargo, algunos informes periodísticos dan cifras más altas: “aunque oficialmente no hay una estadística, extraoficialmente se dice que en el País ocurren un promedio de 150 secuestros anuales de gran envergadura y medio millar de secuestros al paso, de los cuales sólo se reporta el 50%. Se estima que las organizaciones criminales realizan cobros por más de 10 millones de dólares.

Otras fuentes, han aportado también datos significativos sobre la estructura y el modus operandi del crimen organizado en el Perú. Al respecto, se ha señalado que las agrupaciones delictivas dedicadas al robo y secuestro tenían las siguientes características:

- Su liderazgo y dirección eran compartidos por 2 o 3 cabecillas, los cuales contaban con varios ingresos carcelarios.
- Sus integrantes eran personas con registros etéreos entre 18 a 39 años de edad. Provenían de los sectores pobres de la población; Sin embargo, también era frecuente la presencia en las bandas de componentes calificados como licenciados o personal cesado o desertor de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas.
- Actúan provistas de armas de guerra como fusiles, ametralladoras o granadas; y de un sincronizado sistema de comunicaciones que incluye vehículos de apariencia oficial, radios, teléfonos celulares etc.
- Su influencia y radio de acción criminal se focaliza en las grandes ciudades del país como Lima, Callao, Ica Arequipa, Huancayo, Chiclayo, Trujillo, etc.
- Aplican técnicas de inteligencia, seguimiento “reglaje” y reconocimiento previo de las rutinas, familias e ingresos de sus objetivos y víctimas.
- Operan colectivamente pero con asignación de funciones que comprenden acciones tácticas de ataque, cobertura, ocultamiento, etc. Con frecuencia en una actividad delictiva importante como el asalto a entidades bancarias o los secuestros de empresarios, suelen intervenir entre 8 a 20 personas.
- Las relaciones de coordinación y comunicación entre los niveles internos del grupo delictivo son muy limitadas para evitar la infiltración o acción de los “informantes”.

3.5. INTERACTUACIÓN ENTRE LAS ORGANIZACIONES DELICTIVAS.

El Doctor ANDRADE SÁNCHEZ¹⁰⁷, en su libro Instrumentos Jurídicos Contra el Crimen Organizado, señala que es interesante observar, como fenómeno reciente, las distintas manifestaciones de la delincuencia organizada, las cuales se interpenetran unas con las otras y por tanto los términos utilizados para referirse a ellas se convierten, a

¹⁰⁷ ANDRADE SANCHEZ, Eduardo. Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación. Universidad Nacional Autónoma de México Senado de la República LVI Legislatura. México 1997. Pág. 21.

veces, en equívocos. Por ejemplo, la actividad del narcotráfico se confunde con actividad mafiosa por sí misma, estimando que todo narcotraficante pertenece a la mafia, o que toda organización de narcotraficantes es mafiosa; también, se considera que todo narcotraficante lava dinero, cuando en realidad esto requiere de ciertas precisiones que permitan diferenciar cada uno de los fenómenos y entender la terminología que se usa para referirse a ellos.

Veamos por ejemplo la relación entre mafia y narcotráfico. **Mafia**, en su sentido histórico estricto, es una organización delictiva que surge específicamente en Sicilia. Cuando algunos de los mafiosos sicilianos emigran hacia Norteamérica con dinero, trasladan las mecánicas de la organización mafiosa a las ciudades Norteamericanas, principalmente Nueva York y Chicago. Las familias, que son grupos de delincuentes pertenecientes a ese género mafioso de organización delictiva, se disputan territorios de las ciudades, sobre los cuales van a cometer sus acciones delictivas, principalmente la extorsión, aprovechando el uso de su fuerza. A la extorsión le agregan después, como en cualquier empresa, nuevos giros. Entonces pasan de extorsionadores, a ser dueños de bares, de pequeñas tiendas o centros de prostitución, a poner sus propios establecimientos. Ahora ofertarán, por ejemplo, un prostíbulo de su propiedad, y para abastecerlo importarán, mediante trata de blancas, a muchachas que sirvan en él. Así se diversifican, lo cual es una de las características de la organización delictiva, como la de cualquier empresa comercial: la tendencia a la diversificación y a llenar sus propias necesidades mediante la realización de actividades por sí mismas.

En la época del florecimiento inicial de la organización mafiosa en los Estados Unidos, una de las razones más importantes fue la prohibición del alcohol. La mafia se dedicó a su introducción y distribución ilícita. Existen datos en el sentido de que las redes de distribución de drogas operaban por separado. Así, en una primera etapa, la mafia, como organización delictiva específica de origen siciliano, no se identificaba con el narcotráfico porque quizá consideraba que era excesivamente peligroso ese negocio y que iban a ser perseguidos con mayor virulencia por la policía. Ahí vemos una distinción entre organizaciones delictivas de narcotraficantes y la mafia propiamente dicha. Sin embargo, el tratamiento que la prensa le da al término mafia lo ha ido extendiendo de la organización específica siciliana a cualquier organización delictiva. Encontramos ahora

el término mafia empleado como sinónimo de organización delictiva en lo general. En cambio, en Italia se distingue claramente entre la mafia de origen siciliano y la camorra, que es otra organización para delinquir de origen napolitano. Para un italiano es claro que mafia y camorra son dos cosas completamente distintas en su origen, incluso en su especialización de actividades delictivas; sin embargo, para un lector de periódicos mexicano, mafia y camorra pueden ser lo mismo, o no conocer el término camorra y entender por mafia cualquier organización delictiva.

Existe, además de la mafia y la camorra, la “ndrangheta” palabra de origen griego empleada para aludir a otro tipo de organización delictiva que tiene su origen en Calabria. Tenemos así tres especies del género organización delictiva: mafia, camorra y ndrangheta. Asimismo hay que agregar la Cosa Nostra, la cual proviniendo del marco general de la mafia siciliana, en la actualidad se distingue organizacionalmente de ésta. Empero, por desplazamiento del término mafia han venido a considerarse todas sinónimas, es decir, para el gran público mafia y organización delictiva es equivalente; sin embargo, existen distinciones en su origen histórico y geográfico y hasta de especialización delictiva. Además de las necesarias precisiones terminológicas, desde el punto de vista operacional hemos visto cómo el narcotráfico, en un principio, es una actividad que no realiza la mafia, entendida en su sentido estricto, ya que el narcotráfico era efectuado por organizaciones delictivas. A medida que se expandió la mafia y ante el crecimiento del narcotráfico y la gran productividad que tiene como actividad ilícita, algunos sectores de ella empezaron a incursionar en esta nueva actividad y a controlar sectores de distribución de droga en diferentes ciudades, con lo que se incluyó este nuevo giro entre las actividades de la mafia, entendida en su sentido original. Lo mismo ocurre con el lavado de dinero. Evidentemente cualquier organización delictiva en la medida en que crece y necesita reciclar sus ganancias, tiene que recurrir a métodos que permitan hacer aparecer el dinero mal habido como dinero lícito. Entonces la organización, llámese como se llame, puede en una primera instancia, asumir esa nueva actividad de modo especializado mediante, por ejemplo, la compra de inmuebles, ranchos, vehículos, que de algún modo ya como mercancía en sí, entran dentro del mercado lícito. Pero puede ocurrir que se especialicen algunas personas en ciertas tareas de lavado de dinero, o bien, que recurran a los servicios de otras que, sin ser miembros de las organizaciones delictivas, empiezan a realizar tales tareas en su quehacer financiero: manejan dinero ilícito y lo

lavan, lo limpian al hacerlo participar de operaciones lícitas. Se genera así, a veces, una nueva organización de los que operan las finanzas para efectuar la labor de lavar el dinero. Quienes están en estas nuevas actividades, sobre todo a través de las modernas redes financieras controladas por computadora, pueden no ser directamente miembros la organización original y aparece una organización que se dedica justamente a blanquear el dinero. De esta manera, vemos cómo las actividades se entrelazan y pueden ser desarrolladas por la misma o por diferentes organizaciones que tienen relaciones entre sí.

3.6. NUEVAS DIMENSIONES DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Otra de las principales características de la delincuencia organizada moderna es su enorme expansión. Abarca un complejo de actividades en las que se confunden las lícitas y las ilícitas, de tal forma que el jefe de una organización mafiosa puede aparecer como un próspero comerciante y su actividad queda encuadrada dentro de un marco de legalidad, pese a estar basada en la criminalidad.

A esto, se agrega una especie de tolerancia y hasta reconocimiento comunitario porque los dirigentes de las organizaciones se convierten en benefactores y propiciadores de carreras criminales, las cuales constituyen formas de ascenso social. Obtienen con frecuencia admiración en el círculo en el que se mueven, incluso a sabiendas de que el origen de su riqueza es indebido.

Para ilustrar este proceso MARCOS KAPLAN¹⁰⁸, experto en este tipo de temas menciona un ejemplo clásico que sucede dentro de la Sociedad, con la criminalidad organizada:

“De igual importancia, junto con los Ochoa, en lo que llegará a ser denominado el Cártel de Medellín, Pablo Escobar Gaviria proviene de los bajos fondos delincuentes de Antioquia, como ladrón menor que; sin embargo, se involucra temporalmente en el tráfico de pasta de coca desde Ecuador y Perú hacia Colombia, pero también y cada vez más en el de la cocaína. La extensión y consolidación de su poder en el narcotráfico se manifiesta por la incorporación y la integración de diversas formas y fases de la actividad. Sus

¹⁰⁸ Aspectos Sociopolíticos de narcotráfico, México, INACIFE, 1992, p. 46.

crecientes beneficios le permiten la acumulación de una fortuna en tierras, ranchos, casas, departamentos, negocios industriales legales, líneas aéreas, hoteles, esto en Colombia, pero también en Venezuela y en los Estados Unidos. A ello, se agregan las amenazas y asesinatos de jueces independientes y testigos; la creación y la proyección de una imagen de benefactor, por las actividades cívicas y las donaciones piadosas, la extensa nómina de empleados, los regalos a familiares y amigos. Pablo Escobar llegará a ser uno de los principales dirigentes del Cártel de Medellín, y a clasificarse en la evaluación de la revista *Fortune* como uno de los hombres más ricos del mundo”.

La conjunción de las condiciones descritas: una organización que incluye acciones legales y empresas que no están fuera de la ley y el reconocimiento y aquiescencia sociales, aumenta su posibilidad de impunidad porque llegan a contratar a los mejores abogados, saben aprovechar todos los resquicios que la ley da, desde el punto de vista fiscal y hasta penal para evitar ser descubiertos por las autoridades.

La potencialidad de impunidad se ve aumentada por otras características propias de estas organizaciones: el trabajo en la clandestinidad y el alejamiento de los jefes de las tareas delictivas de mayor gravedad. Un homicidio puede ser ordenado por un jefe pero, evidentemente, éste no lo ejecuta por sí mismo, existiendo varios escalones entre la orden que él da y el que realiza la acción delictiva, de manera que es prácticamente imposible llegar hasta la cabeza. A ello se agrega el empleo de otro instrumento, que es la intimidación, tanto de los que no pertenecen a la organización como de los miembros de ella, quienes saben que delatar a los superiores les acarrearán la pérdida de la vida.

CAPITULO IV:

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

4. EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

4.1. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL PERÚ.

El delito de tráfico ilícito de drogas constituye un claro exponente de la presencia de la criminalidad organizada en el Perú. En efecto, la existencia en nuestro territorio de consolidadas organizaciones o firmas, así como el mantenimiento, desde inicios de la década de los 80, de una activa conexión internacional que abastece de derivados cocaínicos a varios mercados de América, Europa y Asia, hacen evidente su condición de empresa criminal exitosa.

En la actualidad, pues, las firmas peruanas han logrado consolidar una posición de importancia en la estructura operativa del sistema internacional del tráfico ilícito de drogas. Luego del desmembramiento de los principales cárteles colombianos, ellos han pasado a ocupar un rol protagónico e imprescindible para el mantenimiento del mercado ilegal de cocaína.

Si bien en sus inicios la actividad de las organizaciones peruanas en el tráfico internacional de drogas se restringía a la provisión de coca en bruto y derivados primarios, que eran luego sacados a Colombia para su procesamiento final y distribución al mercado mundial, en la actualidad las firmas nacionales agotan el ciclo productivo y exportan directamente el clorhidrato de cocaína en alianza estratégica con organizaciones mexicanas.

Concretamente en territorio peruano hoy tienen lugar las etapas del proceso de fabricación de cocaína a gran escala.

Según sus dimensiones, conexiones e influencia las organizaciones nacionales dedicadas al narcotráfico promueven o supervisan directamente la realización de las siguientes actividades ilícitas:

- Sembrado y cosecha de plantas de coca.
- Transformación de las hojas de coca en pasta básica de cocaína (PBC)

- Refinado intermedio del PBC hasta convertirla en pasta básica lavada (PBC-L)
- Refinado final de la pasta básica lavada hasta la obtención de clorhidrato de cocaína de alta pureza.
- Distribución interna y exportación del clorhidrato de cocaína.

Como se ha mencionado anteriormente, las firmas peruanas operan, principalmente, en las cuencas amazónicas cercanas a las fronteras con Colombia y Brasil. El momento de mayor actividad de estas organizaciones se localiza en la segunda mitad de los años 90. En este periodo, se detectaron alrededor de 25 firmas que operaban simultáneamente. Entre otras, las más activas fueron las lideradas por José María Ruíz “Shushupe”; Waldo Simeón Vargas Arias “Ministro”; Lizardo Macedo Santillán “Cristal”, los hermanos Cachiche Rivera; Lamber Rengifo Tello; Diego Vallejos Reyes “Albino”; Julio Daniel Augurto Lugo “Camello”, etc.

Estos grupos delictivos nacionales, dedicados al tráfico ilícito de drogas se organizan en base a una estructura piramidal o de jerarquía estándar. Cada nivel o escalón de la pirámide está conectado con una función especial relacionada al acopio, financiamiento o conducción de las actividades ligadas al proceso productivo y a la exportación de drogas cocaínicas. Conforme a la información policial disponible, los escalones de la estructura operativa de una firma peruana reciben, según sus funciones específicas, denominaciones propias de argot del narcotráfico.

Los órganos, sus funciones y denominaciones son las siguientes:

- **Los dañaditos:** Son lugareños que siembran y cultivan la coca.
- **Los traqueteros:** Son los encargados de recolectar la droga producida en la zona y que la transporta al lugar convenido.
- **EL jefe pañaco:** Es el que determina la cantidad de droga que se ha de comprar; es el acopiador y quien “da la cara a los lugareños”.
- **El financista:** Es el garante o encargado. Representa a la firma en el lugar donde se compra la droga.
- **El duro:** Es el órgano ejecutivo y la cabeza visible de la firma. Le compete disponer la compra de la droga. Representa al “duro de duros”. También le corresponde controlar el movimiento de las avionetas de transporte y contratar sicarios.

- **Duro de Duros:** Es el capitalista de la firma y el nexo con las organizaciones extranjeras. No tiene contacto directo con la mercancía ilícita. No se conoce su identidad y reside en las ciudades.

En el ámbito de las respuestas penales a la criminalidad organizada, la legislación peruana se caracteriza por un acentuado carácter represivo. El legislador nacional ha procurado apaciguar el arraigado sentimiento de inseguridad ciudadana que ella provoca entre la población, con constantes e ineficaces decisiones de sobrecriminalización.

Actualmente, en los delitos de tráfico ilícito de drogas y robo agravado el hecho de integrar o dirigir una organización delictiva configura una circunstancia agravante específica, susceptible de motivar la imposición de una pena privativa de libertad de 25 años a cadena perpetua. En lo referente al delito de secuestro extorsivo realizado por una organización criminal, la legislación vigente no contempla una circunstancia cualificante similar a los casos anteriores. No obstante, se aplica cadena perpetua para cualquier forma de secuestro en la que se produzca la muerte del secuestrado o éste resulte con lesiones graves.

Procesalmente, el derecho peruano sólo contempla medidas especiales para los actos de tráfico ilícito de drogas, corrupción, terrorismo y lavado de activos.

Como se puede advertir existe un complejo fenómeno de la criminalidad organizada transnacional y por ende se debe aplicar un tratamiento procesal en la Administración de Justicia. Es por ello, que en las tres últimas décadas las manifestaciones delictivas del crimen organizado han promovido la configuración de sistemas internacionales de cooperación judicial en materia penal, mediante los cuales los Estados buscan viabilizar su persecución y represión, controlando los riesgos de impunidad que ofrece un mundo moderno y globalizado.

4.2. CUESTIONES GENERALES

El tráfico ilícito de drogas en nuestro país, es un delito de grandes repercusiones que se reflejan en las estadísticas nacionales asociadas a la criminalidad organizada, sobre todo, en los actos de producción y comercialización de drogas ilegales, como el clorhidrato de cocaína, la pasta básica de cocaína y la marihuana, que son las drogas ilegales más comunes en nuestro medio. Además, el comercio ilegal de los insumos para la

elaboración, así como la legislación de dinero y bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas.

El Código Penal, en la sección segunda del capítulo III del Título Décimo de la parte especial, trae previsto y sancionado el delito de tráfico ilícito de drogas, incluido dentro de los delitos contra la Salud Pública; es decir, lo que se protege sustancialmente son los intereses sociales como: la vida, la libertad, el patrimonio y la seguridad dentro de la colectividad.

Al respecto, se debe considerar que el problema de tráfico ilícito de drogas a nivel internacional, requiere un análisis totalmente diferenciado de sus soluciones; en primer lugar, en referencia a países desarrollados (los consumidores por excelencia de droga ilegal, donde se encuentra la demanda), y países en desarrollo (por tradición, los productores por excelencia de droga ilegal), y aún dentro de ambos ámbitos, hay que considerar las situaciones específicas de cada país.

4.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La legislación penal al tipificar los delitos de tráfico ilícito de drogas, regula una serie de conductas de desvalor antijurídico, como la producción, elaboración, tráfico, comercialización y micro comercialización; todas ellas se caracterizan por recaer sobre unas sustancias, productos, u objetos peligrosos para la salud o, incluso, la vida de las personas.

En efecto, la regulación jurídica penal de tales hechos responde a la necesidad de proteger estos bienes, también frente a los riesgos derivados del uso o consumo de estos productos. La concreción del bien jurídico de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas ha estado sometida a polémicas, habiéndose señalado como protegido el interés del Estado, el controlar el tráfico de aquellas sustancias, los intereses culturales o morales. Sin embargo, aun reconociendo que los intereses citados pueden resultar protegidos, es la Salud Pública para cuya tutela ha sido diseñado el conjunto de preceptos que la normatividad penal señala.

La Salud Pública, como bien jurídico protegido, puede catalogarse entre aquellos bienes necesarios para el funcionamiento del sistema. Por Salud Pública, ha de entenderse “aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos o al conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos”. Para la Organización Mundial de la Salud, el

término “salud” alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no ha de entenderse solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Así también, conforme se desprende de la Convención Única de 1961 y Conferencia de Naciones Unidas para la aprobación de una Convención Única sobre estupefacientes, Naciones Unidas, Nueva Cork 1964, se estima la tutela de la salud de la población, tanto “en su aspecto físico y moral”.

En este sentido, no podríamos hablar de salud individual, toda vez que, en el delito de tráfico ilícito de drogas no estamos ante intereses individuales, puesto que, el bien jurídico a tutelar no es individualizable, lo que se trata es de garantizar el respeto de una serie de límites y condiciones tendientes a asegurarlos. Por ello, se habla de normas de naturaleza preventivo, con funciones de disciplina objetiva de determinados sectores de tráfico.

Por ello, la salud pública no es solamente una fórmula para designar en realidad la naturaleza del peligro común o general que sobre la salud individual proyectan determinadas conductas, sino un bien jurídico suficientemente decantado históricamente que, por mucho que complementa la salud individual, asume perfiles propios. Es así que, para nuestro legislador el bien jurídico protegido es la Salud Pública, entendida esta no de manera individual, sino global o colectiva, ostentando para tal efecto la potestad de asumir un control directo sobre el tráfico de drogas y otras sustancias similares. Importan pues, por tanto, la tutela penal de “intereses de naturaleza difusa”, pues las potenciales víctimas no se encuentran debidamente individualizadas, por ello se explica el empleo de la técnica de los delitos de “peligro abstracto”, en el sentido que la represión de estos ilícitos penales no se encuentran subordinados a la verificación de una lesión a la salud afectivas de una persona, sino que basta la concreción de la conducta disvaliosa para que la misma sea merecedora de sanción penal.

Así mismo, es importante indicar que al penalizar las figuras delictivas relacionadas al tráfico ilícito de drogas se busca, a través de la tipificación, proteger al colectivo social de un mal potencial. Afirmándose pues, que como ya se indicó se trata de proteger interés difusos; toda vez que, no se tutelan bienes o derechos en concreto.

4.4. LOS DELITOS TIPIFICADOS EN EL ARTÍCULO 296°.

4.4.1. Descripción Típica

Artículo 296° “El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 4.

El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días multa.

El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa.

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta y a ciento veinte días multa¹⁰⁹. ”

El artículo 296°, está dedicado a la descripción del tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas, esto es constituye la norma penal matriz o genérica que define que actos configuran dicho delito¹¹⁰.

Tradicionalmente el artículo 296°, ha sido considerado para la doctrina y Jurisprudencia Nacionales como el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas, en tal sentido, esta disposición definiría las características de tipicidad y antijuricidad mínimas que demanda la ley para que un comportamiento pueda ser reprimido como tráfico ilícito de drogas. De allí, que los demás artículos que pertenecen al capítulo tercero, sección segunda, del Título XII, del Libro Segundo del Código Penal estén siempre referidos de modo directo o conexo al artículo 296°, sea por que reproducen la conducta que el tipifica añadiéndole una circunstancia agravante o atenuante, como lo hacen los artículos 297° y 298°; o,

¹⁰⁹ Artículo modificado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26/09/105.

¹¹⁰ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo IV. Editorial IDEMSA. Lima Perú, 2010. P. 55.

porque resultan vinculados con algunos de sus componentes característicos, aunque en su estructura específica mantengan notoria independencia, como son los artículos 296° A, 301° y 302°¹¹¹.

Internamente en el numeral 296°, podemos reconocer cuatro conductas delictivas. Es así que el primer párrafo criminaliza la **“promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de comercialización o tráfico ilegal de drogas, de estupefaciente o sustancias psicotrópicas”**. El segundo párrafo describe la **“posesión de drogas toxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópicas para su tráfico ilícito”**. El tercer párrafo contempla como conducta punible la **“introducción al país, producción, acopio, provisión y comercialización de materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas destinados a la elaboración ilegal de drogas toxicas estupefacientes o sustancia psicotrópicas.”** En el cuarto y último párrafo se tipifica la **“conspiración para promover, favorecer y facilitar del tráfico ilícito de drogas.”** Estas conductas, tienen estructura y características diferentes, siendo que en el párrafo primero trata de una hipótesis de peligro concreto y los actos tipificados en el párrafo segundo, configuran una hipótesis de peligro abstracto; y, por último las conductas reguladas en el párrafo tercero y cuarto constituyen la criminalización autónoma de formas específicas de participación y de actos preparatorios.

4.4.2. Objeto Material del Delito.

El principal problema de dogmática y política criminal que presenta el artículo 296° de la actual redacción se relaciona con el objeto de acción de los delitos previstos en él. Las dificultades aparecen debido a la necesidad de definir los alcances de interpretación que corresponden a las expresiones: “drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, y “materias primas o insumos”.

- a) **Drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas:** En primer término, hay que indicar que la utilización en el artículo 296°, de la expresión en comento, es consecuencia de la asimilación de la fuente Española. En el Derecho Penal Hispano, el objeto de acción del delito de tráfico ilícito de drogas viene designándose con esa terminología desde mediados de los años sesenta; y, se aprecia incluso en el Código Penal Español vigente. Según la doctrina Ibérica dicha denominación se adoptó como

¹¹¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Editorial IDEMSA. Lima Perú, julio de 2009.p. 281.

consecuencia del lineamiento de la Legislación Española a los Convenios Internacionales de Fiscalización. Esto es, a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971. En consecuencia, la designación del objeto de acción del delito en el artículo 296° se hace en principio, sobre la base de la clasificación farmacológica, de los efectos clínicos de las sustancias fiscalizadas y de los efectos clínicos que provoca en el consumidor.

No obstante, cabe advertir que en los Convenios Internacionales se suele incluir como drogas o estupefacientes a otras sustancias que no producen los efectos de la cocaína (morfina y heroína). O que generan en el consumidor problemas sensoriales de carácter visual (marihuana, hashis).

Existen en la actualidad propuestas de interpretación teleológica del objeto de acción del delito; sin embargo, ha quedado establecido por la mayoría de Juristas y Autores tanto de la doctrina Internacional como Nacional, que la interpretación se debe realizar respetando las exigencias del principio de legalidad, sugiriéndose además la posibilidad de establecer catálogos cerrados de las sustancias fiscalizadas el único que constituirían el objeto potencial del tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, el único problema dogmático que aún no ha sido tratado por la doctrina es lo referente al significado de la expresión “drogas tóxicas”, que para el autor Español RODRIGUEZ DEVESA ¹¹² drogas tóxicas eran los venenos, que administrados al organismo podrían producir efectos letales, sin embargo, seguir asumiendo que las supuestas drogas tóxicas equivalen a venenos no resultaría congruente con la función político criminal que el derecho penal en España y Perú asigna a la criminalización del narcotráfico “la de preservar la salud pública”; ya que considerar objeto del delito a sustancias que como los venenos no afectan la salud pública sino la vida de las personas, constituiría una interpretación incoherente. En consecuencia pues, tal y como lo señala el Doctor PRADO SADARRIAGA ¹¹³ el término drogas tóxicas prescrito en el artículo 296° resulta superfluo e innecesario. Desafortunadamente tanto la ley 28002, como el Decreto

¹¹² RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Novena edición. Artes gráficas carasa. Madrid, 1983. P.1020

¹¹³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Editorial IDEMSA. Lima Perú, julio de 2009.p. 287.

Legislativo 982 optaron por ratificar el uso del término drogas tóxicas, pese a que el proyecto de la comisión de expertos del 2001 aconsejó suprimirlo o darle un contenido alternativo a los de drogas o estupefacientes o sustancia psicotrópicas.

- b) **Materias primas o sustancias químicas controladas y no controladas¹¹⁴**: Las materias o sustancias químicas controladas y no controladas constituyen el objeto de acción del delito previsto en el párrafo tercero del artículo 296° y el artículo 296° B; con la referencia a tales objetos el legislador ha querido involucrar a todas aquellas sustancias o compuestos de origen natural o sintéticos que son empleados para poder elaborar o producir una droga fiscalizada.

Materia prima, es aquella que se considera principalmente necesaria para iniciar las labores de una industria o fabricación de un bien o producto, en el contexto de nuestro análisis se trata de materias primas indispensables para elaborar drogas (hoja de coca, fruto de la dormidera, el látex de opio, o la planta de cannabis).

Como sustancias químicas controladas y no controladas, debemos considerar a todos aquellos productos que en combinación con las materias primas permiten activar una industria o fabricación de drogas fiscalizadas. En tal sentido, tienen tal condición las sustancias contenidas en los cuadros I y II anexos a la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Cabe señalar al respecto, que según los especialistas sustancias químicas ‘precursoras’ “son sustancias que utilizan para la producción, fabricación y preparación de sustancias psicotrópicas o de aquellos que generan efectos similares y que incorporan sus estructuras moleculares al producto definitivo, resultando indispensable para la elaboración de una sustancia psicoactiva”. En cambio, la sustancia química ‘específica’ es aquella “cuya característica fundamental es que puede ser reemplazado, por tanto no es vital para lograr el objetivo de una droga ilícita”. Entre las principales sustancias químicas controladas o que se encuentran fiscalizadas tenemos: el **ácido sulfúrico, la acetona, el ácido clorhídrico o muriático, el benceno, el éter etílico o sulfúrico, el carbonato de potasio, el hipoclorito de sodio, el kerosén, el permanganato de potasio, el sulfato de sodio, el amoníaco y el óxido de calcio.**

¹¹⁴ Término último introducido mediante artículo único del Decreto Legislativo 1237, del 26/09/2015, reemplazando al término “insumos”.

4.4.3. Promoción, Favorecimiento o Facilitación del Consumo Ilegal de Drogas mediante Actos de Fabricación o Tráfico.

En el primer párrafo del artículo 296°, el legislador criminaliza todas aquellas conductas que posibilitan el consumo indebido de drogas por terceros; sin embargo, se precisa de modo concreto que debe tratarse de actos de fabricación o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Para ello, el sujeto activo debe ejecutar actos de fabricación o tráfico y, con ellos, promover, favorecer, o facilitar el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios.

La norma criminaliza, en base a las conductas de fabricación o tráfico, todo el ciclo de la droga que resulta idóneo para facilitar el consumo de tales sustancias por terceros. Conforme a la descripción que hace el autor CARBANELL MATEU¹¹⁵, se promueve el consumo cuando éste no se ha iniciado, se favorece el mismo cuando se permite su expansión; y se facilita cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo; sin embargo, la alusión al consumo ilegal siempre debe estar referida al consumo ajeno o de terceros.

Ahora bien, estamos ante un tipo penal alternativo, sin embargo para la tipicidad será suficiente con que el sujeto activo realice, cuando menos uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico, es decir que, conforme al artículo 89° del Decreto Ley N° 22095 el agente puede **“preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar”** cualquier sustancia fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante procedimientos de síntesis química. Además, que él puede también, “depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, o expedir en tránsito” sustancias adictivas.

4.4.4. Posesión de Drogas con fines de Tráfico Ilícito.

Este delito se encuentra descrito en el segundo párrafo del artículo 296°. Sobre esta hipótesis típica la doctrina Española ha sostenido siempre que ella no criminaliza los actos de posesión de drogas para el propio consumo o de posesión de drogas con finalidad

¹¹⁵ CARBANELL MATEU, Juan Carlos. *Consideraciones en torno al Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, y en la Problemática de Droga en España*. EDERSA. Madrid 1986. P. 344 y 345.

diferente a la de tráfico o comercio ilegal. Por tanto, carecen de tipicidad la droga fiscalizada que se posee con afán de fiscalización, de instrucción o para ser donada; o la que se tiene en custodia.

El desaparecido Jurista MARINO BARBERO¹¹⁶, destacaba además que la fórmula que contenía el artículo 344° del Código Penal Español (derogado - fuente legal del artículo 296° del Código Penal Peruano), hace atípica no solo la posesión de droga en una cantidad equivalente a una dosis personal, sino también la posesión de drogas en cantidades ingentes; siempre que no esté destinada al tráfico ilícito.

El supuesto delictivo que comentamos ha sido diseñado como una estructura de peligro abstracto; es decir, para su consumación solo se requiere que el agente materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de la droga fiscalizada, la clase o cantidad de droga poseída no afecta la tipicidad del acto; sin embargo, si esta última es escasa o pequeña se configura una circunstancia atenuante en la medida que se cumplan los demás requisitos cuantitativos y cualitativos que precisa el artículo 298° del Código Penal.

La tipicidad de este delito exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, es decir para que se dé el delito se requiere del dolo, además que el agente subjetivamente se haya propuesto un fin ulterior a la posesión y que debe ser el de destinar la droga poseída al comercio o tráfico ilegal. Una finalidad diferente hará atípica la posesión ilegal de drogas.

4.4.5. Introducción al país, producción, acopio o comercialización de materias primas o sustancias químicas controladas y no controladas destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación.

El tercer párrafo del artículo 296° regula una compleja estructura delictiva; toda vez que, se consideren punible diferentes conductas que tiene como elemento común, el estar vinculadas al suministro y expendio de materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas que se emplean en la elaboración de drogas fiscalizadas.

¹¹⁶ MARINO BARBERO, Santos. *La Droga en España, problemática social, jurídica y jurisprudencial*, en la actualidad penal N° 38, 1988 . P. 1976.

Para algunos autores la existencia de este delito hace innecesaria la reciente tipificación del tráfico ilícito de insumos químicos que introdujo la Ley 29027 con el artículo 296° B.

El legislador tipifica de modo autónomo y específico actos que tienen lugar con anterioridad a la fabricación o al tráfico de drogas; también alude a conductas conexas de inducción o colaboración para tales actividades. Se trata pues, de la punición de actos preparatorios y formas de participación que por razones de o prevención general han sido criminalizadas de modo independiente. El legislador además ha otorgado a todas estas conductas igual equivalencia para efectos de la tipicidad; por tanto bastará con que el agente ejecute cualquiera de ellas para que sea reprimible penalmente.

- **Provisión:** La acción típica en este supuesto equivale al suministro o cesión de materias primas o insumos a terceros para su almacenamiento o acopio, así como para la aplicación de los mismos en los procesos y etapas de producción de drogas.
- **Acopio:** La conducta del agente equivale a la recolección y/o concentración física de las materias primas o insumos en un lugar o ante una persona determinada para su posterior desplazamiento hacia las zonas de elaboración de drogas o de comercialización con terceros. Es la actividad que realizan los denominados “traqueteros” o el “jefe pañaco”.
- **Producción:** Comprende toda actividad o procedimiento idóneo, sea técnico o empírico; sea artesanal o industrial, capaz de generar, fabricar o elaborar las materias primas o los insumos que se requieran para la elaboración de drogas. Se trata, pues, de actos anteriores a la provisión o acopio, pero que pueden ser ejecutados secuencialmente por un mismo agente.
- **Comercialización:** Se trata de cualquier forma de enajenación que haga el agente de las materias primas o insumos. Sin embargo, es importante destacar que en estos casos la cesión de tales especies, que compromete o hace le sujeto activo, deberá pactarse necesariamente en términos lucrativos que le reporten siempre una ganancia o un beneficio económico. Se puede manifestar en las distintas formas enumeradas en el artículo 89° inciso 7 del Decreto Ley N° 22095. Siendo que la mera donación o el comodato sólo serían punibles según las circunstancias, como formas de provisión, por cuanto permiten al receptor iniciar o mantener un proceso

productivo o de fabricación de drogas. La mera posesión de insumos o materias con fines de comercialización primas constituyen una tentativa del delito analizado; sin embargo la sola oferta implicará ya una conducta consumada de comercialización aun cuando no sea finalmente aceptada por el potencial comprador.

- **Actos de Promoción:** Son aquellos que predisponen o favorecen la realización de cualquiera de los actos anteriormente descritos. Se trata obviamente de formas de inducción o instigación. El agente, pues, promueve mediante halagos o promesas, comúnmente pecuniarias, que procuran determinar la voluntad y actitudes de terceros hacia la provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos; o, también hacia la expansión estratégica u operativa de tales actividades. En consecuencia es importante destacar que la promoción no se puede materializar empleando un daño, amenaza o violencia física.
- **Actos de facilitación:** Este supuesto típico involucra cualquier forma de colaboración, sea esta material o intelectual que brinda el agente a un tercero que esta por realizar o que está realizando actividades de provisión, acopio, producción, o comercialización de materias primas o sustancias químicas. El facilitado aporta, genera o mantiene elementos o condiciones favorables o adecuadas para ello, pudiendo otorgar recursos logísticos, buscar intermediarios, ceder locales o incluso puede proveer recursos humanos; pueden brindar también apoyo técnico (control de calidad, servicios de asesoría industrial). Es importante indicar que no se pueden considera en esta hipótesis normativa aportes económicos con fines de financiamiento, puesto que tales comportamientos poseen una tipicidad específica.
- **Actos de Financiación:** Están integradas en esta hipótesis normativa las diferentes formas de suministro o facilitación de recursos económicos que deben aplicarse para la iniciación o permanencia de acciones de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. **Financista** es aquel que apoya pecuniariamente dichas actividades, de manera parcial o integral, temporal o permanente, su intervención es relevante en la medida que aporta el capital requerido para la operatividad de actos de tráfico ilícito. Para la consumación de esta hipótesis se requiere la entrega del financiamiento, para la tipicidad es necesario que la actividad financiada llegue a realizarse exitosamente.

4.4.6. Conspiración para delinquir.

No cabe duda que la más significativa modificación de la estructura interna del artículo 296° que aportó el Decreto Legislativo 982° fue la inclusión de un cuarto párrafo para criminalizar un nuevo delito de conspiración para delinquir. Tal decisión del legislador en este dominio es oportuna y responde a la influencia contemporánea de las estrategias de la política criminal internacional contra la delincuencia organizada.

Consiste en participar de una concertación para realizar actos delictivos futuros, el mínimo de conspiradores debe ser de dos personas. Su espacio de realización es precedente e incompatible con actos de ejecución de tráfico ilícito de drogas. Los conspiradores se limitan a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializaran posteriormente. Se trata pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de drogas. Por consiguiente el mero acto conspirativo será típico y punible.

La infracción penal se perfecciona con la mera reunión de los conspiradores, aunque esta se realice una solo vez; no siendo necesario para la realización típica que el proyecto criminal se implemente materialmente y que su concreción sea exitosa o fracase, o que en su ejecución intervenga directa o indirectamente el conspirador. Aplicándose según sea el caso las reglas pertinentes sobre el concurso de delitos. La ley establece una finalidad conminada y conjunta: pena privativa de libertad no menor de cinco ni menor de diez años; y pena de multa de sesenta a ciento veinte días multa.

4.5. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

4.5.1. Las Circunstancias agravantes del artículo 297°.

El Código Penal de 1991 mantiene un catálogo amplio pero convencional de circunstancias agravantes o específicas. La estructura interna del artículo 297° permite identificar dos niveles o grados de circunstancias agravantes. Las circunstancias integradas en el segundo nivel o grado determinan una mayor penalidad que aquellas que componen el primer nivel o grado.

a) Circunstancias agravantes de Primer Nivel o Grado:

- **Por la condición personal del agente.-** Se trata de circunstancias donde la vinculación del agente como una facultad o un deber especial del agente, derivado de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento delictivo del agente. Si bien la norma no lo exige expresamente, esta agravante exige el abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales del agente al momento de la comisión del delito; es decir, para que se configure esta circunstancia no es suficiente constatar que aquel es funcionario público, sino que es necesario comprobar que en la comisión del delito se valió indebidamente de su condición funcional.
- **Por el lugar de comisión del delito.-** Son circunstancias estrictamente objetivas donde el incremento de la sanción penal va asociado a determinados ambientes de afluencia o permanencia de personas, así como la presunción de que en tales lugares la expansión y difusión de la facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas son mayores. El fundamento de una mayor punibilidad radica en el peligro que representa la acción criminal en lugares de gran afluencia de personas, donde el contagio intelectual es más viable y efectivo; de ahí que el artículo 297° inciso 4 señala: ambientes y locales que están conectados a actividades educativas, sanitarias, deportivas, de detención o de reclusión.
- **Por el modo de ejecución.-** Esta circunstancia destaca el empleo por parte del agente de un intermediario material para la realización de actos de tráfico ilícito de drogas. Se agrava pues un supuesto de autoría mediata, donde el hombre de atrás utiliza a un menor de edad o a un inimputable para la venta ilegal de drogas, siendo necesario destacar que la condición de inimputable o la minoría de edad del intermediario material deben ser conocidas por agente, pues si este las ignora no podrá darse el agravante. Este criterio fue también asumido por el Doctor RAÚL PEÑA CABRERA¹¹⁷ quien manifestaba “la minoría de edad o el estado de inimputabilidad son circunstancias objetivas de las cuales deberá de tener conocimiento el sujeto activo, y, en suma deben ser abarcadas por el dolo”.
- **Por el destinatario del tráfico ilícito.-** La calidad del destinatario unida a los efectos degenerativos a los que llega la fármaco-dependencia precoz en niños, adolescentes y jóvenes justifican la inclusión de esta agravante. La principal

¹¹⁷ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima 1995, p.218.

exigencia legal para la eficacia del efecto agravante es que el destinatario de la venta debe ser un menor de 18 años de edad, requiriéndose además que el agente conozca o le sea notoria la minoría de edad de la persona a quien vende las sustancias adictivas la cual no se anula ni se excluye por la solicitud de la venta de drogas que hay hecho el menor al autor del delito.

- **Por la Pluralidad de Agentes.**- Para la configuración de esta circunstancia, se exige la intervención conjunta de tres o más personas en la comisión del delito; aquí se alude exclusivamente a un nivel de coautoría o nivel de autoría funcional en el que intervienen cuando menos, tres personas con dominio del hecho. La pluralidad de agentes, exige pues, una intervención conjunta en la realización de cualquiera de las hipótesis típicas que se proponen en el artículo 296°; disposición ultima que ha sido resaltado por el acuerdo plenario 3-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, del 18 de julio del 2008, al analizar la del citado agravante en el caso de corredores de drogas. Por tanto no hay agravante en función al número de partícipes. Es decir la pluralidad que señala la Ley no incluye a instigadores y cómplices. Asimismo, la comisión del hecho delictivo debe ejecutarse en la modalidad del concierto criminal y no en banda. Se trata por de la coautoría e integración ocasional y no de una estructura criminal con fines de permanencia y continuidad operativa.
- **Por Integrar una Organización Criminal.**-Existirá tal agravante cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico de drogas o que se dedique la comercialización de sustancias químicas para su elaboración; el legislador toma en cuenta la integración y dependencia del agente a una organización criminal. Esto es, que el delito lo cometa en tal condición.
- No basta la sola integración o el hecho de intervenir en la formación de una organización criminal destinada a la comisión futura al delito de tráfico ilícito de drogas; sino que la organización y sus integrantes actúen delictivamente, es decir si el delincuente realiza su acción delictiva fuera de una estructura criminal no se producirá el efecto agravante.
- **Por excesiva cantidad del objeto de acción del delito.**- Se trata pues de una agravante estrictamente cuantitativa. El mayor desvalor del injusto se vincula al volumen excesivo de las drogas que son objeto de la acción delictiva del agente.

Por consiguiente basta con superar aun mínimamente las cantidades que fija el texto legal para la configuración total del agravante. Las cantidades de referencia son la siguientes:

- **Veinte kilogramos de pasta básica de cocaína.**
- **Diez kilogramos de clorhidrato de cocaína.**
- **Cinco kilogramos de látex de opio.**
- **Quinientos gramos de derivados de látex de opio.**
- **Cien kilogramos de marihuana.**
- **Dos kilogramos de derivados de marihuana.**
- **Quince gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.**

Como puede verse tal y como indica el Doctor PRADO SALDARRIAGA¹¹⁸, el legislador ha omitido considerar cantidades de materias primas como la coca o de sustancias químicas.

b) Circunstancias agravantes de Segundo Nivel o Grado:

- **Por dirigir a una organización criminal.-** Esta agravante hace alusión a tres categorías sus órganos de dirección de la organización criminal. Primero, alude al “jefe”; en segundo, lugar menciona al “dirigente”; y, finalmente se refiere al “cabecilla”. Tales clasificaciones aluden a niveles y roles distintos, pero propios de una imagen clásica de organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o de insumos para su elaboración.

Las actuales manifestación estructurales y de diseño organizacional de las firmas peruanas, así como los carteles latinoamericanos con los cuales se relacionan responden a una jerarquía regional, en donde la dirección estratégica desarrolla un mando descentralizado pero coordinado el cual supervisa a la vez que dispone la acción de los órganos intermedios y operativos en las distintas etapas y espacio geográficos donde se desarrolla el ciclo de la producción y comercialización de las drogas.

¹¹⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Nuevo Proceso Penal. Reforma y Política Criminal. Editorial IDEMSA. Lima Perú, 2009. P. 307.

Para efectos de esta agravante lo importante radica en verificar si el agente desempeña un rol de dirección central, tomando las decisiones estratégicas y de planeamiento de la organización; es decir, definiendo “el qué” y “el cómo” de las actividades a realizar. Si su actividad en la organización responde a tal perfil estaremos ante el jefe o el dirigente. En el caso de las firmas nacionales ese rol lo ostentarían el duro de duros. En cambio cuando el delincuente solo se vincule con la planificación operativa y el control de las acciones ejecutivas de otros integrantes de menor nivel en el grupo criminal estaremos ante el cabecilla, esta posición lo compartirían en nuestro país el financista y el jefe pañaco.

- **Por financiamiento de actividades terroristas.-** Su inclusión en nuestra legislación fue consecuencia de la coyuntura de violencia que asoló a nuestro territorio entre 1980 y el 2000. En ese periodo la actividad bélica de las organizaciones terroristas obtuvieron financiamiento voluntario o coactivo de las firmas de los narcotraficantes. En las zonas de producción cocalera ilegal, se generó una práctica denominada “cupos” impuesta por los grupos subversivos a los traficantes de drogas. Las fuentes oficiales comenzaron a identificar a esta alianza táctica como narcoterrorismo; para luego establecerse que esa vinculación era coyuntural y no estratégica.

En lo esencial esta agravante exige que el agente se vasta del tráfico de drogas con la finalidad de financiar actividades terroristas. Esto es, utiliza la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas con el objetivo de proveer recursos económicos para la ejecución de actos u operaciones integrantes de un proyecto terrorista.

LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DEL ARTÍCULO 298°.

- **Por el volumen de droga.-** Supuesto contemplado en el inciso 1 del artículo 298° del Código Penal. El legislador alude tanto a actos de fabricación como comercialización ilegal de drogas. En tal sentido, siempre que el volumen de la droga “fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída” por el agente no exceda de las cantidades tope, fijadas por la ley, la atenuante irradiará plenamente sus efectos. Siendo las siguientes:
 - Cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos.

- Veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína.
- Cinco gramos de látex de opio.
- Un gramo de derivado de látex de opio.
- Cien gramos de marihuana.
- Diez gramos de derivados de marihuana.
- Dos gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.

En la casuística penal es frecuente detectar la presencia de una concurrencia de circunstancias en los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas. Es decir, que en lo concreto de un caso pueden confluír de manera conjunta o sucesiva varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes; o presentarse simultáneamente circunstancias atenuantes o agravantes. Ante tal concurrencia, se resolverá teniendo en cuenta la compatibilidad de las mismas, ya que cada circunstancia se refiere a un factor o indicador diferente. El juzgador deberá compensar los efectos agravantes con los efectos atenuantes.

CAPITULO V:
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA EL CRIMEN
ORGANIZADO

5. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

Hoy en día existe un complejo fenómeno de la criminalidad organizada transnacional y por ende se debe aplicar un tratamiento procesal en la administración de justicia. Es por ello, que en las tres últimas décadas, las manifestaciones delictivas del crimen organizado han promovido la configuración de sistemas internacionales de cooperación judicial en materia penal, mediante los cuales los Estados buscan viabilizar su persecución y represión, controlando los riesgos de impunidad que ofrece un mundo moderno y globalizado.

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “modus operandi” con que actúan. Ante este nuevo reto, los sucesivos gobiernos, han ido poniendo Instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir dichas conductas. La persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación al tráfico ilícito de drogas, como un motivo de preocupación para todas las naciones, ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos Instrumentos Jurídicos Internacionales.

Los Tratados Internacionales y el derecho interno de los Estados, buscan prevenir y controlar a la criminalidad organizada la cual se desarrolla traspasando las fronteras nacionales y de manera globalizada. En esta línea destacan:

5.1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefaciente y de sustancia psicotrópicas de 1988, La Convención de Viena:

La Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 39/141, el 14 de diciembre de 1984, aprobó la Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas.

El argumento principal de la Declaración era que “La producción ilegal, la demanda, el consumo y el tráfico ilícito de drogas obstaculizan el progreso económico y social, y constituyen una grave amenaza para la seguridad y el desarrollo de muchos países y pueblos y deben ser combatidos por todos los medios morales, legales e institucionales, a nivel Nacional, Regional e Internacional”

A petición del Consejo Económico y Social se redactó un documento con el fin de preparar una Convención sobre el tema y finalmente se adoptó en **1988 la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**. La cual fue celebrada el 20 de diciembre de 1988, en la ciudad de Viena, instrumento internacional también conocido como la **Convención de Viena**. Tiene como característica fundamental el de instar a las partes firmantes entre ellas nuestro país, a adoptar las medidas necesarias incluidas, las de orden legislativo y administrativo, que de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias, para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que tengan una proyección internacional.

El articulado de la Convención enfoca el problema de la droga de forma integral, abarcando todas las etapas del mismo: producción, oferta, consumo y demanda, tráfico ilícito, tratamiento y rehabilitación. Consta de un Preámbulo y 41 artículos.

El preámbulo declara que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, cuya represión, exige la más urgente prioridad y cooperación internacional. El propósito fundamental es promover la cooperación y para alcanzar tal objetivo se deben adoptar las medidas necesarias, de tipo legislativo y administrativo, de acuerdo con los principios de igualdad soberanía e integridad territorial de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

Apela a los derechos a la salud, derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y al derecho a la no intervención o injerencia en los asuntos propios. A pesar de los argumentos a favor de los anteriores derechos, la verdadera preocupación es el aspecto económico, y de forma secundaria el aspecto político, cuando se hace referencia a los vínculos con otras actividades delictivas relacionadas.

La Convención denominada también Convención de Viena consta de 2 partes: Una primera, que comprende los artículos 1 a 19 donde se establece: que regula, cómo, quién lo debe hacer y para qué; y, una segunda sobre el funcionamiento y la puesta en vigencia.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, fue la primera de las regulaciones a nivel internacional, que obligó a los Estados intervinientes a incorporar a su legislación nacional como delito las operaciones financieras relacionadas con las drogas, como recoge en su articulado, donde dispone que todos los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delito penal el blanqueo de capitales cuando se comete intencionalmente, aunque sólo se tipifica este delito en relación con los capitales procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes.

Este documento internacional en su artículo 20° establece además, ciertas técnicas especiales de investigación, como lo es la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas las cuales serán utilizadas con la única finalidad de combatir la delincuencia organizada. Prevé en su artículo 24° el tema referente a la protección de testigos indicando que en cada legislación de los países firmantes se deberán establecer procedimientos para la protección física de los mismos; estableciéndose que en la medida de lo posible se prohíba revelar la identidad y paradero total o parcial de las personas que han participado en procedimientos penales, aportando información sobre la estructura, funcionamiento y organización de las organizaciones delictivas.

La doctrina jurídica considera la Convención de Viena, como uno de los documentos más importantes en la lucha contra el blanqueo de capitales por varias razones: en primer lugar, se relaciona por primera vez el tráfico de drogas y el producto de los delitos; la gran aceptación y ratificación por parte de los **106 países intervinientes en la Convención** supone un cambio drástico en la perspectiva internacional de blanqueo de dinero, peso cualitativo importante que se dejará sentir en la normativa posterior.

Este instrumento señala a la entrega vigilada como operación encubierta o reservada, diseñando además las pautas y procedimientos de utilización de la misma. Enfoca al tráfico y uso indebido de drogas desde un punto de vista más integral, considera al tráfico

ilícito como una actividad delictiva internacional, cuya supresión se exige con urgencia lo cual será logrado a través de la cooperación internacional. Su objetivo, es promover la cooperación entre las partes, a fin de que se haga frente a los diversos aspectos del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, estipulando que las partes deben adoptar medidas necesarias en sus ordenamientos jurídicos internos, siempre que se realicen de acuerdo a los principios de igualdad y soberanía entre Estados; prohibiendo la intervención en los asuntos internos de cada Estado.

Este instrumento desarrollaba en su artículo 11° los requisitos y controles que debían observarse para la aplicación de procedimientos especiales de investigación como lo es por ejemplo la entrega vigilada. Al respecto se señalaba que **“las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptaran caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas”**.¹¹⁹

Las críticas que se le han hecho, por parte de la doctrina, provienen de la falta de análisis de la naturaleza del problema, tratándolo como si solo fuera una amenaza potencial; no entra la Convención en consideración de las causas políticas, económicas, sociales y culturales que rodean al mundo de la droga; el tratamiento que tiene el narcotráfico, problema internacional, se relaciona con los conceptos de soberanía económica y política, y en última instancia, son los Estados los que deben guiar las acciones contra la droga y el delito.

En opinión de algunos analistas y expertos, esta Convención de Viena, llamada también por algún autor Convención de la cocaína, pues todo su desarrollo gira en torno a esta sustancia, es toda una prolongación de la política de Estados Unidos centrada en la represión policial y haciendo hincapié en el lado de la oferta, que culpaba a los países productores de ser los únicos responsables del aumento de este mercado.

Se considera esta Convención como la piedra angular de la legislación internacional en materia de persecución del delito de tráfico de drogas, que ha sido tomada como referencia para la formulación de las legislaciones nacionales; a pesar de la falta de

¹¹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Pág. 12

iniciativas en orden al tratamiento de los efectos sociales y de otro tipo causados por la droga, y el tratamiento de los estupefacientes como problema de seguridad nacional, tesis que coincide con la política norteamericana seguida por las administraciones de la época en esta materia.

Este documento internacional en su artículo 20° establece ciertas técnicas especiales de investigación,

5.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional:

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 ilícito 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 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 12 al 15 de diciembre del año 2000, mediante Resolución A/RES/55/25, en la ciudad e Palermo (Italia), documento internacional también conocido por ello como la **Convención de Palermo**.

En ese lugar la asamblea declaró 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”.

Cuenta en la actualidad con ciento cuarenta y siete países signatarios y noventa y tres ratificaciones entre ellas España y Perú.

Esta Convención, consta de 41 artículos, forma parte del Derecho Penal Internacional y su importancia se debe a que, por primera vez, una herramienta penal lograba unificar criterios y definiciones estableciendo una tipología penal común para todos los Estados que ratificaron este macro acuerdo.

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”.

Determina los delitos de carácter transnacional, así como también deja en claro la protección de la soberanía de cada Estado Parte, y por aquello de las tentaciones que luego tienen algunos países de invadir otros, bajo cualquier pretexto.

Identificó además a ciertos procedimientos como técnicas especiales de investigación; así lo es por ejemplo en el numeral 1 del artículo 20° el cual prescribe que para enfrentar al crimen organizado los Estados deben adoptar tales procedimientos ***“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”***¹²⁰.

En este documento, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar el problema mundial con una reacción mundial, indicando, que si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo debe hacerse con la acción de la ley. La Convención es complementada por los protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; el protocolo contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire; y el protocolo contra la fabricación del tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones.

El citado acuerdo internacional reconoce varias modalidades de operaciones encubiertas entre las que destacan las siguientes:

¹²⁰OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Naciones Unidas. New York, 2002.

- La entrega vigilada.
- El uso de agentes encubiertos.
- La vigilancia electrónica.

Sin embargo, la internalización eficiente de los procedimientos encubiertos no se agota sólo en las posibilidades de armonización legislativa como demandan los instrumentos internacionales de la materia, sino que ella requiere también de una oportuna coordinación para la intervención eficaz de los equipos nacionales o multinacionales que se vinculen con sus acciones operativas. En ese sentido, pues resulta indispensable la configuración de nuevos espacios de interacción más directos, dinámicos y discretos para la utilización de tales técnicas especiales de cooperación judicial internacional en materia penal.

Es positivo entonces que en coherencia con los Convenios Internacionales y los requerimientos señalados, en la actualidad el derecho interno de los Estados sea bastante receptivo a la regulación y aplicación adecuada de los procedimientos de entrega vigilada, agentes encubiertos o vigilancia electrónica.

En coherencia con ello, hoy podemos constatar que la gran mayoría de Estados Americanos y Europeos han introducido en su legislación normas al respecto. Sin embargo, como suele ocurrir, la técnica legislativa elegida no ha sido del todo uniforme. Es así que algunos países han incluido tales procedimientos de investigación en leyes especiales contra el Tráfico Ilícito de Drogas obviando su utilización para otros delitos. Ese ha sido el caso de la legislación Argentina (Cfr. Ley 24.424 del 2 de enero de 1995, artículos 5° a 11° y en un primer momento de la legislación peruana (Cfr. Decreto Legislativo 824 del 23 de abril de 1996, artículos 28 a 30°). Otros Estados, en cambio, han preferido incorporarlos en los Códigos Procesales como procedimientos especiales de investigación del crimen organizado. Esta opción normativa, que otorga una mayor cobertura operativa, es la que ha asumido la Legislación Española desde 1999 (Cfr. Ley Orgánica 5/ 1999 del 13 de enero de 1999. Específicamente reformas a los artículos 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el Perú también se ha optado por esta tendencia al introducir tales técnicas de pesquisa en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Cfr. 340° y 341°). Característica común de las operaciones encubiertas es su condición reservada y su actitud flexible frente a supuestos de evidente flagrancia

delictiva. Esto último, sin embargo, es una necesidad y una justificada consecuencia de la finalidad informativa que persiguen estos procedimientos.

En efecto, la utilidad del empleo de la entrega vigilada, de los agentes encubiertos o de la vigilancia electrónica radica en proveer información sobre la ruta, procedencia y destino de las operaciones ilícitas de traslado o tránsito de especies prohibidas; así como de aquella que permitirá identificar la composición, estructura, recursos y actividades de las organizaciones criminales.

De allí, pues, que para resumir los rasgos más esenciales que caracterizan en el presente a estos procedimientos encubiertos de investigación podríamos mencionar lo siguiente:

- Requieren para su aplicación de una autorización expresa y que se decide caso por caso.
- La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente.
- Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.
- Tienen como finalidad la identificación o el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.

Cabe anotar, que los procedimientos especiales de investigación enunciados en los dos instrumentos internacionales recibieron inicialmente agudas críticas sobre su carencia de ética procesal y legitimidad. En ese sentido, se les ha cuestionado por recurrir a la práctica de actos basados en el engaño, la deslealtad y la traición; así como por implicar la participación deliberada y activa en la provocación o ejecución de conductas delictivas. Sin embargo, tales cuestionamientos han cedido ante la experiencia nefasta de las acciones terroristas, la capacidad de infiltración de la corrupción, y las nuevas estructuras flexibles del crimen organizado. De allí, pues, que en el presente las exigencias de eficacia que demandan la detección y sanción de la delincuencia organizada han hecho compatibles y tolerables a estos procedimientos. Los cuales, sin embargo, deben ser regulados y supervisados judicialmente para evitar que colisionen con garantías fundamentales o se apliquen arbitrariamente.

Como sostiene SHAW “Las organizaciones criminales no dudarán en expandirse si el rendimiento es alto y los riesgos son mínimos, y ningún País tiene inmunidad contra el alcance de ellas. Es por esto, que el ordenamiento jurídico de cada País debería, tomar siempre en cuenta la protección de los derechos individuales, actuar para autorizar el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, así como otras medidas necesarias, con el fin de mantener un estado de eficacia contra el crimen organizado”¹²¹.

Sin embargo, las organizaciones criminales han reaccionado en contra de estos procedimientos con actos de represalia e intimidación buscando neutralizar la eficacia probatoria que ellos pueden aportar, para de esa manera mantener incólumes sus mecanismos de impunidad vía el soborno y la violencia. Este tipo de acciones, a su vez, ha dado lugar al surgimiento y formalización de esquemas de protección de testigos y de la identidad de los agentes encubiertos.

Esto conllevó que mediante el Decreto Legislativo 982 de julio del 2007 se incorpore a nuestra legislación penal tres nuevos delitos relacionados con esas estrategias contra el crimen organizado, y que han sido desarrolladas también por importantes instrumentos internacionales como la Convención de Palermo del año 2000 y la Decisión Marco Europea del 24 de octubre de 2008. Uno de estos delitos es materia del presente estudio, esto es el delito de revelación indebida de identidad.

Por consiguiente, toda conducta que afecte su confidencialidad o que revele la identidad de quienes están vinculados con las operaciones, deviene en ilícita y debe ser criminalizada.

En el Perú en el artículo 409-B del Código Penal se tipificó la siguiente conducta penal: “El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”. Cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2 y 4.”¹²²

5.3. La Decisión Marco Europea:

¹²¹JAMES SHAW. *Derecho Internacional sobre el uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito- OPCION. Lima.2005,p.23*

¹²² CODIGO PENAL, Jurista Editores. Edición Actualizada, junio 2017. Pág. 332

Relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, celebrada por el Consejo de la Unión Europea, el 24 de octubre del año 2008, consta de 12 artículos.

Esta decisión marco, prescribe en su considerando tercero que en todos los Estados miembros, se debe armonizar la definición de los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, tales como organización delictiva, y asociación estructurada.

Por otro lado en su artículo 4º de este instrumento internacional, establece de la mano con el Derecho Penal Premial, el otorgamiento de beneficios a delincuentes de organizaciones criminales, cuando estos abandonan sus actividades delictivas, y proporcionan a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no habrían podido obtener de otra forma, y que le ayude a impedir, acabar o atenuar los efectos del delito; identificar o procesar a los otros autores del delito, encontrar pruebas, privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas y finalmente impedir que se cometan otros delitos.

CAPITULO VI:

PRINCIPALES POLÍTICAS Y ESTRATEGIAS INTERNACIONALES DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

6. PRINCIPALES POLÍTICAS Y ESTRATEGIAS INTERNACIONALES DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

6.1. LA ENTREGA VIGILADA.

6.1.1. Cuestiones Generales

El narcotráfico es un fenómeno internacional que no reconoce fronteras, por tal razón, un cargamento de estupefacientes puede circular por dos o más países, ya que estas organizaciones delictivas tienen representantes en cada uno de los Estados por donde el estupefaciente circula.

Ante esta situación, se plantea lo siguiente: si se intercepta la remesa de estupefacientes en el país en el cual circula, se corre el riesgo de no individualizar y detener a los destinatarios de ese cargamento.

En los casos que las autoridades penales tienen sospecha de que en el interior de un envío a través de la correspondencia se encuentra oculto un género de tráfico prohibido, deben proceder a acordar inmediatamente su detención, apertura y examen. Por supuesto, en el desarrollo operacional de esta modalidad puede haber dificultades, los remitentes y destinatarios pueden ser falsos. Por otra parte, el solo hecho de que una persona aparezca como destinatario de una remesa o acuda a recoger un envío, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar un completo desconocimiento sobre el contenido ilícito del envío, de manera que su posible culpabilidad ha de quedar sometida a la prueba de indicios, debiendo existir entre los indicios y el hecho necesitado de prueba un enlace preciso y directo.

La entrega vigilada, es útil en particular en los casos en que el contrabando se identifica o intercepta en tránsito para luego entregarse bajo vigilancia a fin de identificar a los presuntos beneficiarios o vigilar su distribución posterior a toda la organización delictiva. Dada las limitaciones que tiene la detención y entrega de los envíos es que se desarrolla la circulación y entrega vigilada como técnica de investigación. En la circulación controlada en la cual no se detiene el curso del envío, sino que por el contrario una vez comprobada la ilicitud se trata de permitir que las sustancias, equipos y materiales que

pueden ser objeto de esta medida, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas especialmente de “blanqueo de dinero” o “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas que circulen por el territorio de un país dado, salgan o entren, no sean interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con el fin de descubrir las pruebas e identificar a todas aquellas personas involucradas en este tipo de delito, así como desintegrar las organizaciones criminales involucradas.

La práctica de estas medidas de entrega vigilada debe acordarse caso por caso, teniendo en cuenta su necesidad y los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades ciertas de vigilancia, y dependiendo de la autoridad actuante, deben comunicarse y aprobarse las actuaciones por el Fiscal o Juez según el caso, de lo contrario se corre el peligro que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas.

Estas entregas vigiladas generalmente se realizan por agentes que actúen bajo cobertura, sin manifestar su verdadera identidad.

En síntesis, como resalta, a grandes rasgos, la Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 308/2002, del 22 de febrero, la dinámica investigadora propia de la entrega vigilada suele conllevar:

- a. Una autorización justificada de circulación y entrega de la sustancia prohibida;
- b. Tal autorización puede otorgarse, y de hecho es una práctica habitual, por el juez competente, que es el del lugar donde el paquete despierta sospechas de contener sustancias estupefacientes;
- c. La circulación está en todo momento controlada por los funcionarios de la policía judicial;
- d. Que la entrega se realice por uno de estos agentes haciéndose pasar, con la debida autorización, por funcionario de correos, “legítimo ardid que ningún parecido tiene con la actuación de un agente encubierto”.

A través de las entregas controladas no solo se podrá conocer y detener a los integrantes de la organización que transportan la remesa por un país, sino también identificar y aprehender a los otros miembros de la organización delictiva que reciben el cargamento; así, podrá desbaratarse a la totalidad de la organización dedicada a la narcocriminalidad.

En nuestro país, la entrega vigilada se encuentra regulado en el artículo 28 del Decreto Legislativo N° 824, en el cual se dispone que “El Ministerio Público a fin de permitir la obtención de pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, podrá autorizar a la Policía Nacional la ejecución de los procedimientos denominados “remesa controlada” y “agente encubierto”. Estos procedimientos no solo importan la previa autorización fiscal, sino el control de su desarrollo ejecutivo y la orden de ponerle término, en cuanto se hayan cumplido los objetivos propuestos”. Tales técnicas constituyen medidas especiales de lucha contra la delincuencia organizada, en tanto se tiene la convicción que las organizaciones criminales cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, contra los que el Estado debe reaccionar para garantizar la eficacia en la lucha contra la criminalidad¹²³.

Desde la lógica internacional como señala el Doctor Cesar San Martín Castro, la entrega vigilada tendría dos tipos: la directa, que se da entre dos Estados y la de tránsito que se da entre tres o más Estados, de los cuáles uno se encuentra interesado en el tránsito de la droga sobre su propio territorio.

6.1.2. Concepto.

Para el Jurista Argentino CARLOS ENRIQUE EDWARDS¹²⁴, la entrega vigilada es “una nueva forma de investigación en la lucha contra la narcocriminalidad, que supone el tráfico de una remesa de estupefacientes entre dos o más ciudades o países”.

Según la definición adoptada por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancia psicotrópicas¹²⁵, es una “técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I y II anexos a la presente Convención, o sustancias por la que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en el con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad en el párrafo 1 del artículo 3° de la presente Convención”.

¹²³SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda Edición Actualizada y Aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2009. P. 1298-1299.

¹²⁴CARLOS ENRIQUE EDWARDS. *El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*. Editorial. Ad Hoc. República de Argentina, Buenos Aires, 1996. P.107.

¹²⁵ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. 1998.p.2.

Es una técnica de investigación, por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes, que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva.¹²⁶

Según el Artículo 29° del Decreto Legislativo 824, la “remesa controlada” o “entrega vigilada” es un procedimiento reservado, en cuya virtud en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas, verificado o presunto, durante un periodo de tiempo, con el objetivo de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas¹²⁷.

Tal procedimiento como apunta MONTROYA¹²⁸ procura descubrir drogas que son transportadas a través de diversos medios y, en tal virtud se procede a su control, a fin de determinar en forma encubierta quienes participan en el delito, las modalidades del mismo, la ruta a seguir, los contactos, datos del remitente y del receptor y de todos aquellos que puedan participar en la maniobra ilícita, a fin de llegar a los niveles más altos de una organización delictiva. Se permite, pues entonces la circulación de remesas ilícitas, ya sean conocidas o resulten sospechosas por el territorio de un país, o bien permitir que entren o salgan de él, sin interferencia de la autoridad o de sus agentes y bajo su vigilancia.

La finalidad de esta forma de investigación, es que permite conocer y detener a todos los integrantes de la red de narcotraficantes; a su vez, asegura una mayor eficacia investigativa, ya que si se intercepta la remesa de estupefaciente, antes de llegar a destino, se ignorara quien es el destinatario o conociéndolo; no se lo podrá incriminar.

La entrega vigilada, se convierte en una verdadera excepción al principio de que toda autoridad que tiene conocimiento de un delito en ejercicio de sus funciones debe denunciarlo y perseguirlo; por una cuestión de política criminal, se considera más conveniente no interceptar inmediatamente ese cargamento de estupefaciente, para lograr un resultado más exitoso como es desbaratamiento de la totalidad de la organización delictiva.

¹²⁶CARLOS ENRIQUE EDWARDS. El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Ad Hoc. Buenos Aires 1996. P.107.

¹²⁷SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda Edición Actualizada y Aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2009. P.1299.

¹²⁸MONTROYA, Mario Daniel: *Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas*, Ad Hoc. Buenos Aires, 1998, P.238

Esta técnica investigativa, supone la existencia de una verdadera cooperación internacional en la represión del tráfico ilícito de estupefacientes, ya que la entrega vigilada implica, por lo menos, la intervención de dos Estados, uno por el cual circula la remesa de estupefacientes, y otro que será de destino; por ello, el ordenamiento de ambos países debe contemplar la posibilidad de aplicar la entrega controlada, para que la remesa que sale de un país sea secuestrada por el país de destino, juntamente con la detención de los destinatarios y partícipes de dicho envío.

Si no existe esta cooperación internacional, resulta inaplicable la entrega controlada, ya que si el país de destino no persigue penalmente a los destinatarios de la remesa, no tiene sentido que los estupefacientes salgan del país de origen.

Además la entrega vigilada se complementa con otra técnica de investigación, como es la actuación del agente encubierto, ya que este al infiltrarse en la organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, puede suministrar la información necesaria sobre el envío de un cargamento, lugar por el cual circulara, medio de transporte utilizado, y lugar de destino.

Por ello para garantizar el éxito de la investigación resultara conveniente la combinación de la actuación del agente encubierto y la entrega vigilada.

6.2. EL AGENTE ENCUBIERTO.

6.2.1. Cuestiones Generales

El agente encubierto supone una evolución en la lucha contra la delincuencia organizada. Se caracteriza por su infiltración en dinámicas delictivas, o por el uso de una identidad supuesta, para la consecución de pruebas que inculpen a los sospechosos de actividades delictivas propias del crimen organizado, se integra en la estructura de una organización que tenga fines delictivos para, desde dentro de la misma, obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y, como fin último, la desarticulación de la organización criminal.

Se trata de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. La legislación Española por ejemplo, lo permite en los delitos especialmente graves, tales como terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada y sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulte imposible o muy difícil por otros medios de investigación. El empleo del agente encubierto, deberá ser

autorizado por Fiscal o si existiese procedimiento judicial abierto, por el Juez competente. El Fiscal o el Juez que haya autorizado la actuación del agente encubierto ejercerá el control, pudiendo exigir que le sea comunicada la verdadera identidad del agente infiltrado, así como informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación.

Este agente encubierto, tiene las características que bajo autorización del Fiscal o Juez puede actuar con un nombre supuesto, constando secretamente el nombre real. En el proceso, cuando testifique el agente, se le podrá facultar para que mantenga su identidad supuesta y puede obviarse cualquier dato que sirva los fines de identificación.

En este sentido por ejemplo en la legislación Francesa, se regula la actuación de los agentes encubiertos siempre y cuando se tenga como finalidad la investigación de los delitos relacionados con estupefacientes, para ello se requiere una autorización del Juez o Fiscal competente. La ley responde a una situación concreta vivida en Francia, en la primavera de 1991 cuando seis aduaneros de Dijon y Lyon fueron procesados, juzgados y condenados por adquisición, posesión, transporte y cesión de estupefacientes cuando en realidad estaban en una operación encubierta. Por otro lado en la doctrina Italiana se autoriza para casos de narcotráfico el empleo de agentes encubiertos como técnica de investigación.

Esta figura presenta problemática respecto a dos valores en pugna: Por un lado, el empleo de un agente infiltrado evidencia que el Estado se vale de un medio inmoral en la represión del narcotráfico, ya que el agente encubierto utilizará la mentira y traición, como medios para descubrir los delitos y desbaratar la organización. A su vez, este agente encubierto puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función, como consecuencia de las actividades delictivas de la organización de narcotráfico, o incluso para ganar la confianza de los integrantes de la misma; es decir, que el Estado, a través del agente infiltrado estaría delinquiendo; se combatiría así el delito con otro delito, poniéndose al mismo nivel que los delincuentes.

Pero por otro lado, nos encontramos con el valor eficacia; si queremos luchar eficazmente en la represión de la narcocriminalidad debemos contar con medios idóneos para penetrar y conocer la intimidad de una delincuencia tan compleja, organizada y ramificada como el narcotráfico.

La manera más eficaz para ello es introducir un agente estatal en el corazón mismo de la organización.

El fundamento de esta figura, radica en una cuestión de política criminal, que incluso llega a justificar ciertos delitos que cometa el agente encubierto.

A la luz del desarrollo que ha efectuado la Legislación Española sobre este tema, ha quedado establecido que, los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación como agentes encubiertos con una identidad falsa, pueden mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada; debiéndose tener en cuenta siempre que ningún funcionario policial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. Estableciéndose además, que cuando dichas actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del Órgano Judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

Es de tener en cuenta, como menciona DELGADO GARCÍA¹²⁹, que la autorización del empleo de esta técnica de investigación está sometida a dos cláusulas esenciales: de proporcionalidad (aplicación a delitos especiales graves) y de subsidiariedad (sólo podrá emplearse cuando el esclarecimiento de las actividades ilícitas resulten imposible o muy difícil por otros medios de investigación). Además se requiere que el Fiscal o Juez que autorizó esta técnica, ejerzan el control necesario sobre la actividad del agente encubierto, debiendo exigir no sólo conocer su identidad, con las reservas del caso, sino informaciones periódicas sobre el desarrollo de la investigación.

El agente encubierto, estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito¹³⁰.

La infiltración policial o el agente encubierto, como técnica de investigación criminal, viene utilizándose desde hace muchos años y venía amparada en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Pero no cabe duda que la incorporación de esta figura al ordenamiento procesal y

¹²⁹DELGADO GARCÍA, María Dolores: “*El Agente encubierto: Técnicas de Investigación Problemática y Legislación Comparada*” en AA.VV: *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pág-70-71.

¹³⁰GRANADAS PÉREZ, Carlos. *La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial. Editorial LerkoPrint. S.A. España, Madrid 2001. P. 89.

su estricta regulación aporta seguridad jurídica y está en consonancia con la mayoría de países que ya vienen usando, con específico apoyo legal, estos instrumentos que pueden reportar una mayor eficacia en la lucha contra graves manifestaciones del crimen organizado.

6.2.2. Concepto.

Para el Jurista Argentino CARLOS ENRIQUE EDWARDS¹³¹, es una técnica investigativa, que permite penetrar de afuera hacia adentro en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de un agente, con la finalidad de obtener información para desbaratar a esa organización criminal.

El agente encubierto, tal y como se define en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 824, es un procedimiento reservado mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad, se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas. La previa autorización fiscal y el objetivo de la infiltración del agente encubierto es “ser fuente de información”¹³². En consecuencia el agente encubierto es aquel miembro de la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, que oculta su carácter de agente en el curso de una investigación de las actividades propias de la delincuencia organizada dedicada al tráfico ilícito de drogas.

Nuestra legislación a través de enunciados contenidos en el Código Procesal Penal¹³³, establece que “son miembros de la Policía Nacional del Perú que están autorizados mediante una disposición fiscal y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y adquirir, y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

La Doctrina Argentina por su parte, tal y como lo señala el Jurista Carlos Enrique Edwards, define al agente encubierto como: “un empleado o funcionario público que voluntariamente y por decisión de la autoridad judicial se infiltra en una organización

¹³¹ENRIQUE EDWARDS, Carlos. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la entrega vigilada*. Editorial Ad-hoc S.R.L. Primera Edición junio 1996 Buenos Aires República Argentina. Pág.51

¹³²SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda Edición Actualizada y Aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2009. P. 1300.

¹³³ CÓDIGO PENAL. Juristas Editores. Edición actualizada setiembre del 2011. P.512.

delictiva dedicada a la tráfico ilícito de estupefaciente, a fin de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiamiento, de la misma¹³⁴”.

En este mismo sentido, la Doctrina Española, en palabras del Doctor Carlos Granadas Pérez, señala que: “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez o Fiscal competente, podrán autorizar teniendo en cuenta la necesidad de la investigación, mediante Resolución debidamente fundada a la Policía o funcionarios de la Policía Judicial, a actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta, será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución mediante la cual se acuerda, debe consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. Dicha resolución deberá conservarse fuera de las actuaciones, con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación.¹³⁵”

6.2.3. Diferencias con el Agente Provocador.

Debemos diferenciar nítidamente al agente encubierto del agente provocador, ya que serán muy distintas las consecuencias de la investigación en un supuesto, que en el otro, en cuanto a la responsabilidad penal de los investigados.

Esta distinción es sumamente importante ya que en algunos casos el agente encubierto puede comportarse como un agente provocador.

El agente provocador es “quien representa el papel de instigador, pero guiado por la finalidad de lograr que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo, con el objeto de que sea reprimido por la autoridad”

Es decir que, mientras el agente provocador es quien instiga a otro para cometer un determinado delito, el agente encubierto es quien se infiltra en una organización para obtener información, no instigando a la comisión de ningún tipo de delito. En el primer

¹³⁴ENRIQUE EDWARDS, Carlos. *El Arrepentido, el Agente Encubierto y la entrega vigilada*. Editorial Ad-hoc S.R.L. Primera Edición junio 1996 Buenos Aires República Argentina. Pág.53

¹³⁵ GRANADAS PÉREZ, Carlos. *La Criminalidad Organizada. Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial. Editorial LerkoPrint. S. A. España, Madrid 2001. P. 89.

caso hay una actitud activa por parte del provocador que incita a cometer el delito; mientras que en el supuesto del agente encubierto, su postura, es pasiva, recepcionando información. Aquí radica justamente el límite que separa el empleo de una técnica investigativa eficaz, como el agente encubierto, de la utilización por parte de los Estados de medios delictivos, como la instigación a cometer un delito, para la posterior detención del instigado¹³⁶.

6.3. LA COLABORACIÓN EFICAZ.

6.3.1. Cuestiones Generales

Los instrumentos procesales de colaboración eficaz surgieron como una manifestación del denominado derecho Penal Premial. El sentido de estos mecanismo es vincular la concesión por el Estado de ciertos beneficios que van desde la simple reducción de la pena, pasando por la suspensión de la ejecución, hasta la exención y la remisión, con el aporte de información veraz, oportuna y relevante, proporcionada por quien se encuentre o no procesado e inclusive sentenciado, que permita la concesión de objetivos trascendentales como la interrupción de acciones delictivas o la morigeración de sus efectos, el conocimiento de las circunstancias que rodean a la comisión del hecho punible, la identificación de los autores y partícipes y la desarticulación de organizaciones delictivas, así como el descubrimiento y entrega de instrumentos, efectos y ganancias delictivas.

A través de esta figura el Estado obtiene información relevante que le permita el logro de objetivos políticos criminales trascendentes, previamente regulados a cambio del otorgamiento al colaborador de beneficios que normalmente no se concede. La delación que constituye el núcleo de los mecanismos de colaboración eficaz, es premiada por el Estado en proporción a la importancia de la información vertida por el colaborador. Esta característica de la colaboración eficaz puede estar sujeta a críticas de naturaleza ética, no porque resulte censurable la delación del colaborador respecto de la organización delictiva a la que pertenece, sino porque en realidad lo que hace el Estado es negociar con sujetos sobre los cuales recaen generalmente imputaciones de suma gravedad. No obstante a ello es innegable que a lo largo de los años ha demostrado en cierta medida su utilidad política criminal en orden a la desarticulación de fenómenos delictivos

¹³⁶ CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. Austrea, Buenos Aires, 1988,p.349.

relacionados con la actividad de organizaciones criminales, como el terrorismo, narcotráfico y corrupción.

No debe perderse de vista que estos instrumentos de colaboración eficaz germinaron en el marco de situaciones histórico sociales concretas. Así por ejemplo en Italia se constituyó como una de las herramientas de combate a las organizaciones terroristas y a la mafia. En Colombia y Perú la legislación de colaboración eficaz fue dictada en momentos en que las organizaciones subversivas y las de narcotráfico habían logrado poner prácticamente en jaque al Estado.

Es así, que en nuestro país la aplicación de beneficios derivados de la colaboración eficaz, como bien sabemos la figura del arrepentimiento y la colaboración eficaz fue aplicada primero en el ámbito de los delitos de terrorismo, cometidos por las organizaciones subversivas de sendero luminoso y el Movimiento revolucionario Túpac Amaru, siendo que posteriormente su radio de acción se fue ampliando hasta alcanzar el ámbito de los delitos de tráfico ilícito de drogas, entre otros.

En este sentido, la figura de colaboración eficaz fue incluida en el Código Procesal Penal del año 2004 en la sección VI, como uno de los procesos especiales. Es por ello que la figura de colaboración eficaz tiene un carácter permanente en nuestra legislación.

Además de lo dicho, es de apreciarse que el legislador ha tratado de garantizar la funcionalidad de la institución bajo comentario, mereciendo destacarse la disposición que prohíbe el otorgamiento de beneficios a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas, la participación del agraviado en el proceso especial, la obligación de corroborar suficientemente la información proporcionada por el colaborador y la revocabilidad de los beneficios concedidos. En general, es posible afirmar que la regulación de la técnica de investigación de la colaboración eficaz respeta las notas de eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad, oportunidad, gravedad del hecho confesado, conveniencia y eficacia de la declaración del colaborador en instancia especial; características propias de la colaboración eficaz.

6.3.1. Concepto

Desde una perspectiva material la figura de colaboración eficaz, es una expresión del derecho penal premial en la lucha contra la criminalidad organizada. Desde una perspectiva adjetiva, es un proceso penal especial el cual consiste en que el miembro de una organización criminal ya sea procesado o sentenciado, a cambio de determinados

beneficios legales, proporciona información útil y valiosa para la persecución penal de determinados ilícitos penales.

El colaborador es quien, luego de haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas admite, no contradice, de manera libre y expresa, los hechos en los que ha intervenido o se le imputen, dicha colaborador se presenta ante el Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz. Por tanto, aquellos hechos que no acepte no formaran parte del proceso por colaboración eficaz, y se estará a lo que se decida en el proceso penal correspondiente.

La información que proporcione el colaborador eficaz deberá permitir alternativa o acumulativamente, evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejercicio, así mismo impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva; también debe permitir conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando; debe permitir además entre otras identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla, menguarla o detectar a uno o varios de sus miembros; y así mismo el colaborador está obligado a entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva; dicha información debe permitir por otro lado, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento o aprovisionamiento de la organización delictiva. De tal manera, que el colaborador pueda obtener como beneficio premial teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, exención de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional o remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

6.4. CONTROL AÉREO

Efectúa también tareas de control administrativo en áreas que pueden tener relación con el tráfico de estupefacientes por ejemplo, supervisa a las empresas de aviación. Es interesante señalar que en Colombia existen 300 empresas que prestan servicios de

transporte aéreo, cuando en condiciones normales quizá bastaría con 30, según el juicio del Director Nacional de Estupefacientes.¹³⁷

Las funciones administrativas relacionadas con el tráfico aéreo tienen particular importancia ya que los propios narcotraficantes afirman que gran parte de su poder, deriva del conocimiento de las rutas aéreas y del control que ejercen sobre esta actividad, por ello la Dirección Nacional de Estupefacientes tiene diversas atribuciones relacionadas con el servicio aéreo, por ejemplo puede revocar licencias a empresas e impedir que vuelen determinadas naves. De común acuerdo con las fuerzas armadas de Colombia aplica medidas muy rigurosas en materia de control del tráfico aéreo, al extremo de que en determinadas circunstancias si una aeronave no se identifica, pueden disparar contra ella y derribarla. El sustento jurídico de esta acción es la violación de soberanía, que implica internarse en el espacio aéreo colombiano sin atender a la obligación de identificarse.

6.5. CONTROL DE PRECURSORES QUÍMICOS

Otro ámbito donde es muy importante la actividad de esta dirección es el del control de las sustancias químicas, que sirven como precursores para la preparación de drogas, en particular de la cocaína. La dependencia controla aproximadamente cuatro mil toneladas de sustancias químicas al año. Los procedimientos de control en esta área se han desarrollado en el mundo apenas recientemente. Los norteamericanos empezaron a aplicarlos en la década de los ochenta y los proveedores se desplazaron a Europa operando primero en Alemania y posteriormente en Holanda.

El método de control de químicos consiste en monitorear las sustancias que se emplean para la preparación de estupefacientes. El principal problema en esta materia consiste en que dichas sustancias son producidas lícitamente y se emplean en procesos industriales que nada tienen que ver con la elaboración de narcóticos. Por ejemplo, la metiletilcetona (MEC) que se emplea usualmente para elaborar thinner, el cual sirve como solvente en la producción y empleo de pinturas.

¹³⁷ Este dato y los que se mencionan en los párrafos subsecuentes relativos a esta Dirección General son producto de una entrevista personal celebrada el 11 de setiembre de 1995 con el doctor Gabriel de Vega, quien fue el Director Nacional de Estupefacientes de Colombia.

El control de sustancias químicas implica establecer una vigilancia sobre la producción, el comercio y el uso como materias primas de ese tipo de preparados. No obstante la imaginación y habilidad de los narcotraficantes ha dado lugar al empleo de sustancias sucedáneas, para lo cual cuentan con servicios de químicos altamente preparados que se dedican a investigar métodos de sustitución. Empero, aun así, a veces los sustitutos reducen la productividad, aumentan el costo o la toxicidad del producto final y ello, como quiera les genera problemas.

La óptica de la lucha contra el narcotráfico adoptada por las autoridades Colombianas es la implacabilidad en todos los frentes, de manera que cada paso del proceso se haga más complicado y sobre todo, menos redituable. Dentro de los procedimientos de control en materia de recursos químicos está la revisión de la autenticidad de las actividades de las empresas para evitar la constitución de meros membretes que solo sirven para desviar los productos. Igualmente se efectúan visitas para determinar si la factoría que consume este tipo de productos efectivamente está en capacidad de usar todo lo que ha importado del extranjero. La autoridad tiene facultades para prohibir la importación si encuentra que hay un exceso. En el momento actual parece que se ha logrado una cuantificación casi exacta de las necesidades reales que las industrias lícitas tienen de estas sustancias, ello ha dado lugar a que los laboratorios de fabricación ilícita de narcóticos se hayan desplazado a Estados Unidos diversos países Europeos, Centroamérica y México, lugares a donde es llevada la pasta básica de coca para después procesarse.

6.6. LA POLÍTICA DE SOMETIMIENTO A LA JUSTICIA

Oficialmente el gobierno Colombiano define la Política de sometimiento como el instituto a través del cual el Estado procura la desarticulación de organizaciones criminales, a partir de la reafirmación de su imperio punitivo, haciendo atractivo a los delincuentes la renuncia a la vida criminal y el reconocimiento por ellos mismos de la responsabilidad penal que les atañe por su prontuario delictivo.

Esta política tiene por objeto lograr la colaboración de los propios miembros de las organizaciones delictivas para conseguir el desmembramiento de éstas y la captura de los principales jefes, a cambio de beneficios, como el de no ser involucrado en las investigaciones o la reducción considerable de las penas, que les serían aplicables, así como la sustitución de las mimas por otras que no impliquen sentencias de prisión.

Las autoridades Colombianas sostienen que la política de sometimiento debe ser entendida como una consecuencia de la persecución y no una alternativa a ella, para que con una adecuada y oportuna cooperación judicial internacional, cumpla a su verdadero cometido de contribuir a la desarticulación de la criminalidad organizada y a la reducción de los niveles de impunidad. Esta política, sólo es válida en la medida en que esté diseñada para lograr éxito en las investigaciones penales; pero sin que implique una renuncia a la potestad punitiva del Estado. La Política de sometimiento, ha sido una medida altamente polémica; para algunos es un instrumento eficaz y práctico en la lucha contra la delincuencia organizada; sin embargo, para otros constituye una desviación del Estado de derecho; y, según otros su finalidad es correcta pero su aplicación se ha desnaturalizado.

Respecto de éste último punto se afirma que las rebajas pueden llegar a ser hasta de 5/6 partes de la pena, sin que el delincuente efectivamente preste ninguna colaboración para dismantelar la red delincencial y se llega a ironizar diciendo que teóricamente el Estado podría quedar debiendo tiempo de prisión a un delincuente, pues, de acuerdo a ciertas interpretaciones, al sumar distintos beneficios por diferentes motivos, la reducción de la pena podría llegar a ser de 9/6 partes.

Con el propósito de analizar los efectos de esta política, en el año de 1995, en la República Mexicana, se formó la Comisión de Evaluación de la Política de sometimiento a la Justicia, integrada por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la nación, el Procurador General de la Nación y el Ministro de Justicia y del Derecho.

En el informe que esta comisión presentó al Presidente de la República, el 8 de marzo de 1995, contenían las siguientes consideraciones:

- a. Es necesario revisar legalmente algunas disposiciones vigentes en esta materia, con el fin de modificarlas o derogarlas para impedir una amplia extensión de los beneficios que, en determinados casos, puede presentarse en razón a que algunos de ellos se otorgan de manera automática y simultánea, o para evitar la excesiva discrecionalidad por parte del funcionario en el manejo de los presupuestos para aplicarlos. Conviene advertir que tales reformas no deben presentarse de manera aislada sino que deben enmarcarse dentro de una

revisión integral de la normatividad penal sustantiva y procesal relacionada con la materia.

- b. Es necesario proceder a reglamentar algunas de las previsiones legales ya existentes, con el fin de lograr su recta y cumplida ejecución, como es el caso de la falta de un sistema de registro de beneficios, que permita controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al sometido. En este sentido es importante mencionar que el Gobierno Nacional Mexicano, expidió el decreto 1072 de 1995, por el cual se reglamentan los artículos 49 y 50 de la Ley 81 de 1993.
- c. De la misma manera, la comisión recomienda la utilización plena por parte del Fiscal general de la Nación de la Potestad a él asignada por la ley para señalar y unificar los criterios que evalúen la concesión de los beneficios por colaboración eficaz con la justicia.
- d. Esta recomendación ya fue atendida por la Fiscalía General de la Nación, al expedir la circular número 04 del 19 de mayo de 1995, relativa a los lineamientos para la aplicación en la Fiscalía de las recomendaciones acordadas por la Comisión evaluadora.
- e. Debe promoverse una mayor capacitación de los funcionarios judiciales llamados a aplicar la política de sometimiento, a través de las doctrinas generales expedidas por las entidades encargadas de intervenir en los procesos relacionados con esta materia, así como con ayuda de las jurisprudencias de las Cortes.

El resultado de los trabajos de esta comisión puede resultar de gran utilidad para cualquier país que pretenda seguir una política similar, sobre todo en cuanto a las previsiones que deben tomarse a partir de la experiencia Colombiana.

Pese a los problemas detectados, la política de sometimiento a la Justicia ha constituido un instrumento importante para desarticular las organizaciones de narcotráfico en Colombia.

La Ley prevé beneficios consistentes en la disminución o sustitución de penas en casos en que la colaboración resulte eficaz para los fines de justicia establecidos en la propia Ley. Esta señala que el Fiscal general de la Nación o el Fiscal que este designado, previa opinión del Procurador o de su delegado, podrá acordar uno o varios de los beneficios a

las personas investigadas, procesadas o condenadas, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la Administración de Justicia, sujetando el acuerdo a la aprobación de la autoridad judicial competente.

Los beneficios pueden otorgarse según el grado de eficacia o importancia de la colaboración de acuerdo a los siguientes criterios:

- Contribución a las Autoridades para la desarticulación o mengua de organizaciones delictivas o la captura de uno o varios de sus miembros.
- Contribución al éxito de la investigación en cuanto a la determinación de autores o partícipes de delitos.
- Colaboración en la efectiva prevención de delitos o en la disminución de las consecuencias de delitos ya cometidos o en curso.
- Delación de copartícipes, acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad.
- Presentación voluntaria ante autoridades judiciales o confesión libre no desvirtuada por otras pruebas.
- Abandono voluntario de una organización criminal por parte de uno o varios de sus integrantes.
- La identificación de fuentes de financiación de organizaciones delictivas e incautación de bienes destinados a su financiación.
- La entrega de bienes e instrumentos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución.
- Los beneficios pueden acumularse de manera que se disminuya la pena desde una sexta parte hasta las dos terceras partes y se puede aplicar exclusión o concesión de causales específicos de agravación o atenuación respectivamente. También se puede otorgar libertad provisional; condena de ejecución condicional; libertad condicional en los términos del Código Penal; sustitución de la pena privativa de la libertad por trabajo social; beneficio de aumento o rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza; detención domiciliaria durante el proceso o la ejecución de la condena e incorporación al programa de protección de víctima y testigos.
- También se conceden beneficios a persona son vinculadas al proceso penal que rindan testimonio o colaboración con la justicia mediante el

suministro e información y prueba. En ese caso se les ofrece no ser sometidos a investigación ni a acusación por hechos en relación con los cuales rindan declaración, sin inculparse, cuando su declaración pueda contribuir eficazmente a la administración de justicia, siempre que no hayan participado en el delito.

6.7. RESERVA DE IDENTIDAD DE JUECES Y DE FISCALES

La ley procesal penal Colombiana introdujo una serie de medidas de protección para la actuación de los jueces y fiscales ya que estos eran frecuentemente víctimas de atentados en los que llegaron a perder la vida o de presiones para corromperlos, provenientes de los narcotraficantes.

La Legislación Mexicana en su artículo 49° del Decreto 2790 de 1990 establece que durante el proceso todas las providencias dictadas por los Fiscales, Magistrados y Jueces, así como los conceptos de los agentes del Ministerio Público deberán ser suscritos por ellos; pero se agregarían al expediente en copia autenticada por el Presidente del Tribunal, el coordinador de la unidad de Jueces Regionales o de Fiscalía Regional Respectivamente, en la que no aparecerían la firma de aquellos. El original se guardaría por el Presidente del Tribunal o el Director seccional de fiscalía. El mismo Decreto dispuso que, a fin de garantizar su seguridad, cuando el Fiscal o el Juez consideren conveniente mantener la reserva de su identidad o de los intervinientes en el proceso, dispondrá que en la práctica de pruebas se utilice cualquier medio o mecanismo adecuado para tal efecto, o que los contrainterrogatorios, solicitud de declaración de Dictámenes o cualquier petición similar se formulen o tramiten por escrito.

En este mismo sentido el director nacional de fiscalías de la República Mexicana sostiene la tesis de que, si bien, este procedimiento no es el ideal, por lo menos sí ha resultado adecuado para enfrentar la peligrosidad de las organizaciones criminales. Las presiones de jueces y fiscales debían ser contrarrestadas con un efectivo sistema de protección.

Estos procedimientos han merecido críticas de diversas organizaciones no gubernamentales y de la Comisión Andina de Juristas, ya que consideran vulnera el derecho de defensa e imposibilita la recusación, sin embargo, afirma el director nacional de fiscalías: “es en las providencias donde se conoce a un funcionario y no en su cara”.

En muchas ocasiones el conocimiento de la identidad del juez sirvió para amenazarlo, sobornarlo o atarlo. Los Jueces y fiscales, por supuesto, consideran que el sistema es conveniente y útil.

Por otra parte, los jueces están obligados a excusarse en determinados casos y se les puede sancionar por no hacerlo, de manera que la recusación puede ser sustituida eficazmente por dicho mecanismo, además puede recusarse al juez con base en las providencias que dicte.

6.8. PROTECCIÓN DE TESTIGOS

A fin de estimular que los testigos o imputados colaboren en la investigación de los delitos referidos al narcotráfico, es necesario garantizarles su protección, ya que sin ella difícilmente alguien colaborará con la investigación de este tipo de delitos; toda vez que, la mayoría de testigos tienen el temor a represalias por parte de los integrantes de estas organizaciones delictivas. Efectivamente, la crónica policial de aquellos países en los cuales es habitual el accionar de esta clase de organizaciones delictivas, refleja casi cotidianamente, que se atenta con la vida o los familiares de quienes han puesto al descubierto a estas siniestras organizaciones; el temor, es el más poderoso instrumento que utilizan, tanto contra las autoridades como ante eventuales testigos o arrepentidos, para desalentarlos en su intento de colaborar con la justicia. Ante esta realidad es innegable un mecanismo efectivo de protección para aquellos que han colaborado en la investigación de delitos referidos al narcotráfico, por cuanto ningún testigo se prestará voluntariamente a declarar sino le garantizan la tutela de su vida e integridad física, como una consecuencia natural de su instinto de preservación. Por ello, las Legislaciones de los países que utilicen esta figura como técnica de investigación contra la criminalidad organizada, deben adoptar medidas que permitan disminuir el riesgo contra estos testigos; dicha protección debe ser integral, comprendiendo tanto a quien colabora con la investigación, como a su núcleo familiar.

En este sentido, es que en la República de Argentina, se encuentra un antecedente inmediato sobre la protección de testigos, estableciéndose que “desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado Nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: ...c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de

su familia”. Tal protección se aplica a todos los testigos que declaren en causas de competencia nacional o federal, entre las que se encuentran las referidas al narcotráfico. Cabe indicar que cuando, las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo que hubiese colaborado con la investigación, el Tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas; siendo que para la procedencia de las medidas de protección se exige la presencia de un peligro concreto a la vida o integridad física del testigo, por ejemplo, que el testigo o sus familiares reciban amenazas de muerte o ya se hubiese atentado contra su vida. No basta entonces con cualquier peligro; sin embargo, para la valoración de esta certidumbre no debe aplicarse un criterio rígido, teniendo en cuenta que lo que está en juego es la vida de quien ha colaborado con la investigación, o la de su familia.

Como medidas de protección la Doctrina Argentina, considera: a) sustitución de la identidad, y b) provisión de recursos económicos; sin embargo, podrían agregarse otras medidas como: la limitación de la consulta de ciertas partes de la defensa, a fin de evitar que conozca la identidad del testigo; la declaración del testigo se debe realizara puerta cerrada cuando se tratare de un juicio oral; que se reserve la verdadera identidad del testigo; que se grabe la declaración, a fin de impedir la visualización física del declarante. La medida de protección de sustitución de la identidad, de quien ha colaborado con la justicia, consiste en el cambio de nombre del testigo; esta medida exige al Estado a través de sus órganos pertinentes la expedición de nuevos documentos de identidad, para el testigo y su núcleo familiar; de tal manera, que la persona protegida al igual que su familia comenzarán una nueva vida, ya que se les ha modificado un atributo fundamental de la personalidad, como lo es el nombre.

La medida de protección de provisión de recursos económicos, consiste en brindarle a la persona que ha colaborado con la investigación los medios económicos necesarios para vivir; y, de esta manera asegurarles que cuenten con los medios suficientes para afrontar una nueva vida; ya que, como consecuencia del peligro que corre debe abandonar su actual ocupación. Tales recursos económicos serán destinados exclusivamente al cambio de domicilio (abandonar la morada que ocupaba hasta que comenzó a correr peligro su

vida, a fin de no ser ubicado) y de ocupación (adopción de un nuevo trabajo) del testigo y de su núcleo familiar.¹³⁸

En la legislación Colombiana, este programa se creó como un instrumento tendente a salvaguardar una prueba fundamental en los procesos penales. Uno de los principales problemas que afrontaba la justicia Colombiana era el “temor a testificar”. Los testigos de actos delictivos cometidos por la criminalidad organizada en especial narcotraficantes, resultaban verdaderamente atemorizados y era casi imposible obtener testimonios útiles para condenar a los delincuentes.

El programa de protección a testigos en Colombia empezó teniendo gran amplitud y aplicándose prácticamente a cualquier tipo de delito. Esto lo hizo muy difícil de manejar ya que no se tomó en cuenta que programas similares como puesto en practica por Italia y Estados Unidos, iniciados hace treinta años, solo operaban para combatir a las brigadas rojas y a la cosa nostra, respectivamente. Por ese motivo el programa se restringió para orientarlo solamente a los casos de la delincuencia organizada.

Pese a que como hemos visto, existe la figura de la reserva de la identidad del testigo, en la realidad ocurre que los acusados pueden llegar a saber quiénes testificaron contra ellos; además, para que pueda condenarse al procesado con base en el testimonio, la identidad del testigo debe ser conocida. Los fiscales que llevan los casos son los únicos autorizados para solicitar la protección, por supuesto que el testigo puede hacer un requerimiento previo, pero la certificación la debe dar el fiscal y llenar una forma con amplia información, que es indispensable para diseñar la protección e igualmente para evaluar la necesidad de la misma. Este tipo de programas exige una implementación muy delicada. Antes de otorgar la protección es indispensable verificar cual es el verdadero propósito del testigo al acogerse. Los funcionarios encargados de aplicarlo deben asegurarse de que no tenga una segunda intención, ya que el solicitante puede ser un prófugo o alguien que trate de eludir problemas económicos o personales. Para ello, se precisa una evaluación psicológica hecha por personal autorizado.

Una vez que se acepta al testigo dentro del programa, debe tenerse presente que el propósito del mismo no es satisfacerle sus necesidades económicas, sino proteger su vida y la de su familia. La protección consiste en desplazarlo a otro lugar del país, colocarlo

¹³⁸ CARLOS ENRIQUE, Edwards. *El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*. Primera Edición. Editorial Ad Hoc. República de Argentina, 1996.

en un sitio seguro y en condiciones dignas, así como reubicar en muchos casos a su familia. Se le otorga atención médica psicológica y una asignación mensual según su estrato social y nivel cultural. Después de un periodo de adaptación de cuatro meses se le busca un trabajo para que pueda mantenerse nuevamente por su cuenta. Hay casos en que si el testigo conoce un oficio, se le monta un negocio para que lo desempeñe. En general, para protegerlo, el aislamiento al que se le somete debe ser muy rígido, e incluso de sus propios amigos y familiares, a los que solo puede ver en condiciones planeadas y vigiladas por miembros del propio programa. El tiempo de protección está sujeto a que cesen las condiciones que obligaron a otorgarla, pero este es un criterio difícil de precisar y tiene que analizarse caso por caso.

El programa siempre es voluntario y no forzoso, cualquiera que se encuentre en él puede abandonarlo si desea. Colombia ha mantenido operando este programa durante tres años, y es en ese lapso que se ha dado protección a cuarenta testigos y a su familia.

6.9. DECOMISO DE BIENES

En el combate contra el narcotráfico se prevén disposiciones tendentes a asegurar rápidamente los instrumentos, efectos y productos del delito. En tales casos los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves y artefactos navales; marítimos y fluviales; automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio, y demás bienes muebles, así como los títulos, valores, dineros, divisas, depósitos bancarios y en general los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a tales delitos, o que provengan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación hasta que quede ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva. Esta disposición produce un congelamiento inmediato de los bienes destinados a la comisión de los delitos o quesean productos de ellos y la sentencia judicial puede privar de todos esos bienes a los delincuentes. Es así que la Legislación Colombiana, en su artículo 340° del Código de Procedimiento Penal, declara que se extingue el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

Para estos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso, quedan a salvo

los derechos de terceros de buena fe. Los bienes que pasan al dominio público serán de propiedad de la Fiscalía General de la Nación¹³⁹.

6.10. LA PENALIZACIÓN DEL CONCIERTO PARA DELINQUIR

La legislación colombiana tipifica el denominado concierto para delinquir, sin perjuicio de la sanción que corresponda por los delitos efectivamente cometidos. En ocasiones resulta difícil probarla condición específica de pertenencia a una empresa criminal, pero puede recurrirse a la existencia de la estructura jerárquica para la realización de actividades delictivas. Las leyes emitidas con motivo del estado de conmoción interior declarado en septiembre de 1995, permiten dar un alcance mayor a las facultades para perseguir a los líderes de organizaciones criminales. En tales casos, se pueden imponer penas hasta de 60 años de prisión sólo por la actuación en la organización criminal misma, con independencia de los delitos específicamente cometidos. Se prevén también sanciones para quienes sirvan a una organización criminal aunque no participen en las acciones delictivas. La tarea de los abogados defensores no se considera como colaboración en la organización criminal.

6.11. CATEO ADMINISTRATIVO.

El Código de Procedimiento Penal colombiano previene que en casos de flagrancia, cuando se está cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita del fiscal, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el hecho.

6.12. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES DE DIVERSO TIPO.

Estas escuchas son a menudo indispensables para probar ciertas actividades propias de la criminalidad organizada. Los sistemas son casi unánimes en la posibilidad de realizar escuchas telefónicas. Sin embargo las condiciones son muy estrictas:

¹³⁹Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicación de Luis César Pereira Monsalve, Medellín, actualizados a julio del 995.

- La decisión debe ser tomada de forma motivada de acuerdo al sistema procesal de cada país por un Fiscal o Juez que tenga la misión de velar por la legalidad y el respeto a las libertades individuales.
- La decisión sólo debe ser aceptada para ciertas infracciones de especial gravedad.
- Las grabaciones deben ser destruidas después de terminado el procedimiento.
- Se trata de una excepción al respeto al derecho fundamental de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, lo que es norma permisiva a la trasgresión del bien jurídico tutelado que es la privacidad o intimidad de las personas.

Lo que trata de garantizar la legislación en la mayor parte de los países es la impenetrabilidad de terceros ajenos a la comunicación, de tal modo que, la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre quienes media la conversación deviene indispensable para configurar la ilicitud. El contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral, cuando alguno recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente el intercambio de palabras entre los asistentes, no puede establecerse un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. Por tanto, es diferente la actitud de quien oye o graba una conversación de otros; y, de quien oye o graba la conversación con otro, por ello será totalmente lícito quien graba la conversación con otro, por ejemplo un infiltrado policial o agente encubierto, para después ser valorada judicialmente.

- Los Requisitos son: el de proporcionalidad de la misma, para ello debe cumplirse con un juicio de idoneidad, y con un juicio de necesidad, es decir que exista otro medio para obtener los resultados esperados. En lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, es necesario que el delito que se trata de investigar, sea de tal gravedad que justifique y ampare el sacrificio de bienes tan preciados, como la privacidad de las conversaciones y comunicaciones telefónicas.

En México la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada faculta a los titulares del Ministerio Público en las entidades federativas a intervenir las comunicaciones privadas. La solicitud debe ser hecha al juez del distrito mediante escrito fundado y motivado del Ministerio Público expresando el objetivo y la necesidad de la intervención, indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos que se investigan participa algún miembro de la delincuencia organizada, hechos, elementos y circunstancias que se pretende probar.

El juez tiene un plazo de 12 horas, contadas a partir de recibida la solicitud. La intervención sólo puede ser para asuntos concretos, el plazo de intervención no puede ser mayor de 6 meses, incluidas las prórrogas. Las comunicaciones privadas pueden ser de distinto tipo que permitan comunicación ya sea oral, escrita, por signos, señales, mediante aparatos electrónicos, mecánicos, eléctricos, alámbricos o inalámbricos, sistemas informáticos.

La información obtenida con violación de la ley no puede ser utilizada ante ninguna autoridad de los Estados Unidos. Sólo fiscales del más alto nivel como el Fiscal General, Vice Fiscales y otros directivos de la Fiscalía o Fiscales expresamente designados por el Fiscal General pueden solicitar a un Juez federal de la jurisdicción competente, siempre que la interceptación puede ser útil en delitos específicos (asesinatos, secuestros, drogas, extorsión, juego, robo) o cualquier otro delito peligrosos para la vida, la propiedad y con sanción de más de un año de privación de libertad. Las órdenes autorizando la interceptación tienen que contener todos los detalles de la identidad de las personas y del tipo de conversación que se necesita grabar, la autorización no puede ser por un periodo mayor de 30 días. Tal legislación autoriza a los funcionarios judiciales a ordenar la retención de la correspondencia privada, postal o telegráfica, que el imputado reciba o remita, excepto la que envíe a su defensor o reciba de éste.

La interceptación telefónica también está permitida. La orden debe provenir de la autoridad judicial y su único objeto es buscar pruebas judiciales, esto significa que no se trata de un procedimiento indiscriminado para la investigación, sino de búsqueda de pruebas específicas para ser presentadas en juicio.

La orden que expide el Juez, permite interceptar mediante grabación magnetofónica, las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban. Las

grabaciones que tengan interés para los fines del proceso se agregarán al expediente. La ley procesal establece que cuando la interceptación se realice durante alguna etapa de investigación, equivalente a averiguación previa, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías de ese país. La decisión debe fundamentarse por escrito y las personas que participen en las diligencias se obligan a guardar la debida reserva. Las comunicaciones de la defensa no pueden interceptarse por ningún motivo.

La regulación procesal de esta figura determina que el Juez dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación.

Excepcionalmente se permite que, en casos de flagrancia, las autoridades de policía judicial intercepten y reproduzcan las comunicaciones con el objeto de buscar pruebas.

En nuestro país, la ley N° 27697, siguiendo la línea iniciada por la Ley 27379, desarrolló legalmente la facultad Constitucional reconocida al Juez Penal Ordinario para intervenir y controlar las comunicaciones de las personas, tanto en sede de investigación preliminar, conducida por el Ministerio Público, como en sede de Instrucción Judicial conducida por el Juez.

En el artículo 2° inciso 10° de la Constitución se garantiza el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados de las personas. Por comunicaciones se entiende: ...cualquiera de los posibles medios de intercambio de información e ideas de dos o más personas, como lo son las entrevistas cara a cara y las realizadas por instrumentos electrónicos, electromagnéticos, entre otros. Los documentos privados son todo tipo de material que tienen contenido que puede ser inteligido por las personas, tales como: papeles escritos, impresos, fotocopias, planos, fotografías, cuadros, discos de computadoras, grabaciones de sonido, magnetofónicas o señales digitales y otros.

Los diversos medios o formas de comunicación y telecomunicación (postales, telegráficos, telefónicos, radiales, televisivos, electrónicos) sólo pueden ser: **abiertos**, **incautados** (toma de posición oficial y forzosa, esto es aprehensión u ocupación por la autoridad de una comunicación o documento privado), **interceptados** (toma de posición a través de un apoderamiento físico durante el proceso de enlace entre el emisor y receptor) o **intervenidos**, mediando orden judicial.

La **intervención** es el concepto general que engloba toda forma de limitación o restricción de las comunicaciones. Por tanto, es de precisar que tratándose de comunicaciones postales o telegráficas, la concreta diligencia será de interceptación, procediendo a la detención, sinónimo de incautación, apertura y examen de la carta o mensaje telegráfico; y tratándose de comunicaciones telefónicas, fax, correo electrónico o internet, se fiscaliza, se observa o escucha a través de aparatos o artificios técnicos de control, escucha o grabación. Todas estas limitaciones, desde luego, están informadas por los principios de excepcionalidad, intervención indiciaria y proporcionalidad, amén de su finalidad exclusivamente probatoria.

En los delitos de tráfico ilícito de drogas, se pueden levantar el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. La intervención según el artículo 2º inciso 3 de la Constitución comprende dos fases: la primera, se refiere a la recolección, mediante la cual se recoge (intercepta o fiscaliza) la comunicación y/o su medio, radicada en una comunicación específica o en comunicaciones indeterminadas, ello no obsta, empero el cumplimiento del principio de especialidad, pues no se decreta una intervención para tratar de manera general o indiscriminada actos delictivos, que pueden ser en el caso de comunicación telefónica, la escucha y grabación de las conversaciones o en el simple control de las llamadas realizadas (o desde) a un aparato telefónico, y en el caso de comunicaciones postales la detención de la carta y paquete postal; la segunda fase se refiere al control por el cual se toma conocimiento oficial de su contenido reteniéndose lo útil a la investigación, registro y/o lectura en el caso de comunicación postal, y revisión del documentos o soporte acompañado así como lectura y comparación de las actas levantadas al efecto en el caso de comunicación telefónica y similares. El encargado de ambas fases, recolección y control, es el Fiscal, quien puede contar con el auxilio de personal especializado del Ministerio Público, de la Policía o de personas expertas. La autorización es de exclusiva competencia del Juez Penal, por el plazo de seis meses, prorrogable¹⁴⁰.

¹⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda Edición Actualizada y Aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2009. P. 1305-1306.

6.13. VIGILANCIA ELECTRÓNICA.

La vigilancia electrónica abarca la recopilación de evidencia y de inteligencia por medios electrónicos. Esto puede incluir actividades secretas, clandestinas tales como grabaciones video y audio no consensuales, **“intervenciones”** telefónicas, clonación de localizadores y de dispositivos de mensajes electrónicos, interceptación de transmisiones de faxes y el monitoreo de actividades computarizadas.

El Artículo 17 del Convenio Internacional en Derechos Civiles y Políticos del 12 de diciembre de 1966, dice que: “ninguno debe estar sujeto a la interferencia arbitraria o ilegal de su privacidad, familia, hogar o correspondencia...” Esto ha sido interpretado en muchas provisiones constitucionales y legales nacionales como requerir la autorización previa para la vigilancia electrónica por una autoridad judicial u otra independiente. La autoridad independiente concede la autorización solicitada previamente del departamento del gobierno encargado de las fuerzas del orden justificándola en que un crimen ha sido o será realizado y que la invasión de la privacidad está autorizada para evitar el delito o recolectar la evidencia de la actividad ilegal para el procesamiento.

La solicitud para tal autorización debe incluir los hechos y las circunstancias del caso justificando la petición, incluyendo los detalles del delito en particular que está bajo investigación, la identidad si se sabe, de la persona o de las personas que lo realizan, **el tipo de vigilancia que se utilizará**, la naturaleza, ubicación de la actividad, y el instrumento de comunicación o la instalación que será interceptada.

El uso de la vigilancia o de la interceptación electrónica de comunicaciones requiere típicamente la **grabación de todas las comunicaciones interceptadas** y de la **preservación de estas grabaciones para la evidencia potencial en procedimientos judiciales**; Sin embargo, con diferencia a lo que a privacidad se refiere, algunos marcos legislativos y reguladores requieren “minimización”, o la suspensión momentánea del monitoreo de conversaciones cuando dicho tema no se relaciona claramente con la actividad criminal. El monitoreo de conversaciones privilegiadas frecuentemente es prohibido, por ejemplo aquellas entre el abogado y el cliente.

Se requieren técnicas apropiadas para el manejo, almacenaje, transcripción, índice y recuperación de comunicaciones capturadas y de actividades. El equipo investigador debe anticipar estos requisitos. Son necesarios recursos personales adecuados,

especialmente si el monitoreo es de 24 horas o si la asignación intensiva de trabajo incluye el uso de la técnica.

En este sentido, la vigilancia electrónica, es un importante instrumento empleado contra la criminalidad organizada. Puede definirse como el procedimiento de interceptación de comunicaciones telefónicas o de escuchas ambientales que tiene por objeto grabar conversaciones entre personas, incluso en lugares cerrados o casas de habitación de particulares. Esta práctica está regulada legalmente y los fiscales pueden acudir ante un juez para solicitar la aprobación de la interceptación telefónica o de la colocación de micrófonos en determinados lugares.

Para la realización de esta vigilancia distinguen entre lo que llaman grabaciones consentidas y grabaciones no consentidas.

Las grabaciones consentidas son aquellas en las que por lo menos una de las partes sabe que se está grabando, o sea que no es el concepto de consentimiento que nosotros tenemos en cuanto a que ambas partes manifiesten su acuerdo. Si bien, en el caso de un secuestro admitimos como válido que la persona que se ha visto afectada por él, deje deliberadamente que le sea interceptado su teléfono para poder escuchar la petición del secuestrador respecto del rescate.

El criterio norteamericano es bien claro: son consentidas todas aquellas en donde por lo menos una parte sabe que se está grabando. Cuando los mexicanos preguntan cuál era la explicación de esto y cómo el Poder Judicial aceptaba dicho concepto, nos dijeron los fiscales estadounidenses, es tan sencillo como esto: si usted y yo estamos hablando y yo le digo a usted algo y usted luego testifica contra mí, usted oyó, usted grabó en su cerebro lo que escuchó y luego va ante un juez y le dice: el señor dijo tal y cual cosa”¹⁴¹.

Ellos han aplicado, pues, el siguiente criterio: si yo grabo la conversación de otra persona, aunque esa persona no sepa que está siendo grabada por mí, yo presento esa grabación como una prueba, la prueba puede ser admitida. Esta técnica se conjunta frecuentemente con las acciones encubiertas en las que agentes autorizados llevan micrófonos ocultos para captar lo que ocurre en el lugar donde se está planeando algún delito, la señal es recibida mediante una transmisión de radio en otro lugar y es grabada.

¹⁴¹Reunión de la delegación Mexicana con fiscales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en Washington, D.C., 18 de septiembre de 1995.

En tanto que esa persona estaba ahí y puede también testificar contra los que participaban en el hecho delictivo, se considera como válida la grabación.

Lo más importante es que las grabaciones consentidas no requieren autorización judicial. Es decir, que por el hecho de ser consentidas, las puede ordenar el fiscal sin necesidad de una autorización emitida por un juez.

Ahora bien, tenemos también las grabaciones no consentidas. Una grabación no consentida es aquella en que ninguna de las dos partes sabe que está siendo grabada. Esto es, la interceptación telefónica clásica o la colocación de micrófonos en algún lugar cerrado como puede ser hasta una casa habitación. El fiscal puede plantearle al juez la suposición de que en determinada casa se reúnen personas a planear algunos crímenes. Claro que la suposición debe estar sustentada por algunos elementos adicionales, no puede ser una mera sospecha sin ningún dato que permita considerar que tiene fundamento. Pero si se dan esos elementos por los que existan indicios de que determinada persona está vinculada con tráfico de drogas, o con lavado de dinero, con corrupción pública, o con cualquier otro de los crímenes, y se reúnen frecuentemente en su casa con otros individuos con antecedentes penales, puede válidamente suponerse que están realizando planes para la comisión de delitos. Entonces se puede pedir al juez que permita poner un micrófono en esa casa y hacer la grabación correspondiente.

Una vez que el juez autoriza la colocación del micrófono se da por entendido que autoriza también el allanamiento, en sentido jurídico, es decir, si autoriza a colocar el micrófono, se entiende que faculta a la autoridad ejecutora a penetrar. Los agentes pueden fingir que van a efectuar una reparación o incluso entrar subrepticamente, y ello no constituye delito porque hay una autorización del juez para instalar el micrófono y, en consecuencia, también para que se introduzcan a colocarlo.

Este es un procedimiento que se emplea, sólo en casos extremos, depende de diversas circunstancias: una, de que prueben los investigadores que han intentado otros medios para obtener la información y no la han conseguido, es, entonces, una solución de última instancia, y la otra es que depende del criterio judicial. Hay jueces que no aceptan dar las autorizaciones, en cambio, hay otros jueces que son más abiertos a este tipo de acción en contra del crimen organizado

CAPITULO VII:

FÓRMULAS DE NEGOCIACIÓN PARA OBTENER MEJORES PRUEBAS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.

7. FÓRMULAS DE NEGOCIACIÓN PARA OBTENER MEJORES PRUEBAS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.

7.1. La Declaración de Culpabilidad.

La declaración de culpabilidad constituye una forma de concluir los juicios sin necesidad de llegar a una sentencia y ella le puede producir a quien la acepte el beneficio de obtener una disminución de la condena o la sustitución de la pena de prisión por otra en la que no se afecte su libertad. La esencia de esta declaración denominada en inglés *pleabargaining* que, en ocasiones, se traduce como “alegación preacordada”, consiste en una negociación entre el acusado, a través de su abogado, y el fiscal.

Este procedimiento se emplea frecuentemente para obtener colaboración con la justicia por parte de personas que tienen información sobre delitos en los que han participado y que pueden aportarla para capturar a otros involucrados, especialmente a los jefes de organizaciones criminales.

El fiscal puede ofrecer distintas concesiones, según la naturaleza del delito por el que se acusa a quien se declare culpable o la importancia de la información que pueda obtener de él para actuar contra otros delincuentes.

Algunas opciones que puede ofrecer el fiscal son: archivar alguno o algunos de los expedientes abiertos contra el acusado; no formular o desistirse de alguno o varios cargos; formular una recomendación al juez sobre la sentencia a imponer o allanarse a la sugerencia hecha por la defensa respecto de la sentencia que debe imponerse. Formalmente la recomendación hecha por el fiscal en relación con la sentencia no obliga al juzgador y ello se le hace saber solemnemente al acusado. No obstante, casi siempre el acuerdo establecido por el fiscal es respetado por el juez. De cualquier modo el juez hace un interrogatorio al acusado antes de emitir su resolución definitiva y en algunos casos excepcionales, puede rechazar la alegación pre-acordada.

7.2. La concesión de inmunidad

Con el propósito de obtener testimonios en contra de la criminalidad organizada, por ejemplo los fiscales federales de los Estados Unidos tienen la capacidad para ofrecer inmunidad a personas que, aun habiendo estado involucradas en la comisión de delitos,

acepten testificar contra los miembros de la organización y particularmente contra los cabecillas.

En términos prácticos, ésta parece ser la única forma de obtener pruebas testimoniales de las actividades ilícitas de las asociaciones delictivas de alto nivel, pues normalmente la intimidación funciona con mucha eficacia contra quienes pudieran estar dispuestos a rendir testimonio en perjuicio de los que operan tales agrupaciones.

Uno de los principios aplicados es el de la consideración comparativa del mal causado por alguien cuya conducta delictiva es menos grave, respecto de otro de mayor gravedad o de mayor impacto social o peligrosidad. Podríamos decir que se aplica el principio del “mal menor”, ya que resulta preferible no procesar a quien ha delinquido en menor escala si a cambio se logra la captura y condena de criminales de mayor rango.

Hecha esta valoración, un fiscal puede conceder inmunidad respecto de delitos concretos a aquel que va a cooperar como testigo para poder procesar a otro u otros criminales cuya condena se considera de mayor importancia para la sociedad.

Existe una versión limitada de la inmunidad que se conoce como immunity (“inmunidad de uso”). En este procedimiento se pretende eliminar el obstáculo que significa la prohibición de autoincriminación según la cual una persona puede negarse a declarar si de tal declaración resulta una acusación contra sí mismo. El Fiscal, entonces, puede solicitar al Juez que obligue al testigo a declarar y a éste, se le garantiza que cualquier información que él proporcione o que se derive de su testimonio no podrá ser empleada para formular cargos contra él.

Este tipo de inmunidad está regulada en el caso Estadounidense por el Congreso y su finalidad es la de obtener pruebas en materia de delincuencia organizada¹⁴².

¹⁴² Documento de trabajo “ Procesos penales en los Estados Unidos” , por David Ford, traducido por Jorge Fíos -Torres, fiscales de la División de lo Penal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (reunión con la delegación mexicana sostenida en Washington el 17 de septiembre de 1995).

CAPITULO VIII:

LOS ACTOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

8. LOS ACTOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004.

8.1. ASPECTOS PRELIMINARES.-

El sistema jurídico Romano Germánico o Europeo Continental, al cual pertenecemos, siempre ha mantenido una postura ética respecto de las trasgresiones del ordenamiento jurídico en favor del mismo ordenamiento jurídico. Totalmente distinto es la posición del sistema anglosajón, en el sentido de que éste es mucho más práctico al momento de transgredir el ordenamiento, si lo que se busca con ello es descubrir la verdad; a éste sistema, que utiliza una lógica pragmática, no le interesa convertir a uno de sus agentes en delincuente, si con ello va a desbaratar a toda una organización criminal. Es así que el sistema anglosajón fue el primero que se valió de la institución de la circulación y entrega vigilada como del agente encubierto, para introducirse en las grandes instituciones criminales y así obtener toda la información necesaria para su intervención y captura de sus miembros, sobre todo de los cabecillas.¹⁴³

Las mafias dedicadas al narcotráfico, al tráfico de blancas, al tráfico de armas y otras ilicitudes afines, cuentan con estructuras organizativas muy complicadas de penetrar, necesario para la comprobación de los hechos delictivos y la identificación de sus miembros. Para tales efectos, el sistema de investigación debe acoger figuras novedosas, técnicas y métodos, que permitan a los órganos de persecución recoger información valiosa, útil para con los objetivos trazados en la estrategia de averiguación de hechos. Resulta un despropósito pretender investigar con eficacia, a las grandes corporaciones criminales, con los métodos tradicionales, con que ha contado el Ministerio Público y la Policía Nacional, en el siglo pasado; se requiere de toda una redefinición de los

¹⁴³ Roberto E. Cáceres J. Ronald D. Iparraguirre. N. Código Procesal Penal Comentado. Edición Actualizada Jurista Editores. Pág. 388.

instrumentos a utilizar, que han traído réditos auspiciosos en otras constelaciones territoriales.

El nuevo código procesal penal, trae en su seno intra-normativo (lege lata), un abanico de figuras, que se dirigen esencialmente a garantizar la “eficacia” y la “eficiencia” del Sistema de Investigación, que ha conducir el fiscal y ejecutar conjuntamente con la Policía, cuya concreción debe sujetarse a los principios de legalidad y de proporcionalidad. Estos actos de investigación no necesitan de una autorización judicial habilitante para su adopción, pues son ejecutados a pura decisión fiscal, lo que los distingue con las medidas restrictivas de derechos fundamentales y las medidas de coerción procesal

8.2. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN.

8.2.1. CIRCULACION Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS.

El artículo 340.1 dispone que el Fiscal podrá autorizar la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos. Esta medida deberá acordarse mediante una disposición, en la que determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate. Para adoptarla se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Fiscal que dicte la autorización remitirá copia de la misma a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de dichas autorizaciones.

Algunas figuras delictivas, reportan una serie de bienes, sea que estos mismos constituyen el objeto mismo del comportamiento prohibido o, que han sido empleados para la perpetración típica. Ciertos injustos típicos, glosados en la parte especial del CP, se configuran de forma particular, cuando el agente hace uso de ciertos instrumentos, objetos y /o cosas, que en determinados casos, configuran reglón aparte la construcción de circunstancias agravantes.

El artículo 340.4 prescribe lo siguiente: “Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas, b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; c) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objeto y

especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal”.

El objeto de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos se extiende a drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas, materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; bienes y ganancias a que se hace referencia del lavado de activos y otros.

Los bienes delictivos comprendidos en la norma, pueden ser objeto de circulación y/o de entrega, siempre y cuando el Fiscal, estime su inminente pertinencia para poder comprobar el hecho delictivo, así como la identificación de los presuntos autores, para poder obtener pruebas que sirvan para construir la teoría del caso.

Los **fin**es de este acto de investigación es la identificación de las personas involucradas en la comisión de un delito, de averiguación, recolección de pruebas que puedan consolidar la hipótesis de incriminación fiscal. Se debe interpretar que el accionar no solo resulta persecutorio en el fondo sino también preventivo, pues no lo determina solamente la noticia cierta del delito, sino también las sospechas de delito que deben reputarse simplemente como razonables, y que deben impedir una temprana intervención policial que tendría como resultado que aborte el objeto óptimo.

La autorización que emita el Fiscal, debe exponer las razones y/o fundamentos que determinan la decisión, en cuanto a los fines de la investigación, colegido con la importancia del delito que se está investigando; a mayor gravedad del delito, mayor legitimidad tendrán los órganos de persecución para la imposición de esta medida (principio de proporcionalidad). Autorización que deberá ser remitida en copia a la Fiscalía de la Nación, para la apertura del registro respectivo, el cual será de naturaleza reservada.

CONCEPTO.- Técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por el territorio nacional o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. El recurso a la entrega vigilada se hará

caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales.

De lo anteriormente expresado, se colige que esta técnica no se circunscribe a su plasmación en el territorio nacional, sino que se extiende a territorios extranjeros, lo que afirma la postura, de que esta medida investigativa se dirige a atacar mafias de gran envergadura. Incidiendo en una libre circulación de estos bienes, impidiendo que cualquier autoridad pueda interferir en ello, a fin de poder identificar a los sospechosos, así como prestar colaboración a las autoridades internacionales, en el marco de una cooperación fluida y permanente¹⁴⁴

PASOS A SEGUIR PARA EL ACTO DE INVESTIGACION DE CIRCULACION Y ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS: El Fiscal deberá:

- a) Dirigir las diligencias previas emitiendo disposiciones verbales; sin embargo, todas sus actuaciones constarán en acta.
- b) Disponer de oficio o a pedido de la policía o de autoridad extranjera:
 - La disposición fiscal indicará las características del bien, la vía, la ruta, los mecanismos y métodos de custodia, y designará al responsable de la técnica.
 - En caso de solicitud extranjera expedirá disposición considerando la legislación de destino, los tratados internacionales y otros instrumentos.
- c) Enviar una copia de la disposición a la Fiscalía de la Nación.
- d) Realizar coordinaciones con las autoridades aduaneras, aeroportuarias y otras para facilitar y cumplir con sus disposiciones.
- e) Disponer el secreto de la técnica en las diligencias preliminares. Al formalizarse la investigación podrá extenderla por quince días más con autorización del Juez.
- f) En caso de desplazamiento del Fiscal a otro País será autorizado por la Fiscalía de la Nación y al interior del País será autorizado por el Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial correspondiente.
- g) Dirigir o controlar la actuación policial de seguimiento a la remesa o bien. La policía deberá elaborar un informe y entregarlo al Fiscal.
- h) Emitir una disposición al concluir la actuación.

¹⁴⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Exegesis Nuevo Código Procesal Penal. Tomo II. Editorial Rodhas. Segunda Edición. Pag.

8.2.2. EL USO DE AGENTES ENCUBIERTOS Y AGENTES ESPECIALES.

8.2.2.1. Aspectos Preliminares.-

La investigación del crimen es una labor compleja y complicada, pues la criminalidad contemporánea revela aristas muy particulares, sobre todo, en el caso de organizaciones delictivas, que vienen informadas por una serie de elementos, cuya configuración importa una estructura organizativa difícil de develar, cuando se quiere comprobar, averiguar los hechos delictivos que se cometen en su seno, así como la identificación de sus miembros.

8.2.2.2. CONCEPTO.-

Para el autor Peña Cabrera, el agente encubierto “es un agente infiltrado que permanece en igualdad de condiciones con los miembros de la organización e incluso participa con éstos en hechos específicos de índole delictiva con el fin de ganar su confianza y asegurar su permanencia en la organización”¹⁴⁵.

Para el autor Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, el agente encubierto es un agente efectivo perteneciente del sistema de persecución penal, que adoptando una identidad falsa, penetra en las estructuras de las organizaciones delictivas, infiltrándose en su seno, a partir de una intervención directa en los hechos punibles que esta habitualmente comete, con el objetivo de obtener información suficiente, que sirva al Fiscal para poder formular cargos de imputación delictiva contra los presuntos sospechosos.

La figura del agente encubierto, es una práctica estatal, comprendida en el ámbito de la criminalidad organizada, con la finalidad de combatir las mafias del narcotráfico y las organizaciones subversivas, con ello efectivos policiales “especializados”, quienes se infiltran en dichas estructuras criminales, bajo identidades falsas, participando activamente en sus actividades ilícitas, a fin de adquirir evidencias suficientes de criminalidad y así lograr desbaratarlas. Para tales efectos se les confiere identidades supuestas, pero su rol para ser justificado, debe circunscribirse a ciertos parámetros, a las especificaciones que determina el Fiscal, conforme a las necesidades y a los fines de la investigación.

¹⁴⁵ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Exégesis Nuevo Código Procesal Penal. Op cit. Pag.

El inciso 6 del artículo 341° del Código Procesal Penal establece que el agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito. No es posible admitir la figura del agente provocador, pues la misión de la policía es la averiguación del delito ya cometido, pero no facilitar la comisión de otro.

8.2.2.3. ACCIONES DE LOS AGENTES ENCUBIERTOS.

La realización de ciertos hechos punibles por parte del “ agente encubierto”, sea en su fase imperfecta de ejecución o en su perfección delictiva son sustraídos del ámbito de punición, por cuanto constituye la manifestación de una causa de justificación, del precepto permisivo que se comprende en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal; el ejercicio de un oficio o cargo y/o el obrar por disposición de la Ley; en tal medida, las actuaciones del agente especial, serán justificadas, siempre y cuando se circunscriban a una esfera de legitimidad, sujetas al principio de proporcionalidad y a la prohibición de exceso. Puede justificarse la intermediación de sustancias ilícitas, contrabando de armas, interceptaciones telefónicas, falsificación de documentos, etc., mas no podrá de ningún modo ampararse bajo esta justificación, conductas constitutivas de lesiones u homicidios, sea quien fuere la víctima, a menos que se trate de una legítima defensa, pues la finalidad de una investigación nunca podrá ser la eliminación de vidas humanas. En consecuencia, la actividad de los agentes infiltrados en el marco de las investigaciones de delincuencia organizada y la eficacia posterior en el proceso de los elementos de prueba obtenidos, quedará condicionada por el respeto a los principios del proceso penal, principalmente el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

El agente encubierto se filtra en organizaciones delictivas, que ya cuentan con un ilícito accionar que se dinamiza conforme sus propias estructuras internas, cuestión diferente, es el agente provocador que induce a una persona a cometer un delito, a fin de que sea aprehendido. Sólo la primera actuación será lícita, pues la segunda no se enmarca en las actuaciones lícitas o justificadas del agente encubierto.

PRESUPUESTOS PARA LA CONFORMACIÓN DE UN AGENTE ENCUBIERTO

1. **INVESTIGACION CENTRADA EN CRIMINALIDAD ORGANIZADA.-** Es decir, que se trate de una estructura delictiva compleja, dadas sus especiales notas distintivas, que hacen de aquella una entidad criminal difícil de penetrar.
2. **LOS MEDIOS TRADICIONALES DE INVESTIGACIÓN NO SEAN IDÓNEOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN REQUERIDA POR EL FISCAL.-** Es decir la existencia del principio de necesidad, pues de lo contrario se estaría extendiendo peligrosamente la operatividad de una institución como el agente encubierto, cuya plasmación puede contravenir los fundamentos de un Estado de Derecho.
3. **REVELACIÓN DE INDICIOS DE CRIMINALIDAD.-** Implica que la organización esté cometiendo determinados ilícitos penales que requieren ser investigados para poder encontrar evidencias, que en su conjunto permitan al Fiscal construir su hipótesis de incriminación.

PROCEDIMIENTO PARA ACTUAR CON AGENTE ENCUBIERTO

1. **AUTORIZACIÓN DEL PERSECUTOR PÚBLICO MEDIANTE DISPOSICIÓN.-** El Representante del Ministerio Público en su función de Director de la investigación del delito autorizará mediante una disposición, que miembros de la Policía Nacional, podrán adquirir una identidad falsa, que les permita integrarse a dichas organizaciones e involucrarse directamente en las actividades delictivas de aquellas, con el propósito de comprobar los hechos delictuosos y de identificar a los presuntos sospechosos.
2. **IDENTIDAD SUPUESTA OTORGADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE PERÚ.-** Por el plazo de 6 meses, prorrogables por el Fiscal por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

- 3. DISPOSICIÓN QUE APRUEBE LA DESIGNACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS.-** Deberá consignar el nombre verdadero del miembro de la Policía y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

PASOS A SEGUIR PARA EL ACTO DE INVESTIGACIÓN DE AGENTE ENCUBIERTO: El Fiscal deberá:

- a) Analizar el informe y el plan de trabajo remitido por la policía, asimismo, deberá entrevistar al agente propuesto.
- b) Emitir una disposición indicando la identidad real y supuesta del agente, actuación del agente, su duración, su propósito y la obligación de informar periódicamente.
- c) Elevar una copia de la disposición a la Fiscalía de la Nación y comunicar mediante copia certificada a la dependencia policial que la solicitó. La comunicación será efectuada personalmente al agente designado.
- d) Realizar la supervisión y control del agente encubierto. La policía deberá comunicar periódicamente la información que el agente encubierto vaya obteniendo.
- e) El plazo ordinario del procedimiento de agente encubierto es de seis meses. Siendo prorrogables por períodos iguales.
- f) Requerir autorización al Juez de la investigación preparatoria para afectar derechos fundamentales y realizar otros actos especiales de investigación.
- g) Dará por concluido el procedimiento de agente encubierto una vez cumplidos los objetivos, ante la imposibilidad de cumplirlos, a pedido de la policía o por motivos de seguridad.

DISPOSICIÓN RESERVADA.- La cual deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Copia de la disposición se remitirá a la Fiscalía de la Nación y en condiciones de seguridad se abrirá un registro reservado de dichas disposiciones. La reserva se realiza por seguridad misma del agente encubierto así como por la seguridad de los fines de investigación.

CREACION DE DOCUMENTOS DE IDENTIDAD.- En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

PROCEDIMIENTO PARA ACTUAR CON AGENTE ESPECIAL

- 1. AUTORIZACION DEL PERSECUTOR PUBLICO MEDIANTE DISPOSICION.-** El Representante del Ministerio Público en su función de Director de la investigación del delito autorizará mediante una disposición, que miembros de la Policía Nacional, podrán adquirir una identidad falsa, que les permita integrarse a dichas organizaciones e involucrarse directamente en las actividades delictivas de aquellas, con el propósito de comprobar los hechos delictuosos y de identificar a los presuntos sospechosos.
- 2. FORMAR PARTE DE LA ORGANIZACION CRIMINAL.-**Es el ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal. Sin embargo, no se entiende claramente si este agente especial debe haberse enrolado como parte de la estrategia de investigación del Fiscal o, si éste ya se encuentra inmerso en la misma a propia voluntad. Se deberá entender que se trata de la primera hipótesis, pues si se tratara de un individuo que ya se encuentra involucrado en la comisión de hechos punibles, no podrá entrar en este tipo de tratos, de que siga actuando de forma ilícita. Es decir, el precepto no es claro, al señalarse literalmente que el agente especial, por su rol o situación, está involucrado en el seno de una organización delictiva, entonces, debe tener algún tipo de información y/o asociación con los miembros de la organización, que hagan de este una persona confiable para internarse en las estructuras de dicha criminalidad.
- 3. MEDIDA EXCEPCIONAL.-**Solo debe operar ante circunstancias excepcionales, que por sus características no permita la inclusión de un

efectivo policial, por cuanto al tratarse de un ciudadano común, sus bienes jurídicos fundamentales corren un peligro latente de lesión.

4. PARTICIPACION COMO AGENTE ESPECIAL ES VOLUNTARIA.-

Ningún ciudadano podría ser obligado a participar en este tipo de actividades, pues una cosa es coadyuvar como testigo y/o perito al esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos, otra cosa muy distinta poner en riesgo su propia vida y, el Derecho no puede obligar a ello.

5. PRINCIPAL TAREA DEL AGENTE ESPECIAL.-La adquisición de evidencias y de información que incida en el juicio de imputación delictiva. Conforme al artículo 341.3 del Código Procesal Penal la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del Fiscal y de sus Superiores. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente. De igual manera, esta información sólo puede ser utilizada en otros procesos, en la medida en que se desprendan de su utilización, conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito.

8.2.3. PROCEDIMIENTOS DE CONTROL Y SUPERVISIÓN

MEDIDAS DE PROTECCION (ART. 247° del Código Procesal Penal)

Las medidas de protección previstas en Título V, son aplicables en quienes en calidad de testigos, peritos, agraviado o colaboradores, intervengan en los procesos penales. El círculo de beneficiarios con las medidas de protección son todos aquellos que asumen un rol probatorio en el proceso penal, el cual se concretiza a partir de la información que aquellos están dispuestos a prestar a la Administración de Justicia para que pueda esclarecerse el objeto de prueba.¹⁴⁶

¹⁴⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exegesis. Nuevo Código Procesal Penal*. Segunda edición Tomo I. Editorial RODHAS. Lima, 2009.p. 779.

La aplicabilidad de estas medidas de protección está sujeta a un presupuesto material y objetivo; toda vez que, debe advertirse un peligro idóneo y veraz para los bienes jurídicos de las personas que actúan en calidad de testigos, peritos, agraviado o colaboradores; tal apreciación de dicho estado de peligro debe ser asumidos por el Fiscal o en su defecto por el Juez.

Las medidas de protección están destinadas al cumplimiento de dos objetivos; por un lado, a revestir de seguridad a los bienes jurídicos del testigo, perito o agraviado; y por otro, de garantizar el éxito de la investigación, blindando las pruebas de cargo que sirvan para sostener la acusación. De tal manera que las medidas de protección están vinculada con la realización del proceso penal: la seguridad que se presta al protegido se determina de conformidad con necesidades propias del procedimiento. En tal virtud, culminado el proceso penal, deberían también cancelarse las medidas de protección, pues ya se logró el objetivo perseguido en la investigación; sin embargo, el Fiscal tiene el deber de ordenar que estas medidas se mantengan como cuando se advierte aun la existencia de un peligro.

El Código Procesal Penal en el Título V se refiere a las medidas de protección las mismas que son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales. Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecien racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

El Fiscal o el Juez, según sea el caso, apreciada las circunstancias previstas en el párrafo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptara según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.

Las medidas de protección previstas en el Código Procesal Penal, que pueden adoptarse son las siguientes:

- **Protección policial.-** Implica el destaque de efectivos policiales, quienes a sumen una función de resguardo y tutela de los sujetos a proteger.
- **Cambio de residencia.-** Significa el desplazamiento del protegido, a un lugar ajeno a su domicilio habitual o residencia, para lo cual se debe proveer fondos económicos suficientes que viabilicen la variación de la residencia. El nuevo domicilio no debe significar una lejanía con el centro de trabajo, a fin de tutelar derechos socioeconómicos del beneficiario.
- **Ocultación de su paradero.-** Significa poner a buen recaudo a quien se siente amenazado por presiones externas, sustraerlo del ámbito de conocimiento de la sociedad; y, sobre todo de quien se siente amenazado con su declaración.
- **Reserva de su identidad** y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación pudiendo utilizar para esta, un número o cualquier otra clave.- importa resguardar la identificación del sujeto por otras personas a fin de evitar que la persona protegida pueda ser ubicada o identificada, con los riesgos que esto importa; por ejemplo, sustituyendo los documentos de identificación por una nueva identidad.
- **Utilización de cualquier procedimiento** que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen. Bajo esta caracterización se emplearan métodos y procedimientos que impidan la identificación visual del protegido.
- **Fijación como domicilio** a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se les hará llegar reservadamente a su

destinatario. Una forma eficaz de ocultar e paradero del protegido, es consignando un domicilio ajeno a su localización real.

- **Utilización de procedimientos tecnológicos**, tales como videoconferencias y otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez develada su identidad y siempre que los requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.- Implica el empleo de mecanismos sofisticados propios del avance de la ciencia y la tecnología, en este caso el uso de videoconferencia u otros instrumentos similares, evitando de esta forma, que el protegido quede a merced de cualquier acto de violencia o intimidación.

Además de las medidas de protección indicadas en los párrafos precedentes el Código Procesal Penal ha previsto medidas de protección adicionales; estableciéndose para ello que la Fiscalía y la Policía encargada deberán de evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección, se les hagan fotografías o se tomen su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar dicho material y devolver inmediatamente a su titular luego de que se haya comprobado que no existan vestigios de tomas en las que aparezcan los protegidos de forma tal que pueden ser identificados, se le facilitara, asimismo, traslados en vehículo adecuados para las diligencias en un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

En casos excepcionales nuestra legislación ha previsto que el Juez a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identidad y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo; en la medida que, la reserva de la identidad puede configurarse perfectamente con un cambio de identidad; sin embargo, el legislador ha condicionada la adopción de esta medida, a casos excepcionales, antes situaciones de inminente riesgo para la vida de protegido, como el caso de un colaborador o testigo en el marco de una investigación por el tráfico ilícito de drogas o terrorismo.

CAPITULO IX:

EL DELITO DE REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

9. EL DELITO DE REVELACIÓN INDEBIDA DE IDENTIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

9.1. LEGISLACIÓN COMPARADA

9.1.1. ESPAÑA¹⁴⁷:

En la regulación española, la previsión legal respecto al delito de revelación indebida de identidad no existe como tal, pese a existir legislación sobre el empleo de la técnica especial de investigación del agente encubierto, el cual se remonta al año 1999. En este sentido, su uso como técnica de investigación adquirió su desarrollo habitual hace pocos años. Según la experiencia judicial española, esta figura se emplea en más de un 80% en el ámbito de crimen organizado relativo al tráfico de drogas, tanto en el ámbito español como en el marco de la cooperación jurídica internacional. Al constatar que en España cada vez es mayor la presencia de organizaciones criminales dedicadas a múltiples delitos, los llevó a prever una expansión de la figura no sólo en el ámbito de los procedimientos de la Audiencia Nacional, sino en cualquier Audiencia Provincial. A continuación una exposición detallada de la evolución de la figura tanto a nivel jurisprudencial como a nivel práctico para favorecer su uso de modo adecuado, por parte de jueces y fiscales.

La figura del agente encubierto nace como una de las llamadas técnicas especiales de investigación. Las mismas no son sino consecuencia de la evolución de la propia criminalidad, que de un tipo de comisión de ilícitos casi puramente individual o de codevincuencia, ha evolucionado hacia formas estructuradas sobre bases asociativas y planificaciones empresariales. La diferencia con la delincuencia tradicional por lo tanto se efectúa sobre la base de planteamientos, objetivos, fines, criterios empresariales, ámbito supranacional, negocios lucrativos, y nivel de profesionalización. Esto obligó al estado español, adaptar los medios de investigación a los cambios en los modos en que

¹⁴⁷ Tomado de CONDE - PUMPIDO GARCÍA, Paloma, El Agente Encubierto en la Legislación Española, ponencia pp. 1-20.

se cometen los delitos. Es así que tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988; de la que España forma parte, se dispuso adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo para regular la lucha contra el crimen organizado en general mediante el uso de determinadas técnicas especiales de investigación no previstas hasta el momento, pero adecuadas como respuesta a los nuevos retos de la delincuencia.

Consecuencia de todos los intentos a nivel internacional de luchar contra el crimen organizado fue la promulgación de la Ley Orgánica 5/99 de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas claves. La referida norma contempla en primer lugar la regulación de la «entrega vigilada» contenida en el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluido en ésta por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que hasta este momento estaba referida exclusivamente al delito de tráfico de drogas, para extenderla también a otras formas de criminalidad organizada. La extensión que ahora se opera está en concordancia con la obligación impuesta a los Estados Parte en el artículo 11 de la precitada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con la necesidad de combatir otras formas de criminalidad organizada, no relacionadas con el tráfico de drogas, con la mayor eficacia posible. Por otra parte, se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «agente encubierto» en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada «delincuencia organizada». De esta forma, según indica en la Exposición de Motivos de la norma, se posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, con lo que se completa el régimen de protección que preveía la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, respecto a peritos y testigos de causas criminales. Asimismo, se delimita a estos efectos el concepto de «delincuencia organizada», determinando las figuras delictivas que comprende. Finalmente, se faculta al agente encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, ciertos medios complementarios de investigación. Así, se produce en la nueva regulación una definición específica de lo que se considera delincuencia organizada tan sólo a los efectos de

autorizaciones de medidas de investigación mediante el uso de agente encubierto. Además el artículo 282bis de la LECrim. detalla un amplio catálogo de delitos en los cuales sería aplicable, como: secuestro de personas, prostitución, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, contra los derechos de los trabajadores, tráfico de especies de flora o fauna amenazada, tráfico de material nuclear y radiactivo, contra la salud pública, falsificación de moneda, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, terrorismo, contra el Patrimonio Histórico. En la misma línea de la Ley Orgánica de 1999 promulgada en España, el 29 de mayo de 2000, surge en el marco de la Unión Europea y para facilitar la cooperación jurídica en materia penal, un convenio en donde se dan una serie de pautas para la transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica, cuáles son la transmisión directa entre autoridades judiciales, la regulación del intercambio espontáneo de información, y el apoyo proporcionado por los puntos de contacto de la llamada Red Judicial Europea. Junto a lo anterior se regula como principales innovaciones el uso de diferentes técnicas de investigación a nivel de cooperación entre los diversos estados de la unión europea en la lucha contra el crimen organizado. Y así, se prevé el uso de la videoconferencia para testigos y acusados incluso ya enjuiciados anteriormente en otro país, se regula de manera pormenorizada las entregas vigiladas y las investigaciones encubiertas, así como los equipos conjuntos de investigación, y de manera muy amplia las interceptaciones de telecomunicaciones.

En lo que concierne a la entrega vigilada (técnica que se vincula la mayoría de los casos a la técnica de las investigaciones encubiertas), se prevé la aplicación a todos los delitos, y no sólo al tráfico de drogas. Las investigaciones encubiertas se regulan en los artículos 14,15 y 16 del referido convenio del año 2000.

Ahora bien haciendo un enfoque al artículo 282 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). En el apartado 1 del precepto se define la figura del agente encubierto como la actuación de funcionarios de la policía judicial a los que se autoriza a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. Por lo tanto se conceptúa como una técnica especial de investigación frente a la delincuencia organizada consistente en la actuación de un agente de la policía judicial, autorizado oficialmente con la finalidad de obtener información del hecho y de los responsables.

Antes de la indicada regulación legal, la figura fue objeto de construcción doctrinal y jurisprudencial, al amparo de la causa de justificación de cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Fue la propuesta distintos instrumentos jurídicos de carácter internacional en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, lo que llevó a su regulación dentro de la LECrim.

Corresponde analizar los diferentes puntos previstos en el precepto precitado, que permiten el uso de la figura en las investigaciones penales.

a. Delincuencia organizada: Comienza el precepto indicando que se regula a los fines previstos en el artículo anterior (el que regula la entrega vigilada) y para cuando se trate de investigaciones que afecten actividades propias de la delincuencia organizada. Para evitar problemas de interpretación sobre qué se considera “delincuencia organizada”, el punto 4 del precepto señala “A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, 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 [el artículo detalla un amplio catálogo que abarca los literales a hasta k].

La LO13-15 de 5 octubre de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica ha efectuado una ampliación de esta lista de testigos al añadir un punto 6 al art 282 bis LECrim. Sin embargo, al regular ese punto al AE informático, la ampliación sólo es para este tipo de AE. En todo caso, el precepto permite autorización judicial (no del fiscal) para que funcionarios de Policía Judicial actúen bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación para esclarecer los delitos del apartado 4 (los antes enumerados), o cualquier delito del art 588 ter a LECrim. Este último precepto remite a su vez al art 579.1 o a delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología/servicio de la comunicación/información.

El art 579.1 LECrim a su vez hace una remisión genérica a cualquiera de estas tres categorías: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión, o delitos cometidos por organizaciones/grupos criminales o delitos de terrorismo.

Es decir, se trata de un doble requisito necesario para poder autorizar la actuación de un agente encubierto: por un lado que concurran los elementos que definen a la delincuencia organizada según el precepto y, de manera acumulativa, que dicha conducta tenga como finalidad, alguno de los delitos que la propia ley enuncia. Al respecto cabe indicar que con el paso del tiempo y la evolución de la delincuencia organizada, se ha observado la ausencia de determinados tipos penales que se cometen de manera más o menos habitual en el marco de las organizaciones criminales cada vez con más ámbito de actuación, como es el caso del homicidio. Sin embargo, por mucho que concurran los requisitos de tratarse de delincuencia organizada, si el delito que se quiere investigar mediante la actuación del agente encubierto no está previsto en la lista, no se podrá usar esta técnica que es crucial de investigación que permitiría la obtención de pruebas respecto de los hechos y los culpables. Los requisitos detallados precedentemente deberán ser exigidos tanto para las autorizaciones en procedimientos españoles como en los procedimientos extranjeros respecto de los cuales se solicita el auxilio judicial en España. Éste concepto de delincuencia organizada es absolutamente distinto del concepto jurisprudencial de organización criminal que exigía hasta la reforma del CP de 2010 (la cual ya define organización y grupo criminal): la existencia de pluralidad de personas, una estructura jerárquica entre los sujetos que la conforman, una cierta estabilidad, reparto de papeles, capacidad de dirección a distancia, fungibilidad de los ejecutores, y el empleo de medios idóneos junto con la aprobación de modo empresarial. Este concepto jurisprudencial es válido para la agravación específica que existía hasta ahora en relación con el tráfico de drogas antes de la citada reforma de 2010, y en virtud de la cual se atribuye a la competencia para conocer de muchos asuntos la Audiencia Nacional. También el concepto del artículo 282 bis es diferente de la regulación en el código penal de la organización criminal y el grupo criminal del artículo 570 Bis y ter CP, así como también de la concepción de la codelincuencia que establece el Tribunal Supremo Español (TS).

En todo caso, la decisión judicial o del fiscal en virtud de la cual se apruebe la actuación de un agente encubierto en una investigación, tendrá que estar fundada o motivada de manera que se tome en cuenta: la necesidad de la medida, la proporcionalidad de la misma, y la subsidiariedad concebida como inexistencia de otros medios de investigación que permitan obtener los mismos resultados. Y si estos requisitos lo son para la

resolución, deben contenerse igualmente en la solicitud policial en virtud de la cual se solicita la resolución autorizante.

b. Miembro de la policía judicial: En España sólo pueden ser agente encubierto los funcionarios de la policía judicial (punto 1 del art 282 bis LECrim). Por ello, tan sólo se podrá autorizar a miembros del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), la Guardia Civil (GC) o Servicio de Vigilancia Aduanera (DAVA). En relación con este último cuerpo y las dudas que suscitaba su concepto como policía judicial vista su dependencia de la agencia tributaria y de los ministerios de economía/hacienda, ya el 14 noviembre 2003 la Sala segunda del TS se manifestó a través de un acuerdo no jurisdiccional en el que indicó que los funcionarios del citado servicio de vigilancia aduanera son agentes de policía judicial en todo lo referente a la investigación de los delitos que constituyen su ámbito de actuación (es decir, los delitos de contrabando, incluido el cometido mediante tráfico de drogas).

c. Nombramiento: Leyendo la previsión legal española se puede hablar de dos fases en lo que concierne al nombramiento de un agente encubierto: La primera hace mención un plazo puramente administrativo que se recoge en el punto 1 del precepto cuando dice: “la identidad supuesta será otorgada por el ministerio del interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración...”. Es decir, para que miembros de la policía judicial puedan trabajar en el marco de la investigación judicial concreta bajo la cobertura de agente encubierto de conformidad con las previsiones legales, antes tiene que haber sido elegido y nombrado desde el ministerio del interior como tal agente encubierto. La segunda autorización será la que se le otorgue para que en el marco precisamente de una investigación criminal, pueda utilizar esa identidad supuesta que ya le fue concedida administrativamente y para que trabaje dentro de aquélla bajo la cobertura legal correspondiente del artículo 282 bis. Esta segunda autorización no tiene plazo legalmente establecido, pero es evidente que será por el tiempo estimado necesario que podrá prorrogarse.

Asimismo esta función que deberá ejercer debe ser voluntaria [misma viene establecida en la frase del punto 2 que indica que “*ningún funcionario de la policía judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto*”].

d. Identidad supuesta: El tema de la identidad supuesta de la que se dota al funcionario de policía judicial para ejercer como agente encubierto, es una de las que más transformación ha sufrido en los últimos años. Y ello por cuanto era “*usus fori*”, que cada vez que se nombraba al agente encubierto en los informes, se hacía con la identidad supuesta, mientras que cuando se llegaba al juicio oral se le citaba con su número de carnet profesional (en el mejor de los casos), o incluso con su nombre real (en el peor).

La ley tan sólo indica que en la resolución “por la que se acuerde (la autorización de actuación del agente encubierto) deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto”. Respecto a esta problemática es usual la asignación de clave.

e. Órgano autorizante: El artículo 282bis prevé que la autorización de la función de agente encubierto se realice tanto por un juez de instrucción “competente” o el ministerio fiscal “dando cuenta inmediata al juez “. Sin embargo existe una limitación para que el Fiscal autorice el cual viene del punto 3 del artículo 282bis: Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto tiene que solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezca la constitución y la ley. Es decir, cualquier otra medida de investigación que vaya a afectar a derechos fundamentales (intervención de comunicaciones, sonorización de espacios cerrados, utilización de medios electrónicos de seguimiento...) y que sea precisa para el desarrollo de una actuación del agente encubierto, hará que las posibles diligencias de investigación del fiscal en donde esté autorizado un agente encubierto, tengan que cesar para solicitar del juez “competente” las autorizaciones precisas.

En el apartado 2 del art 282 bis se hace especial mención a que los funcionarios de policía judicial que actúen en una investigación con la identidad prevista en el punto 1, “podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, haciéndole también de aplicación lo previsto en la LO 19/1994 de 23 de diciembre (de protección de testigos)”.

Los anteriores puntos expuestos respecto de los agentes encubiertos españoles, se trasladan a las solicitudes de autorización de agentes encubiertos que quieren actuar en

España. Para tales actuaciones, la norma a aplicar es la española según las pautas antes indicadas.

f. Ámbito de la autorización: La autorización para actuar un policía judicial como agente encubierto tiene tres posibles modalidades en el marco de las técnicas de investigación: una, la actuación en el tráfico jurídico con identidad ficticia; dos, la posibilidad de una entrega controlada de sustancia o dinero, y tres (relacionada con la anterior), diferir la incautación de la sustancia. Todo ello con los límites legalmente establecidos de que no constituya su actuación una provocación delictiva. La posibilidad de una entrega controlada viene determinada en el apartado 1 del art 282bis cuando dice que puede “*adquirir y transportar los objetos, efectos instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*”. Es decir mezcla la técnica de la entrega/circulación-controlada/ vigilada previsto en el artículo 263 bis LECrim, con la posibilidad de ejercitar una excepción al artículo 295 LECrim. Es decir, lo que aparentemente es dotar de una gran cantidad de capacidades al encubierto no es tal si observamos otras legislaciones en donde no solamente pueden hacer lo anterior, sino labores durante meses de infiltración, compras “de prueba” donde el dinero se lo queda la organización y por tanto tan sólo tenemos constancia de la droga entregada... entre otras cosas. Lo que sí que es cierto es que la ley indica que la autorización se dará cuando sea “necesaria” a los fines de la investigación. A lo que hay que añadir la concurrencia de otros requisitos como la proporcionalidad con el delito que se investiga y la debida motivación de todo ello como ya se ha indicado.

g. Efectos de la autorización: La técnica de investigación que estamos examinando tiene por objeto, en el derecho español, la obtención de un testimonio válido y la facilitación de la incautación de los efectos del delito y detención de los responsables. En realidad, lo que debería hacerse es obtener a través de la figura que se examina datos y elementos de convicción que permitan a las unidades policiales actuantes desarrollar aquellos y generar nuevas pruebas que lleven al desmantelamiento de las organizaciones criminales, sin necesidad posteriormente de hacer comparecer al agente encubierto como testigo. Al respecto, resulta válido traer a colación lo resuelto en sentencia de fecha 8 octubre 2012 de la Audiencia Provincial de las Palmas ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia 575/2013 de 28 junio, que “*la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser*

fuente de prueba de los hechos (aunque nada impide que lo sea), sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción”.

Como consecuencia de la actuación del agente encubierto dentro de los límites de la autorización que se le ha dado, el mismo, de conformidad con el apartado 5 precepto, *“estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyen una provocación al delito”.*

Se ha planteado en varias ocasiones cuál es la validez que tienen las actuaciones del policía judicial antes de estar amparado por la autorización de agente encubierto. Al respecto la misma sentencia 575/2013 del TS, deja claro que *“es contrario a las elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de modo inesperado, curiosease entre los preparativos de una operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esta resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza... el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el artículo 282bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferencia a uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyen provocación al delito, no será aplicable al período previo”* (cfr SSTS 154/2009, 6 febrero y 655/2007, 25 junio). En esta misma línea la muy reciente STS 277/16 de 6 abril que indica que la necesidad de autorización judicial no excluye previos acercamientos o contactos del agente, ocultando su condición, con los sospechosos. La habilitación jurisdiccional devendrá ineludible cuando se conforma un escenario de confianza y singularmente cuando se desencadena una operación delictiva en la que se ve involucrado el agente.

h. Informe de la actuación: El final del punto 1 del artículo 282bis indica que *“la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quién autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”*. Es decir, el legislador español exige que el agente encubierto vaya dando cuenta al fiscal o al juez que le autorizó, del resultado de sus actuaciones para que se pueda ejercer el debido control sobre las mismas. Del tenor de la ley obtenemos que lo que es importante es que los informes de actuación estén a disposición de quien autorizó al agente encubierto, y que posteriormente quede constancia de la totalidad de actuación para su valoración “en conciencia por el órgano judicial competente” que no es sino el órgano de enjuiciamiento. Por todo lo indicado, en la práctica, la información sobre la actuación que se va adjuntando a la pieza separada, se lleva a cabo mediante oficios de la unidad investigadora (que es distinta de la unidad de agentes encubiertos).

i. Declaraciones en la causa española (juicio): Si bien el agente encubierto no busca en sí ser fuente de prueba de los hechos, nada impide que lo sea. Y la práctica jurídica española demuestra que la previsión legal de que la actuación del encubierto en las condiciones previstas legalmente es válida salvo que se trate de provocación delictiva, es lo que lleva a que en la totalidad de los expedientes judiciales se proponga y se lleve a cabo la declaración testifical del agente encubierto en el juicio oral, precisamente por la necesidad de constatación de que no existe ninguna provocación delictiva. Esa misma precisión la establece la propia norma que indica en su punto 2 que podrán mantener la identidad “ficticia” cuando testifiquen en el proceso, y que les es de aplicación lo previsto en la ley orgánica 19/ 1994 del 23 diciembre, que no es sino la ley de protección de testigos y peritos.

j. La provocación delictiva: El propio artículo 282 bis es el que pone como límite a la actuación del agente encubierto, el que sus actos no constituyan provocación delictiva. Este concepto de carácter abstracto se ha tenido que ir integrando mediante resoluciones del Tribunal Supremo el cual, analizando los asuntos concretos, ha ido desplegando las pautas para considerar cuándo existe tal provocación delictiva. Y así SSTs desde las primeras que abordaron esta cuestión -22 de junio de 1950, 15 de junio de 1956, 3 de

febrero de 1969, 16 de noviembre de 1979- hasta las más recientes -STS 395/2014, de 13 de mayo y STS 277/2016 de 6 abril; así como algún pronunciamiento del TC- STC 111/1983, de 21 de febrero. La STS 204/2013, de 14 de marzo, recoge y sintetiza los contornos de esa doctrina: "*1. El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico nº 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008,: «Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o **personas que actúen según sus instrucciones**– no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que **ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso**».* En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) “...el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial”, pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

2. Advertía esta Sala en la STS de 20 febrero 1991, que “El problema del tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general y, en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención ha merecido al derecho positivo comparado y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal, que como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo del Derecho Penal, prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el n.º 3.º del art. 9 de la Constitución y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente

reprobables aunque su finalidad fuere la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos". Así, con carácter general, la jurisprudencia indica que la provocación como incitación del agente a perpetrar la infracción criminal respecto de quien no tenía previamente tal propósito, excluye la culpabilidad de éste, el dolo, siendo impune la conducta. Tan sólo en casos excepcionales se ha considerado que la actuación del investigado sería objeto de una tentativa de delito no consumada, por la actuación del agente. Cosa distinta sería que el investigado ya hubiera decidido la comisión del delito. Sólo cabe hablar de agente provocador cuando la intervención tiene lugar antes de que los autores hayan comenzado la preparación del hecho punible. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial. Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las SSTS 1233/2000; 313/2010; 690/2010; 1155/2010, y 104/2011. Otra sentencia reciente es la 589/2015 de fecha 20 septiembre, en donde se indica que el delito provocado se integra por tres elementos:

- Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa del por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
- Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
- Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido y como consecuencia, la atipicidad de tal acción.

k. Medidas de investigación tecnológicas y el AE: Como consecuencia de la entrada en vigor de la ley orgánica 13/15 de fecha 5 octubre de modificación de la LECrim. para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se debe analizar cómo las citadas medidas han afectado a la actuación del agente encubierto. La nueva ley procesal ha previsto un nuevo apartado 7 del artículo 282bis LECrim en el cual se prevé que *"en el curso de una investigación llevada a cabo*

mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.”

De los diversos estudios sobre como actualmente la legislación española continúa enfrentando la criminalidad organizada, se aprecian constantes reuniones con los órganos involucrados con una eficaz lucha contra la criminalidad organizada, a efectos de unificar criterios que permitan la utilización de la figura (cada vez más en auge vistas las tendencias de la criminalidad organizada y el escaso resultado de otras técnicas como son la interceptación de las comunicaciones), con el objeto de garantizar el tratamiento procesal unificado de los resultados y se salvaguarde la seguridad del AE.

9.1.2. ARGENTINA

Una de las características fundamentales y más distintivas de la actuación del agente encubierto reside en mantener en secreto su verdadera identidad, como un doble reaseguro para garantizar el éxito de la investigación en curso para resguardar la propia vida del agente infiltrado.

Cuando la verdadera identidad del agente se revela por cualquier circunstancia, ello implica un serio riesgo para su seguridad personal, teniendo en cuenta el tipo de organización delictiva en la que se ha infiltrado. La realidad demuestra que este tipo de organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico suelen atacar contra la vida de aquellos empleados o funcionarios públicos que intervienen en su represión, máxime si se trata de uno que ha penetrado en la estructura misma de la organización, conociendo su funcionamiento e integrantes.

Ante este cuadro de situación, la ley debe brindarle algún tipo de protección al Agente Encubierto cuya identidad es develada. Tal protección legal tiene un doble fundamento; por un lado, como salvaguarda para la vida del agente que ha sido descubierto; y, como una forma de incentivar la participación de los integrantes de las fuerzas de seguridad y policiales como agentes encubiertos, al saber que si son descubiertos, se le brindará protección legal.

El agente que se infiltre en una organización dedicada a la narcocriminalidad asume un serio riesgo para su seguridad personal, siendo entonces justo que reciba de la ley algún tipo de tutela.

En la legislación Argentina la flamante Ley N° 24-424 se ha inclinado por dar solución y protección al agente encubierto; toda vez que, brinda una amplia protección al “agente encubierto” cuya verdadera identidad es descubierta. No tendría mayor lógica regular, prolijamente, la designación y la actuación del agente encubierto, y soslayar la tutela a brindarle cuando es descubierto, es por ello, que su nueva legislación contempla tal situación.

Al respecto el artículo 9° de dicha Ley incorpora un nuevo artículo donde se dispone que: “cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuere la cantidad de años de servicio que tuviere. En este último caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponda a quien tenga dos grado más del que él tiene”.

La Ley Argentina, parte de un presupuesto objetivo, y para la aplicación de dicho artículo, debe correr peligro la seguridad de la persona del agente encubierto como consecuencia de haberse revelado su verdadera identidad. En la práctica, siempre existirá tal situación de peligro de la integridad física del agente cuando es revelada su verdadera identidad, si se toma en consideración la forma de actuar de las organizaciones delictivas que suelen atentar contrala vida de aquellas autoridades públicas que intervienen en su represión.

Al verificarse una situación de peligro para la seguridad de la persona del agente encubierto al develarse su verdadera identidad, la legislación Argentina establece una opción a favor del agente encubierto; la cual se trasforma en un verdadero derecho que tiene el agente encubierto, por cuanto este último “tendrá derecho a optar”. Es decir, que en definitiva el agente encubierto quien se decide por alguna de las alternativas que la ley le brinda. Esas opciones son “permanecer activo” y “pasar a retiro”.

Como un criterio el legislador ha considerado conveniente no imponer una determinada alternativa sino que sea el propio interesado quien resuelva sobre su futuro; adviértase que no solo se trata de un futuro laboral, sino que se proyecta sobre su núcleo familiar,

estilo de vida; ya que ante esa situación de peligro que corre puede llegar a alterar el ritmo normal de vida tanto de la suya como la de sus familiares. Si se opta por el retiro de la fuerza de seguridad o policial a la que pertenezca, la ley no regula un retiro común sino especial; así podrá retirarse “cualquiera fuera la cantidad de años de servicio que tuviera”. Pero la Ley no solo establece un régimen especial en cuanto a los años de servicio del agente encubierto, sino que también fija un haber especial para el retiro; brindándose a través de este sistema al agente encubierto ha de decidir sobre su futuro quien podrá decidir si permanece activo en la fuerza o pasar a retiro con un régimen especial, en cuanto años de antigüedad y haber.

La ley Argentina N° 24-424, no solo protege la actuación del agente encubierto a través de las medidas indicadas en los párrafos precedentes; sino que también le brinda una tutela penal. esta mayor protección a la actividad del agente encubierto se concretiza por medio de nuevas figuras delictivas que se relacionan con la revelación de identidad del agente encubierto, con tales disposiciones penales, dicha legislación cierra el círculo de protección al agente encubierto, tipificando como delitos aquellas conductas que implique develar la identidad del mismo; tales figuras captan la posibilidad de revelar la identidad del agente encubierto tanto cuando está actuando encubiertamente en la organización delictiva, como cuando goza de una medida de protección (como el cambio de identidad).

El fundamento de los tipos penales es criminalizar aquellas conductas que impliquen revelar la identidad del agente encubierto, reprimiendo a quienes la revelan.

El bien jurídico tutelado por estos tipos penales es por un lado, la actuación del agente encubierto dentro de la organización delictiva en la cual se infiltra, y por otro, su protección, al igual que el testigo o imputado, respecto de los cuales se hayan adoptado medidas especiales de protección.

Es en este sentido que el artículo 10° de la Ley 24-424 de la República de Argentina, incorpora nuevas figuras delictivas, contemplando una modalidad dolosa y otra culposa.

La modalidad dolosa, contempla el empleo del dolo en la revelación indebida de identidad del agente encubierto, al disponer que: *“el funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto, o en su*

caso la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta y perpetua”.

La acción típica de este delito consiste en develar indebidamente una identidad; revelar es descubrir o poner de manifiesto aquello que es ignorado o secreto; esta revelación deber “indebida”, es decir que no debe existir derecho a develar esa identidad. Si, estaría legitimado para hacerlo el Juez que designo al agente encubierto y el requerido por otro juez que interviene en el delito cometido por el agente encubierto, y requiere a ese otro magistrado que verifique la verdadera identidad del agente y su carácter.

Lo que puede revelarse indebidamente es:

- La real o nueva identidad del agente encubierto y;
- La nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido.

En el primer supuesto lo que se revela indebidamente es la verdadera identidad del agente que se infiltro en una organización delictiva dedicada al narcotráfico, poniéndolo en consecuencia, al descubierto al conocerse su real identidad; pero lo revelado puede ser también la nueva identidad del agente, cuando se han adoptado respecto de él medidas especiales de protección con el cambio de identidad.

El sujeto activo de esta flamante figura penal, es un funcionario o empleado público quienes vienen hacer todos aquellos que participan accidental o permanente del ejercicio de funcione públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. También pueden ser autores de este delito las autoridades de la fuerza de seguridad o policial a la que pertenezca el agente encubierto, o lo hayan propuesto para esa función, o a los integrantes de esa fuerza que estén en contacto con el agente encubierto mientras este actúe y por ende, conozcan su real identidad.

En relación a la culpabilidad del autor, debe conocer que devela indebidamente la real o nueva identidad de un agente encubierto. Este delito se consuma cuando el autor revela indebidamente la identidad, testigo o imputado protegido.

La modalidad culposa, de la revelación indebida de la identidad implica pues que ***“el funcionario o empleado público que por imprudencia, negligencia o inobservancia de***

los deberes de su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca de dicha información, será sancionado con prisión de uno a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años”.

La acción típica es propia de los tipos culposos; debe mediar una imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a cargo del autor que permita o diere ocasión para que otro sujeto conozca la real o nueva identidad del agente encubierto.

Lo típico radica entonces, en la violación del deber de cuidado que tiene el funcionario o empleado de mantener la reserva de esa identidad.

9.1.3. COLOMBIA

En el Código Penal Colombiano no existe de manera específica una descripción típica respecto al delito de revelación indebida de identidad de un agente encubierto, no obstante existen los artículos 418 sobre revelación de secretos culposa, 419 sobre utilización de asunto sometido a conocimiento del servidor público, 420 respecto a utilización indebida de información privilegiada, los cuales se encuentran referidos a la penalización de las conductas en que podrían incurrir los servidores públicos. Es menester precisar que mediante Ley 1288 del año 2009 [“Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”], se introdujo los artículos 418B y 429B, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-913 del 16 de noviembre de 2010¹⁴⁸; lo que en la legislación peruana equivale a que se deroguen esas normas por ser inconstitucionales; no obstante a modo de información corresponde plasmar el tenor del artículo 429B el cual refería: *“Artículo 429B. La persona que bajo cualquier circunstancia dé a conocer información sobre la identidad de quienes desarrollan actividades de inteligencia o contrainteligencia, incurrirá en pena de prisión*

¹⁴⁸En efecto, en el lenguaje popular los términos inconstitucional e inexecutable suenan igual y ambos llevan la idea de que se trata de un vicio que afecta a una ley, o a una norma en particular que contraría la Constitución, que no se ajusta a la Carta magna. Sin embargo, en otros niveles se reconoce una diferencia entre las dos expresiones. Una norma legal es inconstitucional cuando contraría la Constitución, cuando existe disconformidad entre ella y la Constitución; y es inexecutable cuando ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por contrariar la Constitución, por no estar conforme con ésta. En otras palabras, la norma es inexecutable cuando sucumbe en el examen de constitucionalidad. En resumen, una norma puede ser inconstitucional y aun así hacer parte del ordenamiento jurídico, la norma inexecutable no, porque ya fue retirada de allí: tomado de <http://www.monografias.com/trabajos107/codigo-penal-republica-colombia/codigo-penal-republica-colombia14.shtml#ixzz4vJgHxVBe>

de (5) cinco a (8) ocho años siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.”

Ahora bien en cuanto al uso de la técnica de investigación del agente encubierto, la legislación colombiana en su Código de Procedimientos Penales, abarca esta problemática en sus artículos 242 Actuación de los Agentes Encubiertos, 243 Entrega Vigilada, Y 280 Elemento material probatorio y evidencia física recogidos en desarrollo de entrega vigilada, a continuación se describe cada artículo para el posterior análisis de su tratamiento.

Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL [Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.] [Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.] [En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un

(1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.]

Por su parte el artículo 243. ENTREGA VIGILADA. Señala *“El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados. En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado. De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional. Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado. En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.*

A su vez se tiene el artículo 280 refiere: *[ARTÍCULO 280. ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA RECOGIDOS EN DESARROLLO DE ENTREGA VIGILADA. El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por servidor público judicial colombiano, en desarrollo de la técnica de entrega vigilada,*

debidamente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.]

La figura del agente encubierto en Colombia, si bien sólo vino a consagrarse expresamente en su legislación interna a comienzos del siglo XXI¹⁴⁹, la misma fue utilizada desde mucho antes sin normatividad o sustento legal alguno.¹⁵⁰ Así se tiene que los trabajos con agentes encubiertos empezaron a desarrollarse a partir de la década de los años 70, cuando estaba en auge la famosa «bonanza marimbera», siendo sus pioneros los miembros de la Policía Nacional en las zonas de los departamentos de la Costa Atlántica, donde tenían su área de influencia las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de marihuana. Luego, en los primeros años de la década de los 80, se emplea en colaboración con la Policía Portuaria para descubrir el tráfico de cocaína. Y en la década de los 90 con la aparición de varios organismos de policía judicial,¹⁵¹ los agentes encubiertos son utilizados para la desarticulación de bandas de narcotraficantes, en desarrollo de la «Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas» del 20 de diciembre de 1988, aprobada en Colombia por medio de la Ley 67 de 1993, pero también las operaciones encubiertas son utilizadas para el desmantelamiento de otras instituciones ilegales que desarrollaban sus actividades en detrimento de la paz y el orden social.¹⁵² Ahora, a partir de la Ley 600 de 2000 (anterior Código de Procedimiento Penal), se consagra expresamente, en su artículo 500, la figura del agente encubierto, pero limitada a actividades de cooperación judicial internacional; y luego, por medio de la Ley 800 de 2003, se aprobaría la «Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» del 15 de noviembre de 2000, que hace referencia a las técnicas especiales de investigación, como las operaciones encubiertas. No obstante, los funcionarios de policía judicial continuaban desarrollando estas operaciones encubiertas en el plano nacional, fundamentándose en el contenido de los artículos que establecían la finalidad tanto de la investigación previa como de la apertura de investigación formal (artículos 322 y 331, respectivamente, de la

¹⁴⁹ Fue en la ley 600 de 2000, artículo 500, donde por primera vez se consagró esta figura.

¹⁵⁰ SALAZAR RESTREPO, Hernán Elías. «Actuación de agentes encubiertos». En: Apuntes en torno al sistema penal acusatorio colombiano. Defensoría del Pueblo, Medellín, Proyecto Cofinanciado por USAID-Instituto Ideas, S.F., pp. 78-82.

¹⁵¹ Ibid. p. 78. Se mencionan el Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, la SIJIN, la DIJIN y el Departamento Administrativo de Seguridad.

¹⁵² Ídem.

Ley 600 de 2000), y luego en la Resolución 0-0024 de enero 15 de 2002 de la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se expidió el Manual de Asistencia Judicial Mutua Nacional e Internacional que trata del empleo de técnicas como la del agente encubierto.¹⁵³ Actualmente, la Ley 906 de 2004 (nuevo Código de Procedimiento Penal) consagra de manera más amplia la figura del agente encubierto en su artículo 242, como medio de investigación, tanto en el plano nacional como para la cooperación internacional, además en sus artículos 241, 243 y 279 reguló otros aspectos de su actuación y de los resultados que se obtengan. En el debate parlamentario para la aprobación del artículo que hablaba del análisis e infiltración de una organización criminal con agentes encubiertos, se escucharon algunas voces de repudio a dichos métodos, como la del senador Carlos Gaviria Díaz, quien dijo: *Senadores, yo les rogaría una especial atención a la lectura de este artículo al que yo le doy suma trascendencia y voy a decirles porqué le doy suma trascendencia, este es un problema donde coliden, donde colisionan, el ánimo eficientista del Estado y me parece que la ética más elemental [...] [...] el Estado tiene que apelar a medios lícitos, hay un mal indicio, es una mala señal que el Estado para combatir a la criminalidad coloque los métodos que utilizan las bandas criminales [...]. [...] esto es sencillamente monstruoso, esto es estar copiando los métodos de las bandas criminales y trasponiéndolos al Estado en la lucha contra la criminalidad, esto es ni más ni menos que un eficientismo que no tiene ningún alma ética, que no tiene ninguna sustancia, que es puro pragmatismo, con tal de obtener un resultado no importan los medios, no nos podemos acostumbrar a eso, el Estado de derecho es justamente el que postula que no sólo los límites de Estado deben ser legítimos, los fines de Estado, sino los medios mediante los cuales se persiguen, esto implica obtener pruebas de manera ilegítima, imitar a los criminales que se infiltran en el Estado, entonces mientras más aterradoras son las conductas de las bandas criminales, más aterradoras tienen que ser las conductas del Estado en su política represiva, de manera que yo le solicitaría muy encarecidamente a los honorables Senadores que votáramos negativamente esta norma.*¹⁵⁴ No obstante estos válidos cuestionamientos, esta postura no fue mayoritaria en el seno del Congreso y se aprobó el art. 242 del CPP que señala: *Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos*

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 359. Acta Plenaria 50 del 9 de junio de 2004. Tomado de: http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gaceta/gaceta.mostrar_documento_p_tipo=02&p_numero=50&p_consec=9107.

razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados. Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física. Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239. En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos. En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, ésta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente. Es importante aclarar aquí que, de acuerdo con la consagración normativa del agente encubierto en esta disposición, que además se refiere al artículo 239, y la mención que se hace del mismo en los artículos 241 y 243, el agente encubierto puede ser empleado no sólo para entrar en contacto con un delincuente perteneciente o no a un grupo criminal,

sino también para infiltrar una organización criminal, realizar una entrega vigilada y llevar a cabo una vigilancia y seguimiento de personas.

Hasta ahora en Colombia se han dado pocos pronunciamientos expresos de las altas Cortes frente a la figura del agente encubierto, pues aunque se ha demandado varias veces el artículo 242 del CPP ante la Corte Constitucional, la misma se ha declarado inhibida para pronunciarse de fondo sobre los cargos de inconstitucionalidad en relación con esta disposición y, en particular, con la autorización a particulares para actuar como agentes encubiertos, por considerar que los argumentos de las demandas en ese aspecto no eran claros, específicos, pertinentes y suficientes.¹⁵⁵ Teniéndose entonces sólo un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual no admitió una demanda de casación penal de la defensa y consideró, entre otras cosas, que un informante que declaró en juicio contra el acusado nunca había actuado como agente encubierto en la etapa de investigación, señalando frente a esta figura lo siguiente: *En nuestro medio, los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido.*¹⁵⁶

Se observa entonces que en Colombia todavía no existe una jurisprudencia reiterada sobre la figura del agente encubierto.

El agente encubierto y la prueba ilícita: Conforme al art. 279 del CPP, en principio el elemento material probatorio y la evidencia física recogidos por un agente encubierto, en desarrollo de una operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física. Ahora, debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva de varios autores, el sólo hecho

¹⁵⁵ Así ocurrió en las sentencias C-591 de 2005, C-1260 de 2005, C-606 de 2006 y C-543 de 2008.

¹⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de febrero de 2008, proceso No. 28888, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Disponible en: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc).

de introducir un agente encubierto en una investigación puede vulnerar seriamente caros derechos fundamentales no sólo del investigado sino incluso de terceros, y por lo mismo tanto la información que recoja como los elementos materiales probatorios y evidencia física, pueden estar basados en el desconocimiento de las garantías de protección de dichos derechos. Doctrinalmente, se entiende por prueba ilícita aquella que es contraria a la dignidad humana, que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales¹⁵⁷. La Carta Magna colombiana, haciendo especial referencia al proceso penal, establece de manera expresa en el art. 29 que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Así, dicha prueba está afectada por una anomalía de tal índole que no nace a la vida jurídica ni tiene ninguna fuerza incriminatoria, lo cual puede suceder porque en la obtención de la prueba se desconocieron derechos fundamentales del procesado o se ignoraron las formalidades esenciales requeridas para la producción de la prueba.¹⁵⁸ También que el art. 23 del CPP establece la regla de exclusión de la actuación procesal para la prueba obtenida con violación de garantías fundamentales y el art. 232 en los casos de registros y allanamientos para lo obtenido con violación de los requisitos legales, al igual que el art. 230 para todos los medios de prueba en general. No obstante, en el art. 455 del CPP se establecen 4 excepciones a la regla de exclusión: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley.

Responsabilidad penal del agente encubierto: Ante el interrogante de qué responsabilidad penal le cabe al agente encubierto cuando, infiltrado dentro de la organización delictiva, se ve precisado a cometer un delito, algunos responden que, en principio, debe ser eximido de sanción penal, sea porque actuó en cumplimiento de un deber, en ejercicio de una orden legítima de autoridad competente, en el legítimo ejercicio de un cargo o por un estado de necesidad¹⁵⁹.

Otros por el contrario, sostienen que: El legislador no puede eximir de pena a sus funcionarios, en razón de equiparar arbitrariamente bienes jurídicos de diferente valor,

¹⁵⁷ 119. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. «Prueba ilícita y regla de exclusión». En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, S.F., pp. 312-313.

¹⁵⁸ Ibid., p. 358.

¹⁵⁹ ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., p. 320. En sentido similar, MONTOYA, Mario Daniel. Op. cit., pp. 38-43.

como sucede al valorar del mismo modo el éxito de una investigación criminal y la propiedad, la intimidad, la autoridad legítima del mismo estado o el riesgo previsible para la vida de una persona. Si se entiende que el legislador puede operar de esta manera, no quedaría derecho alguno tutelado ni garantizado, pues su garantía dependería del valor que quisiera asignarle cada estado, subordinándolo a la eficacia de sus agencias policiales, que operarían como valor supremo¹⁶⁰. Ahora, si bien en ningún artículo del CPP existe un límite al agente encubierto frente a la posibilidad de cometer delitos (como participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal, realizar transacciones ilícitas con el investigado, etc.), siempre se ha entendido en la doctrina y la jurisprudencia de otros países¹⁶¹ que llevan más tiempo empleando la figura, que el agente encubierto al infiltrarse dentro de una organización criminal entra a ser parte de la misma y, por lo tanto, tendrá muchas veces que comportarse como tal desarrollando, como autor o partícipe, actividades delictivas propias del grupo para no generar sospechas y cumplir con su misión, ante lo cual es necesario establecerle unos límites.

Por lo anterior, en la mayoría de los países que emplean esta técnica se ha decidido eximir de responsabilidad penal al agente por aquellos delitos a los que se vea compelido para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, garantizar su seguridad y la de la operación, siempre que su participación resulte ineludiblemente necesaria, racional y proporcionada¹⁶². Aunque se considera que todo exceso, extralimitación o infracción de la ley debe examinarse caso por caso, se ha pensado que resulta conveniente eximir de responsabilidad al agente encubierto, bien sea aplicando por cuestiones de política criminal una excusa absolutoria, la cual consiste en una causa personal que excluye la aplicación de la pena de carácter netamente individual y considerando la conducta típica, antijurídica y culpable, pero sin aplicarle pena, o una causa de justificación por la cual la conducta será típica, pero no antijurídica¹⁶³.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. «Impunidad del agente encubierto...» Op. cit., p. 11.

¹⁶¹ Para el caso de Argentina puede verse: RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

¹⁶² En sentido similar, ARCINIEGAS MARTÍNEZ, Guillermo Augusto. Op. cit., pp. 319-320; y DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. cit., p. 308.

¹⁶³ RENDO, Ángel Daniel. Op. cit.

En todo caso, se subordina la aplicación de la exención de responsabilidad penal a que el delito se cometa como consecuencia directa de la actuación encubierta,

9.1.4. MÉXICO

País que alcanzó desarrollo importante de la criminalidad organizada debido a la presencia de los carteles dedicados tráfico ilícito de drogas.

En cuanto a la legislación mexicana respecto a la criminalización de la revelación indebida de identidad del agente encubierto, no existe implementación de una norma específica que criminalice esta conducta; sin embargo encontramos en su articulado del Código Penal Federal, en su Título Noveno, capítulos I y II la tipificación y criminalización de las conductas de Revelación de Secretos y acceso ilícito a equipos de informática; esto concretamente en los artículos 210, 211, 211Bis, 211Bis 1 y 211Bis2.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento de la técnica especial del Agente Encubierto, este país, implementó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO), el cual contempla en su artículo 11, la técnica de la infiltración de agentes. No define la figura del agente infiltrado, sólo establece los supuestos de procedencia, entre los que destaca que sólo procederá en las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere la ley, a lo que se entiende que son los contemplados en el artículo 2: delincuencia organizada; delitos contra la salud (narcotráfico); terrorismo; acopio y tráfico de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero); falsificación y alteración de moneda; tráfico de menores, indocumentados y órganos; corrupción, pornografía y turismo sexual de menores o de personas que no tienen la capacidad de resistir el hecho; trata de personas; secuestro, robo de vehículos y asalto.

"Artículo 11.- En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes. En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos".

Requisitos o presupuestos que se exigen para la procedencia de la medida: La LFCDO no prevé expresamente los requisitos para la infiltración; se deducen del texto del artículo 11: que se trate de la investigación de la delincuencia organizada en los términos previstos en el artículo 2 de la LFCDO, que describe como comportamientos penalmente relevante el organizarse con la finalidad de realizar o realizar conductas que por sí o unidas a otras tengan como propósito cometer los delitos siguientes: Contra la salud en materia de narcóticos previstos en los artículos (narcotráfico), terrorismo (tanto el nacional como el internacional) y su financiamiento, tráfico y acopio de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de activos), alteración y falsificación de moneda, tráfico de órganos, tráfico de indocumentados, trata de personas, secuestro, tráfico de menores, lenocinio, pornografía y turismo sexual de menores de edad o de personas que no tengan capacidad de comprensión o que no tengan capacidad para evitar el hecho y robo de vehículos.

En el Acuerdo de autorización de la infiltración, se toma en cuenta el perfil del agente infiltrado, por lo que entre otros requisitos se consideran que el agente de la Policía Federal de Investigación, que se designe tenga aprobadas las evaluaciones de control de confianza, así como del desempeño; ello tomando en cuenta la trascendencia de la medida, el peligro que corre el agente, el tipo de delitos que se investigan, que la investigación deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación de la delincuencia organizada.

Órgano competente para autorizar esta medida: A diferencia de otras legislaciones, en donde se contempla que la autoridad que autoriza el empleo del Agente Encubierto puede ser el Juez competente o el Fiscal, en el Estado Federal Mexicano, el Órgano que autoriza esta medida es el Procurador General de la República .

9.1.5. JURISPRUDENCIA EN DIVERSAS LEGISLACIONES:

A continuación se detallará algunos pronunciamientos que los altos tribunales de otros países han hecho en relación con la figura del agente encubierto, para tratar de mirar el grado de aceptación que ha tenido la misma por parte de los jueces en los ordenamientos jurídicos de Estados con régimen democrático.

a) Chile: En la sentencia del 31 de octubre de 2001 de la Corte Suprema, rol N° 801-01, se dijo que el agente encubierto era una institución loable y útil en la lucha contra el crimen organizado, y que no debía confundirse con la figura del «agente inductor o provocador», que no estaba permitida por la ley; entonces, en la medida en que el agente encubierto no indujera a la comisión de un delito no incurría en ninguna infracción de tipo penal desde el punto de vista general. Y en la sentencia del 2 de diciembre de 2003 de la Corte de Apelaciones de Arica, se dijo que el agente encubierto en los hechos investigados sólo podía tener una participación de colaboración para identificar a los partícipes o recoger las pruebas que sirvieran de base en el proceso, pero que no podía llegar al extremo de incitar o instigar la comisión de un ilícito, en términos tales que pasara a convertirse en el verdadero delincuente.

b) Argentina: En la sentencia del 11 de diciembre de 1990, caso «Fiscal v. Fernández, Víctor H.», la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que: El empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es en sí mismo contrario a garantías constitucionales...». Las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son: a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho. b) Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese instigado o creado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente. [...] *La Corte no considera que se ha violado la garantía de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un agente encubierto. Ello, siempre que el agente se mantenga «dentro del Estado de Derecho», y siempre que no sea el mismo Estado el que «crea» el delito en la mente del imputado. Pero si éste está predispuesto a cometer el delito, de manera que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que le otorga el acusado, entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal [...] «...el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o de hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ello...».* Por último, [...] *existen ciertos delitos, tales como el tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando «los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos*

en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar». Y el 15 de mayo de 1996, la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A, en la sentencia con causa N° 94.702 expresaría que si el agente desempeña el rol de provocador y ejecutor total o parcial del delito, la conducta del Estado desplegada a través de sus organismos perdería el sustento ético saliéndose de los límites a los que debía ceñirse y lo adquirido en dicha forma tiene origen ilegítimo, debiendo aplicarse la regla de exclusión probatoria.

c) España: En la sentencia del 3 de noviembre de 1993 del Tribunal Supremo, se dijo que la provocación de la transgresión penal por un agente estatal era un medio de prueba no conforme a los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, la interdicción de la arbitrariedad y la dignidad de la persona, pero que cuando el agente encubierto al instigar al hecho delictivo realmente perseguía y descubría una conducta criminal anterior, realizaba una actuación de investigación propia del cometido de la Policía Judicial, pero por ser una injerencia en la vida privada del sospechoso, debería estar prevista en la ley de forma restringida a delitos especialmente graves. Luego, en la sentencia del 1 de julio de 1994, el Tribunal Supremo señaló que la intervención en una trama delictiva por un agente policial con la simple finalidad y alcance de investigar un delito que ya se está cometiendo o se ha cometido, era una actividad con fines de investigación legítima, contrario a la inducción engañosa, obra de un agente provocador, que es incompatible con los principios propios de un Estado de Derecho.

Respecto al problema del valor de las declaraciones que rinda el agente encubierto, el Tribunal Supremo en la sentencia del 5 de junio de 1999 se pronunció diciendo que la falta de autorización judicial del fiscal para el empleo del agente encubierto no impedía valorar como prueba las declaraciones que prestara. Por último, en la sentencia del 23 de enero de 2001, el Tribunal Supremo señaló que debía distinguirse la provocación del agente incitador, de la actividad legal encauzada al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, pues en este caso los agentes no buscaban la comisión del delito, sino que procuraban la obtención de pruebas en relación con una actividad delictiva que ya se estaba desarrollando, pero de la que solamente se tenían sospechas.

d) Estados Unidos: La Corte Suprema de Justicia, en el caso «Sorrells vs. United States», reconoció la defensa de entrampamiento, ya que era el gobierno a través de uno de sus

agentes el que había implantado el designio criminal en la mente de una persona inocente, para predisponerla a cometer el delito y lograr su condena. Luego, en 1973 en el caso «United States vs. Rusell», la Corte Suprema confirmó una absolución al señalar que el gobierno a través de agentes encubiertos no podía permitirse instigar la comisión de delitos para lograr condenas. En 1976, en el caso «Hampton vs. United States», la Corte señalaría que el debido proceso no fue violado por el hecho de emplear a un agente encubierto que le suministró contrabando de heroína a un sospechoso, quien luego la vendió a otro agente encubierto, pues a pesar del comportamiento de la policía existía un delincuente predispuesto. Y más adelante, en 1992 en el caso « Jacobson vs. United States», la Corte afirmaría que el agente encubierto era una táctica para hacer cumplir la ley, ante la problemática de resolver algunos crímenes, pero que la predisposición de una persona a delinquir debía estar presente antes de que los agentes del gobierno entraran en contacto con ella, y no en un tiempo posterior, pues en este caso el delito sería provocado por el mismo gobierno, al no tener la supuesta predisposición un origen independiente y distinto del propio esfuerzo que los agentes venían dirigiendo hacia el imputado.

e) Alemania: El Tribunal Supremo, en sentencia del 15 de abril de 1980, consideró ajustado a derecho que, actuando como agente provocador, un funcionario policial convenciera de participar en el tráfico de heroína a quien consideraba un pequeño narcotraficante de hachís, para después apresararlo en el momento de la entrega de la mercancía. Igualmente, el 6 de febrero de 1981, el Tribunal Supremo aceptaría las conductas policiales por las cuales un infiltrado, como agente provocador, indujo a un individuo de buena reputación, pero con problemas económicos, a entrar en un negocio de heroína. Y dicha condena sería luego confirmada por el Tribunal Constitucional que no encontró ninguna violación de derechos.

9.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL PERÚ.

Respecto a la existencia de algún antecedente a la criminalización del delito de revelación indebida de identidad en nuestra legislación Peruana no existen antecedentes legislativos.

9.2.1. EL ARTÍCULO 409-B DEL CÓDIGO PENAL.

La política criminal del Estado plasmada en la normatividad penal, está orientada a penalizar todos aquellos comportamientos que resulten lesivos a un bien jurídico

merecedor de tutela penal; cerrando espacios de impunidad, concatenado con los fines preventivos generales de la pena.

Como bien es sabido pocos son los procedimientos judiciales, sobre todo penales que llegan a un buen puerto, pues se estancan en la etapa de juzgamiento, en la medida que los testigos o peritos no acuden a prestar su testimonio o informen lo cual obedece a las amenazas, chantajes y extorsiones de que son objeto si es que prestan su declaración; máxime en organizaciones delictivas, mafias o cárteles de la droga; todo ello impide que el acusador acredite con suficiente solvencia su teoría del caso generándose injustas absoluciones.

El Código Procesal Penal en su Libro Segundo Título V, ha previsto las denominadas medidas de protección a peritos, testigos y víctimas; con la finalidad de permitir que el proceso penal pueda alcanzar sus fines esenciales, con ello la eficacia de las instituciones procesales; configurar un procedimiento seguro para los bienes jurídicos de las partes; y, asegurar la fiabilidad de las prueba delictivas. Es imprescindible prestar esta clase de protección; toda vez que los integrantes de estas organizaciones delictivas no dudaran de hacer hasta lo imposible para callar a estas que pueden resultar contundentes para la acreditación de su participación delictiva.

9.2.2. DESCRIPCIÓN TÍPICA.

Artículo 409-B.- *“El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor a seis años.*

Cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1,2 y 4.¹⁶⁴”.

9.2.3. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Tal y como se puede advertir, el artículo 409-B del Código Penal está ubicado en el Título XVIII del Código Penal, dentro de las figuras delictivas que atentan en contra de la Administración de Justicia propiamente dicha.

¹⁶⁴ Víctor Prado Saldarriaga y Pablo Sánchez Velarde - Código Penal, Tercera Edición, Pág. 294.

La Administración de Justicia importa pues un servicio que el Estado brinda a la población, una prestación esencial para la vigencia y respeto de los derechos subjetivos contenidos y consagrados en la normativa Constitucional; la judicatura a través de sus decisiones crea, modifica y extingue relaciones jurídicas, sea entre los ciudadanos y el Estado o entre propios ciudadanos.

En definitiva el bien jurídico común a los delitos incluidos en el Título XVIII del Código Penal Peruano dentro de los cuales se encuentra el delito de Revelación Indebida de Identidad, no es otro que el correcto desempeño de las distintas actividades públicas, desde la perspectiva de una administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios Constitucionales que ordenan su funcionamiento.

El bien jurídico tutelado de manera específica por este tipo penal siguiendo la línea de la doctrina argentina, es por un lado, la actuación del agente encubierto dentro de la organización delictiva, en la cual se infiltra, y por otro, su protección cuando se hayan adoptado respecto de éste medidas de protección.

9.2.4. TIPICIDAD OBJETIVA

- **SUJETO ACTIVO.-** En principio ha de establecerse que el legislador Peruano el realizar la descripción típica de la conducta delictiva del delito de revelación indebida lo hace de manera amplia; por tanto, conforme a tal descripción típica no cabe duda que agente del delito puede ser cualquier persona, la redacción normativa de éste primer párrafo no exige cualidad especial alguna para ser autor del delito de revelación indebida a efectos penales.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 409-B del Código Penal prevé en forma de agravante cualidades especiales que sólo lo poseen determinadas personas; entre los cuales podemos encontrar a los funcionarios o servidores públicos.

Funcionario Público, es aquella persona que presta sus servicios al Estado, por nombramiento o voluntad popular, que tiene poder de decisión respecto del cargo que legítimamente desempeña.

Servidor público es toda aquella persona que realiza actividades laborales para el Estado, pero no expresa la voluntad del Estado, es un agente sin mando que brinda al Estado sus

conocimientos y técnicas profesionales, para tareas o misiones de integración y facilitación de las actividades que desempeñan los funcionarios públicos. En definitiva un servidor público no ejerce función pública y se halla en relación de subordinación respecto a los funcionarios públicos.

Por tanto, puede ser sujeto activo del delito de revelación indebida de identidad el funcionario o servidor público que por el ejercicio de su cargo tiene acceso a información confidencial, dentro de los cuales tenemos a personal policial, Fiscales, Jueces y Procuradores Públicos.

SUJETO PASIVO.-

En principio, al estar ubicado el delito de revelación indebida de identidad dentro de los delitos cometidos contra la Administración de Justicia, viene a ocupar la categoría de sujeto pasivo el propio Estado como titular de toda actividad judicial, pudiéndose identificar también sujetos pasivos inmediatos, estando en esta categoría, el colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, quienes voluntariamente y por disposición de las autoridades pertinentes conozcan información relevante respecto de la estructura, organización y características de las organizaciones criminales dedicadas a actividades ilícitas.

- MODALIDAD DEL INJUSTO.- La hipótesis del injusto, contemplado en este artículo, es de “revelar indebidamente la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, o información que permita su identificación”.

“**Revelar**” implica develar, poner en evidencia, una determinada información, exteriorizar un dato ante la opinión pública; aquí el desvalor del injusto radica en que el agente pone al descubierto la verdadera identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, a través de su propalación ante los medios de comunicación social.

Puede ocurrir en caso en que algunos abogados, ante un afán de desmedido protagonismo, no duden en develar información confidencial, que han accedido en mérito a su patrocinio ilegal, en determinada causa o investigación penal; así también algunos periodistas, que en la búsqueda de la noticia y del ansiado rating, revelan la identidad de colaboradores

eficaces, poniendo en riesgo no solo la buena marcha del procedimiento penal especial, sino también la integridad física del colaborador eficaz, en cuanto a las posibles represalias de que puede ser objeto, por parte de los sujetos interesados.

Ahora bien la revelación de identidad del sujeto procesal debe ser “indebida”; elemento normativo del tipo, que resulta en este caso necesario, para fijar la frontera entre aquellas conductas constitutivas de relevancia jurídico-penal; pues es sabido, que en algunas oportunidades, resulta necesario revelar la identidad de los órganos de prueba, a fin de materializar los fines procesales, como sería el derecho que tiene el sindicado del colaborador, para contradecir los argumentos propuestos por aquel, en el marco del contra-examen. No se puede ejecutar cabalmente dicha técnica de litigación oral, si previamente el abogado no concede la identidad del testigo (colaborador, agente encubierto); máxime si el contrainterrogatorio, tiene por objeto también, desacreditar a la persona del testigo.

9.2.5. LA TIPICIDAD SUBJETIVA.

El tipo subjetivo del injusto viene informado por el dolo del agente; que implica la conciencia y voluntad de realización; el autor dirige su conducta, a revelar indebidamente la identidad del testigo, colaborador, agraviado, perito o agente encubierto, sin tener que verificarse una finalidad ulterior (elemento subjetivo de naturaleza trascendente).

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo legal; es decir, ha de cubrir el elemento indebido, por lo que si de forma errónea, piensa que la revelación es legal, podrá admitirse un error de tipo.

Aparte del dolo no se exige la presencia de un elemento de naturaleza trascendente, en tanto el propósito sea de revelar indebidamente la identidad del colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial¹⁶⁵

9.2.6. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.

La modalidad del injusto de revelación indebida se perfecciona de forma instantánea, es decir desde el momento en que el agente divulga ante un tercero no autorizado la

¹⁶⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión. Revisada y actualizada. Tomo VI. Editorial Idemsa. Lima, Junio 2011. Pág. 317.

identidad del testigo, agraviado, colaborador, agente encubierto o perito; no se necesita para la consumación de éste ilícito penal la producción de resultado alguno, de que se obstruya el normal desarrollo del procedimiento o de que se amenace o coaccione al testigo; si ello sucede puede darse un concurso delictivo, siempre que en este caso, se llegue a obstaculizar o impedir que el testigo preste su declaración testimonial.

9.2.7. LA PENALIDAD.

La penalidad por la realización típica de acciones descritas en el artículo 409-B del Código Penal, va desde cuatro años a seis años.

Sin embargo, como se puede advertirse la construcción típica del artículo 409-B del Código Penal, tiene también una circunstancia de agravación, descrita de la siguiente forma: *“cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información”*, trae una penalidad no menor de cinco años ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1,2 y 4.

Tal magnitud de la respuesta sancionadora del Estado, es de verse en el grado de reproche personal (culpabilidad), definido por la naturaleza de los deberes infringidos; pues como ya se indicó, precisamente son los policías, los fiscales, los jueces y los procuradores públicos, quienes manejan ésta información, es decir, tienen acceso a tal información, cuya primera obligación es de mantener en reserva, de no ser develado al público.

Entonces son las propias competencias inherentes al cargo, que permiten al agente, acceder a esta información (identidad del testigo, perito, agraviado, colaborador eficaz y agente encubierto o agente especial), por lo que en prevalimiento de su actuación funcional es que ejecutan la modalidad típica.

9.2.8. TRATAMIENTO DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA EN LEGISLACIÓN PERUANA Y LEGISLACIÓN COMPARADA.

- Argentina.

El artículo 31° de la Ley 237837 incorporado por la Ley 24-424 establece que “El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o

imputado protegido, será reprimido con prisión de 2 a 6 años multa, de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua”.

Asimismo se establece que el funcionario o empleado público que por su imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado, con prisión de 1 a 4 años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de 3 a 10 años.

Por su parte, el Artículo 409-B del Código Penal Peruano establece que “El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor a seis años.

Cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36° inciso 1,2 y 4”.

En principio a de establecerse que en cuanto a la categoría de sujeto activo del delito de revelación indebida la legislación Argentina otorga a los sujetos agentes cualidades especiales; toda vez que sólo pueden ser sujetos activos del delito los funcionarios o empleados públicos; escenario que no ocurre en nuestro sistema nacional, por cuanto en principio puede ser sujeto activo del delito de revelación indebida de identidad cualquier persona, no requiriéndose cualidades especiales; y, sólo como circunstancia agravante se ha previsto que puede ser autor del injusto el funcionario o servidor público.

Una segunda diferencia lo vendría a conformar el tipo subjetivo del injusto penal; toda vez que, en virtud a lo establecido por la Legislación Argentina se puede cometer el delito de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos de manera dolosa o culposa, estableciéndose diferencias entre estas dos modalidades las cuales están referidas a la penalidad; sin embargo ello no ocurre en nuestro sistema penal, por cuanto el legislador sólo ha previsto la comisión del delito de revelación indebida de identidad a título de dolo, es decir el sujeto agente conoce que está revelando indebidamente la identidad de personas que están siendo protegidas. No prevé la modalidad culposa.

CAPITULO X:

10.- PROCESAMIENTO, ANALISIS DE INFORMACIÓN Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

10.1. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

¿Es eficaz la criminalización del delito de revelación indebida de identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales para la prevención y control de la criminalidad organizada, en el delito de tráfico ilícito de drogas, a partir de la vigencia del artículo 409-B del Código Penal?

- Sí es eficaz, porque se protege la integridad física de los agentes encubiertos y agentes especiales, criminalizando las conductas de los agentes que revelan indebidamente la identidad de los agentes encubiertos y agentes especiales quienes tienen la difícil misión de identificar a los autores de delitos, el modus operandi de las organizaciones criminales, el destino de la mercadería ilícita; labor que lo realizan en estricta reserva y confidencialidad.
- Sí es eficaz, por cuanto si no existen conductas típicas de revelación indebida de identidad de agentes encubiertos y agentes especiales; significa que dichos agentes han cumplido con su misión, la de identificar a los integrantes de la organización delictiva de tráfico ilícito de drogas, cualquiera sea el rango que posean, el modus operandi, el origen y destino de las mercancías ilícitas, teniendo como consecuencia de tales actuaciones la prevención y control de la criminalidad organizada, por cuanto las autoridades competentes mediante la colaboración de estos agentes encubiertos y agentes especiales, cuentan con información suficiente, para proceder contra los miembros de la organización delictiva de Tráfico ilícito de drogas.
- Sí es eficaz, porque en función a lo establecido por los instrumentos internacionales contra el crimen organizado, (Convención de Viena, Convención de Palermo y la Decisión Marco de la Unión Europea), quienes recomendaron a los países que firmaron y ratificaron dichos tratados, dentro de los cuales se encuentra nuestro país, incluyan en función a los principios y de acuerdo a la normatividad penal existente, los denominados procedimientos especiales de protección para los agentes encubiertos y agentes especiales, a fin de que con la participación activa de los mismos, se pueda prevenir y controlar la criminalidad organizada.

- Sí es eficaz, por cuanto al criminalizar las conductas de revelación indebida de identidad, se les está brindando a tales personas tutela penal, protegiendo su integridad física de éstos y de su familia, otorgándoles el cambio de identidad y hasta una segunda identidad.

10.2.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN - PROPUESTAS MODIFICATORIAS DEL ARTÍCULO 409-B DEL CÓDIGO PENAL.

En principio cabe precisar que el artículo 409-B del Código Penal, se encuentra ubicado en el título XVIII, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

Entiéndase por administración de justicia a toda aquella que abarca la función jurisdiccional, donde se toman lugar una serie de actuaciones funcionariales, las que plasmadas en resoluciones judiciales y dictámenes despliegan efectos jurídicos vinculantes para los ciudadanos.

La administración de justicia importa por lo tanto, un servicio que el Estado brinda a la población, para la vigencia y respeto de los derechos subjetivos, contenidos y consagrados en la normativa constitucional.

Ha quedado establecido que el colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, agente encubierto o agente especial, proporcionan información referida a la estructura, funcionamiento, integrantes, modus operandi de la organización criminal, a las autoridades competentes, a fin de que estas últimas procedan contra tales organizaciones criminales en el marco de un proceso penal.

Por ello, al revelarse indebidamente la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado o perito protegido, **agente encubierto o agente especial**, se impide que las autoridades competentes que actúan combatiendo a las organizaciones delictivas de tráfico ilícito de drogas cuenten con tal información; obstaculizando las actuaciones jurisdiccionales, en las distintas etapas del proceso penal. En definitiva se afecta al proceso penal en sí.

Por tanto, la ubicación de este tipo penal, obedece a una técnica legislativa correcta.

Ahora bien, de la lectura del Artículo 409-B se puede advertir que el legislador sólo ha contemplado como la realización de la conducta delictiva a título de dolo; obviando la modalidad culposa que sí está contemplada en otras legislaciones como la Legislación Argentina; por lo que de acuerdo a lo desarrollado y a los fines de la presente investigación, es pertinente manifestar que una construcción dogmática primigenia sería adicionar al articulado la modalidad culposa; toda vez que puede ocurrir que por negligencia, imprudencia o impericia, personas que posean tal información, revelen la identidad de agentes encubiertos o agentes especiales, sin conocer que tal identidad era confidencial o en otras circunstancias lo realicen sin la intención de ocasionar un daño a la persona protegida.

Por otro lado de la descripción típica del delito de revelación indebida se puede observar, que el legislador lo realiza de una manera muy amplia, cuando indica **“el que”**, dando a entender que este delito lo podría cometer cualquier persona y ello no resulta un tanto idóneo, por cuanto tal información es confidencial y sólo lo pueden conocer personas que diariamente estén ligadas a la realización de actividades destinadas a prevenir y controlar la delincuencia organizada; por lo que se debería suprimir tal encabezado debiéndose prescribir que podrá cometer tal injusto penal en principio el Fiscal, El Director General de la Policía Nacional del Perú, trabajadores de la Secretaria de la Fiscalía de la Nación, así como el Juez o trabajadores que dependan de estos funcionarios y que por las labores que realizan tengan acceso a dicha información, en este contexto, se podría restringir el término **“el que”**, por los términos **“El funcionario o servidor público”**.

Aunado a ello, se precisa que existe la necesidad de que la nueva identidad de los agentes encubiertos o agentes especiales no sea revelada una vez que el proceso penal ha concluido; por cuanto se corre el riesgo que personas que han sido condenadas en el marco de un proceso penal a raíz de la información que proporcionó el agente encubierto o el agente especial, tomen represalias contra éstos y su familia, desde el lugar en donde hayan sido reclusos, pues como bien se conoce, estas organizaciones delictivas

básicamente las de tráfico ilícito de drogas se caracterizan por utilizar violentas acciones de venganza.

CONCLUSIONES.

- El avance de la criminalidad organizada en nuestro país, ha obligado al Estado, implementar medidas para una eficaz lucha, una de ellas y objeto de la presente investigación, ha sido criminalizar la conducta de revelación indebida de identidad en su modalidad dolosa, tal y como se detalla en el artículo 409-B del Código Penal, incorporado en el catálogo de delitos, mediante el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982, del 22 de julio de 2007.
- La tipificación de la conducta de revelación indebida de identidad es eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada y coloca a la legislación peruana junto con la Argentina a la vanguardia de las políticas criminales implementadas para una frontal lucha contra la criminalidad organizada que es un flagelo para la sociedad.

RECOMENDACIONES

- Su inclusión y tratamiento en el Código Penal Peruano solo como modalidad dolosa, manifiesta la necesidad de incluir una tipificación de la modalidad culposa, teniendo en cuenta que dada la enorme cantidad de información que se maneja en el ámbito de los entes públicos involucrados, podría revelarse información de manera casual, situación que debe reglamentarse a efectos de evitar vacíos en la tipificación de las conductas, por ende existirían conductas que quedarían impunes.
- Además, resulta necesaria una propuesta modificatoria al artículo 409B, en el sentido de que no se criminalice la conducta de cualquier persona, sino tan solo del funcionario o servidor público, ya que finalmente son estos los que se encuentran directamente involucrados en estas técnicas especiales de investigación y son ellos los sujetos que podrían incurrir en la comisión del ilícito de revelación indebida de identidad. Ello teniendo como ejemplo la legislación argentina en donde se criminaliza solamente la conducta del funcionario o servidor público, dentro de este contexto se dotaría de mayor sentido a la norma, contando con una disposición más restrictiva y acorde con las tendencias reales actuales.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

1. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Instrumentos Jurídicos contra el Crimen Organizado. Consejo de la Judicatura Federal. Poder Judicial de la Federación.* Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. varios N 72. Primera Reimpresión. México. 1997.
2. ANGEL MARC y MARX, YVONNE. *Les Codes Peanus Europeens, Centre Francais De Droit Comparé, T.I-IV*, Paris 2000.
3. ARLACCHI, PINO: *Buscetta, la mafia par l'un des siens. París: Edition du Felin, 1994.*
4. BERDAL, Mats y Mónica SERRANO (compiladores). *Crimen Transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad. Fondo de Cultura Económica.* México. 2005.
5. CACERES J. Roberto E. Iparraguirre N. Ronald D. *Código Procesal Penal Comentado.* Edición Actualizada Jurista Editores. Lima Perú. Mayo 2007
6. CARBANELL MATEU, Juan Carlos. *Consideraciones en torno al Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, y en la Problemática de Droga en España.* EDERSA. Madrid 1986. P. 344 y 345.
7. CASTILLO ALVA, José. *Principios del Derecho Penal.* Gaceta Jurídica. Primer Reimpresión. Lima 2004.
8. COBO DEL ROSAL, Manuel. *Reformas Penales en el Mundo de hoy.* Madrid, 1984.
9. CÓDIGO PENAL, Jurista Editores. Edición Actualizada, Lima, junio 2017.
10. COHEN, Alfred. *Delinquent boys: the cultere of the gang* (1º Edición. Glencoe 1955) *Abweichung und KONTROLLE*, Munchen 1968; JHAMES F.SHORT/ ALBERT K.COHEN, *Zur Erforsechung delinquenter subkulturen*, en: F.SAC/R. KOHENING, *Kriminalsoziologi*, Frankfurt a. M. 1974.
11. CONDE - PUMPIDO GARCÍA, Paloma, *El Agente Encubierto en la Legislación Española*, ponencia pp. 1-20.
12. CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General.* Austrea, Buenos Aires, 1988.

13. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen Organizado- Delitos más frecuentes. Aspectos Criminológicos y Penales*. Habana, Ciudad México, Granada. 2006.
14. DELMAS MARTY, Mireille. *Modelos Actuales de Política Criminal*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989.
15. DECHENE, H. *Verwahrosung und delinquenz. Profileiner Kriminal psychologie*, Munchen 1975; B. Muss, *Gestorte Sozialisation, Psychoanalytische Grundalgenthera puesticher Heimerziehung*, Segunda Edición, Munchen 1975.
16. DELGADO GARCÍA, María Dolores: “El Agente encubierto: Técnicas de Investigación Problemática y Legislación Comparada” en AA.VV: *La Criminalidad Organizada ente la Justicia*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.
17. E. H.SUTHERLAND, *Principles of criminologi* (primera edición philadelfia 1924); *Principes de Criminologie*, Paris 1966, *White collar crime*, New York- Chicago, 1961.
18. EDWARDS, Carlos Enrique. *El Arrepentido, El Agente Encubierto y la Entrega Vigilada*. Editorial. Ad Hoc. República de Argentina, Primera Edición. Buenos Aires, 1996.
19. FERRI, Enrrico. *Sociología criminal*, prólogo de GONZALES DE ALVA, Primitivo, traducción de SOTO Y HERNÁNDEZ, Antonio. Madrid, T. I-II. 1908.
20. F. Alexander/ H. ESTRAUS. *Der Verbrecher und/ sein Ritcher. Ein Psychanslistischer en Einblich in die welf den paragraphen*, Viena, 1929, M Jena Piajet Psychologie et Epistemologie, Pour une Theorie de la connainsanse, Paris 1970; Jean Pinatel “Criminologie et Psychanayse”, en: *Revue Francaise de Pychonalaise*, 1954, N° 2.
21. FLORENTINI, Gianluca y SAN PELTZMAN, *Theecomics of organized crime*. Cambridge. University Press. 1995.
22. FRANCO FERRACUTI E FRANCESCO BRUNO. *La Criminalita Organizzata Prospectiva Criminológica, Enforme di Organizzazione Criminale e Terrorismo. Trattato di Criminología, Medicina Criminológica e Psichiatria Forense*. Tomo IX. Giuffre Ed. Milano, 1988.
23. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aldino; RABANAL PALACIOS, Willam y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, explicativos y Críticos*. Jurista Editores. E.I.R.L. Lima 2010.
24. GARLAND David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Primera Edición. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona, 2005.
25. GRANADOS PÉREZ, Carlos. *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Consejo General del

- Poder Judicial. C/ Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid- LerkoPrint, S.A. Madrid, 2011.
26. GRANADOS PÉREZ, Carlos. *La Criminalidad Organizada Aspectos Sustantivos Procesales y Orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001. Consejo General del Poder Judicial. C/ Marqués de la Ensenada, 8-28071 Madrid- LerkoPrint, S.A. cita a Herrero Herrero, C. Criminología, Parte General y Especial. Madrid, 2001.
 27. GUTIÉRREZ F. Carlos V. 1995. *Psicología Criminal*. Perú: Marsol Perú Editores S.A.1995.
 28. HARB, Benjamín Miguel. *Delincuencia Organizada en Derecho Penal*. Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera. Ediciones Jurídicas. Lima, 1991.
 29. HASSEMER, Winfried. *Fines de la Pena en el Derecho Penal de Orientación Científico- Social, en Derecho Penal y Ciencias Sociales*. U. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982.
 30. HUGO VIZCARDI, Silfredo. *Derecho Penal General-Fundamentos Generales Teoría de La Ley Penal*. Auspiciador: Pro Derecho- Instituto de Investigaciones Jurídicas Edición 2004.
 31. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3 Edición. Lima Perú. Editora Jurídica GRIJLEY. 2005.
 32. HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIGA, Víctor Roberto. *Manual de Derecho Penal- Parte General*. Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2011.
 33. LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquent studiato en rapporto all antropología, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, 1º ed., Milano, 1876.
 34. MARINO BARBERO, Santos. *La Droga en España, problemática social, jurídica y jurisprudencial, en la actualidad penal*, N° 38, 1988.
 35. MERTON, Robert K. *Social Teori and Social Estruture* (1º Edición New York 1949).
 36. MIR PUIG, Santiago. *Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva*, en Poder y Control N° 0, Madrid, 1986.
 37. MONTROYA, Mario Daniel. *Informantes y Técnicas de Investigación Encubiertas*, Ad Hoc. Buenos Aires, 1998.
 38. NEYRA FLORES, José. *Manual de Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. IDEMSA, Lima. 2010.
 39. OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Eliasta*. 27º Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. 2007.

40. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos Contra La Libertad e Intangibilidad Sexual*. Edit. Idemsa. Lima-Perú. Set. 2007.
41. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exegesis. Nuevo Código Procesal Penal. Segunda edición Tomo I. Editorial RODHAS. Lima, 2009.
42. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión. Revisada y actualizada. Tomo VI. Editorial Idemsa. Lima, Junio 2011.
43. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial. Reimpresión revisada y actualizada*. Tomo IV. Editorial IDEMSA. Lima Perú, 2010.
44. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. tomo IV. Ediciones Jurídicas. Lima 1995.
45. PEREIRA MONSALVE, Luis César. *Código Penal y Código de Procedimiento Penal actualizados*, Medellín, julio 1995.
46. PILLO, Antonio. *Tesis de grado. Maestría en criminología. 2004. Universidad de la habana Cuba*. No publicada.
47. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. GRILEY. Lima. 2008.
48. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de Activos y Financiación del terrorismo*. Grijley. Lima. 2007
49. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada*. IDEMSA. Lima. 2006.
50. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal y Política*. Eddili. Lima, 1990.
51. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Idemsa- Lima Perú. Primera Edición Julio - 2009.
52. RAMÍREZ ERAZO, Ramón. *Proyecto de Investigación. Cómo se hace una tesis*. Fondo Editorial AMADP. Lima, 1ra Edición. Abril 2010.
53. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Obras Completas*. Tomo III. Editorial Temis. S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1998.
54. RICHARDS, R. James. *Transnational Criminal Organisations, cybercrime, and Money Laundering*. CRC Press LLC.USA.1999.
55. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español*. Parte Especial. Novena edición. Artes gráficas carasa. Madrid, 1983.
56. SALAS BETETA, Christian. *El Proceso Penal Común*. Gaceta Jurídica. Primera Edición junio 2011. Lima Perú.
57. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda Edición Actualizada y Aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2009.

58. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Segunda edición. Editora Jurídica Grijley. 2009.
59. CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO. Acuerdo Plenario 008-2019/CIJ-116, *Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal*, Corte Suprema de Justicia de la República XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL, publicado el 10 de setiembre de 2019.SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Primera Edición IDEMSA. Lima- Perú. 2009.
60. SERRANO PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón, Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal. Gráfica Horizonte S.A. Lima 1999.
61. SHAW, James. *Derecho Internacional sobre el uso de Operaciones Encubiertas y Vigilancia Electrónica en la Lucha contra la Delincuencia Trasnacional Organizada, en Uso de Agentes Encubiertos y Vigilancia Electrónica en la Lucha Contra el Crimen Organizado y la Corrupción*. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito- OPCION. Lima, 2005.
62. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Psicología Criminal*. Décima Clasificación Internacional de Trastornos Mentales. Madrid 2005.
63. TACORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Edit. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia,1997.
64. VAN DUYNE, Petrus. *Organized Crime Corruption and Power*, vol.26 de la Revista Crime, Law and Social Change,. Kluwer Academisc Publisher 2004.
65. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2006.
66. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires Argentina, 1991.
67. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina. 2001.
68. ZIPF HEINZ. Introducción a la Política Criminal. Edersa. Madrid, 1982.
69. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Política Criminal. Editorial Colex. Madrid. 2001.
70. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del Injusto Penal de Organización Criminal. Editorial Comares. Granda. Madrid 2009.
71. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad Organizada y Sistema de Derecho Penal*. Editorial Comares, Granada, 2009.

REVISTAS

1. TOCHE, Eduardo. “Represión no revierte la delincuencia”, entrevista publicada en el Diario La República, Lima, 17 de mayo de 1998.
2. DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. “Actos adoptados en aplicación del título V del Tratado de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo del 24 de octubre del 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada”. Octubre 2008.
3. MOSCOSO CALLO, Juana Luz. “Criminalidad Organizada, en Política Internacional”. *Revista de la Academia Diplomática del Perú* núm.47, 1997.
4. DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. “Actos Adoptados en Aplicación del Título V del Tratado de la Unión Europea. Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo del 24 de octubre del 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada”. 2008.
5. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “Sobrecriminalización”. Separata de la Conferencia Pronunciada en la Casona de San Marcos de Lima el 12 de noviembre del 2008.
6. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “La Política Criminal en la transición democrática”, publicado en la revista institucional N° 7 de la Academia de la Magistratura: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional 2008.
7. HASSEMER, Winfried. “*Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*”, en Nuevo Foro Penal N° 51, 1991.
8. BINDER, Alberto. “Justicia Penal y Sociedad Democrática, en Justicia y Derechos Humanos”. Materiales de lectura. CEAS, Lima, 1993, p.28 y 29.
9. BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Perspectivas y Desafíos de la Política Criminal en Latinoamérica”, en nuevo Foro Penal N° 55 1992.
10. PRIETO PALMA, César y GONZALES RUIZ, Samuel. “Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada”. Separata del Seminario Sobre la Lucha Contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CDROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito- Ofician Contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, agosto 2003.
11. CICIP- UNICRI. “Tipologías de Grupos de Delincuencia Organizada”. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima, Perú. 2003.
12. COHEM A.K. “The Concept of Criminal Organization”. The British Journal of Criminology. Vol. 17 april – 1977 N° 2.

PAGINAS WEB

1. www.psicologiacientifica.com/bv/psicologia-84-1-el-crimen-organizado.html. 14 de enero de 2017.
2. www.bibliojuridica.org/libros/1/213/11. *Enfoque Criminológico del Crimen Organizado*. MORENO GONZALES, Rafael. 30 de mayo 2017.
3. <https://diariocorreio.pe/lambayeque>, entrevista realizada al Fiscal Provincial de FECCOR LAMBAYEQUE, referido a la Criminalidad Organizada en Lambayeque, Chiclayo, 12 de mayo 2017.
4. WWW.FBI.GOV. 28 de marzo 2017.
5. MORENO GONZALES, Rafael. *Enfoque Criminológico del Crimen Organizado*. publicación en [www. Bibliojuridica.org/libros/1/213/11](http://www.bibliojuridica.org/libros/1/213/11). 30 de diciembre de 2016.
6. www.unodc.org/unodc/index.html. 14 de marzo 2017.
7. www.americanmafia.com.Formato HTLM. 17 de marzo de 2017.
8. <http://www.monografias.com/trabajos107/codigo-penal-republica-colombia/codigo-penal-republica-colombia14.shtml#ixzz4vJgHxVBe>. 24 de marzo de 2017
9. [http://winaricaurte.imprenta.govco:7778/gaceta/gaceta.mostrar_documento p_tipo=02&p_numero=50&p_consec=9107](http://winaricaurte.imprenta.govco:7778/gaceta/gaceta.mostrar_documento_p_tipo=02&p_numero=50&p_consec=9107). 28 abril 2017
10. [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_\(13-02-08\).doc](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/juris_28888_(13-02-08).doc). 29 de abril 2017

ANEXOS

Copia de todas las fuentes de datos (documentos utilizados para extraer los datos para la matriz de datos).

- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas o Convención de Viena del 20 de diciembre de 1998.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional o Convención de Palermo del 12 al 15 diciembre del año 2000.
- Decisión Marco Europea del 24 de octubre del 2008.
- Código Penal de 1991.
- Código Procesal Penal del 2004
- Jurisprudencia Nacional e Internacional- Acuerdo Plenario 008-2019/CIJ-116 - 10 de setiembre de 2019.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y DE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (20 de diciembre de 1988)

Artículo 1 - Definiciones
Artículo 2 - Alcance de la presente convención
Artículo 3 - Delitos y sanciones
Artículo 4 - Competencia
Artículo 5 - Decomiso
Artículo 6 - Extradición
Artículo 7 - Asistencia judicial recíproca
Artículo 8 - Remisión de actuaciones penales
Artículo 9 - Otras formas de cooperación y capacitación
Artículo 10 - Cooperación y asistencia internacionales para los estados de tránsito
Artículo 11 - Entrega vigilada
Artículo 12 - Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas
Artículo 13 - Materiales y equipos
Artículo 14 - Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas
Artículo 15 - Transportistas comerciales
Artículo 16 - Documentos comerciales y etiquetas en las exportaciones
Artículo 17 - Tráfico ilícito por mar
Artículo 18 - Zonas y puertos francos
Artículo 19 - Utilización de los servicios postales
Artículo 20 - Información que deben suministrar las partes
Artículo 21 - Funciones de la comisión
Artículo 22 - Funciones de la junta
Artículo 23 - Informes de la junta
Artículo 24 - Aplicación de medidas de fiscalización más estrictas que las establecidas por la presente convención
Artículo 25 - Efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales
Artículo 26 - Firma
Artículo 27 - Ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal
Artículo 28 - Adhesión
Artículo 29 - Entrada en vigor
Artículo 30 - Denuncia
Artículo 31 - Enmiendas
Artículo 32 - Solución de controversias
Artículo 33 - Textos auténticos
Artículo 34 - Depositario

Artículo 1 – Definiciones

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

Por “adornidera” se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L.

Por “ar busto de coca” se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*.

Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Por “Comisión” se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Por “Consejo” se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Por “Convención de 1961” se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

Por “Convención de 1961 en su forma enmendada” se entiende la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

Por “Convenio de 1971” se entiende el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Por “Cuadro I” y “Cuadro II” se entiende la lista de sustancias que con esa numeración se anexa a la presente Convención, enmendada oportunamente de conformidad con el artículo 12.

Por “decomiso”, se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.

Por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente.

Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas lícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II, anexos a la presente convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención.

Por “Estado de tránsito” se entiende el Estado a través de cuyo territorio se hacen pasar estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, de carácter ilícito, y que no es el punto de procedencia ni el de destino definitivo de esas sustancias.

Por “estupefaciente” se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada.

Por “Junta” se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes establecida por la Convención de 1961 y por esa Convención en su forma enmendada;

Por “planta de cannabis” se entiende toda planta del género Cannabis.

Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa e indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3.

Por “Secretario General” se entiende el Secretario General de las Naciones Unidas.

Por “sustancia sicotrópica” se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio de 1971.

Por “tráfico ilícito” se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención.

Por “transportista comercial” se entiende una persona o una entidad pública, privada o de otro tipo dedicada al transporte de personas, bienes o correo a título oneroso.

Artículo 2 - Alcance de la presente convención

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. 2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

Artículo 3 - Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente;

a) - i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en trámite, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

- ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.

- iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i).

- iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines.

- v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv).

b) -i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

- ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de que un acto de participación en tal delito o delitos.

c) Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.

- i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

- ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines.

- iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

- iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

2. Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometen intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

a) Cada una de las partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso.

b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social.

c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento.

d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o del castigo por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicho castigo, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.

5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales Competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como:

a) la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte.

b) la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

c) la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.

e) el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.

- f) la victimización o utilización de menores de edad.
- g) el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.
- h) una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.
6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conforme a su derecho interno relativos al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas destinadas a hacer cumplir la ley respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.
7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.
8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.
9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en el territorio de dicha Parte comparezca en el proceso penal correspondiente.
10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.
11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados, con arreglo a lo previsto en ese derecho.

Artículo 4 - Competencia

1. Cada una de las Partes:
- a) adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:
- i) cuando el delito se cometa en su territorio;
- ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito. Podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3: i) cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. ii) cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo. iii) cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.
2. Cada una de las Partes:
- a) adoptará también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra basándose en que: i) el delito se ha cometido en su territorio o a bordo de una nave que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada con arreglo a su legislación en el momento de cometerse el delito: o ii) el delito ha sido cometido por un nacional suyo;
- b) podrá adoptar también las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y dicha Parte deniegue su extradición a otra.
3. La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su derecho interno.

Artículo 5 - Decomiso

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
- a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.
- b) de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y los equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.
2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.
3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a Ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.
- a) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo: - i) Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento; o - ii) Presentará ante sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en la medida solicitada, el mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, en lo que se refiera al producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 que se encuentren en el territorio de la Parte requerida.
- b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente en un delito tipificado según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, la Parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso a) del presente párrafo, por la Parte requerida.
- c) Las decisiones o medidas previstas en los incisos a) y b) del presente párrafo serán adoptadas por la Parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus disposiciones, y de conformidad con sus reglas de procedimiento o los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que haya concertado con la Parte requirente. d) Será aplicable mutatis mutandis lo dispuesto en los párrafos 6 a 19 del artículo 7. Además de la información enumerada en el párrafo 10 del artículo 7, las solicitudes formuladas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente: - i) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado i) del inciso a) del presente párrafo, una descripción de los bienes por decomisar y una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente que sea suficiente para que la Parte requerida pueda tramitar el mandamiento con arreglo a su derecho interno. - ii) en el caso de una solicitud correspondiente al apartado ii) del inciso a), una copia admisible en derecho de un mandamiento de decomiso expedido por la Parte requirente que sirva de fundamento a la solicitud, una exposición de los hechos e información sobre el alcance de la solicitud de ejecución del mandamiento. - iii) en el caso de una solicitud correspondiente al inciso b), una exposición de los hechos en que se funde la Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.
- e) Cada una de las Partes proporcionará al Secretario General el texto de cualesquiera de sus leyes y reglamentos por los que haya dado aplicación al presente párrafo, así como el texto de cualquier cambio ulterior que se efectúe en dichas leyes y reglamentos.
- f) Si una de las Partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los incisos a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha Parte considerará la presente Convención como base convencional necesaria y suficiente.
- g) Las Partes procurarán concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo.
- a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 o 4 del presente artículo, dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.
- b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de: - i) aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dichos productos y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de

dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. - ii) repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

6.

a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

- i) el producto. - ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

- iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto.

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él.

Artículo 6 - Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si una Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra Parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las Partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente Convención como base jurídica para la extradición considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria.

4. Las Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición.

6. Al examinar las solicitudes recibidas de conformidad con el presente artículo, el Estado requerido podrá negarse a darles cumplimiento cuando existan motivos de peso que induzcan a sus autoridades judiciales u otras autoridades competentes a presumir que su cumplimiento facilitaría el procesamiento o el castigo de una persona, por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas o que se ocasionarían perjuicios por alguna de estas razones a alguna persona afectada por la solicitud.

7. Las Partes se esforzarán por agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

8. Con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, la Parte requerida podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud de la Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

9. Sin perjuicio del ejercicio de cualquier competencia penal establecida de conformidad con su derecho interno, la Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente deberá,

a) si no la extradita por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, por los motivos enunciados en el inciso a) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que se haya acordado otra cosa con la Parte requirente.

b) si no lo extradita por un delito de ese tipo y se ha declarado competente en relación con ese delito de conformidad con el inciso b) del párrafo 2 del artículo 4, presentar el caso ante sus autoridades competentes para enjuiciarlo, salvo que la Parte requirente se oponga a efectos de salvaguardar su competencia.

10. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de la solicitud es nacional de la Parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legislación, previa solicitud de la Parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la Parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar.

11. Las Partes procurarán concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

12. Las Partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a los que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir sus condenas en su país.

Artículo 7 - Asistencia judicial recíproca 1. Las Partes se prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. La asistencia judicial recíproca que ha de prestarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines:

a) recibir testimonios o tomar declaración a personas.

b) comunicar documentos judiciales.

c) efectuar inspecciones e incautaciones.

d) examinar objetos y lugares.

e) facilitar información y elementos de prueba.

f) entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial.

g) identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

3. Las Partes podrán prestarse cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida.

4. Las Partes, si así se les solicita y en la medida compatible con su derecho y práctica internos, facilitarán o alentarán presentación o disponibilidad de personas, incluso de detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o en intervenir en las actuaciones.

5. Las Partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones derivadas de otros tratados bilaterales o multilaterales, vigentes o futuros, que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca en asuntos penales.

7. Los párrafos 8 a 19 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al mismo, siempre que no medie entre las Partes interesadas un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando las Partes estén vinculadas por un tratado de esta índole, se aplicarán las normas correspondientes de dicho tratado, salvo que las Partes convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 8 a 19 del presente artículo.

8. Las Partes designarán una autoridad, o cuando sea necesario varias autoridades, con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca o transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Se notificará al Secretario General la autoridad o autoridades que hayan sido designadas para este fin.

Las autoridades designadas por las Partes serán las encargadas de transmitir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente; la presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de las Partes a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando las Partes lo acuerden, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser ello posible.

9. Las solicitudes deberán presentarse por escrito en un idioma aceptable para la Parte requerida. Se notificará al Secretario General el idioma o idiomas que sean aceptables para cada una de las Partes. En situaciones de urgencia, y cuando las Partes lo acuerden, se podrán hacer las solicitudes verbalmente, debiendo ser seguidamente confirmadas por escrito.

10. En las solicitudes de asistencia judicial recíproca deberá figurar lo siguiente:

a) la identidad de la autoridad que haga la solicitud.

b) el objeto y la índole de la investigación, del proceso o de las actuaciones a que se refiera la solicitud, y el nombre y funciones de la autoridad que esté efectuando dicha investigación, dicho procesamiento o dichas actuaciones.

c) un resumen de los datos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes para la presentación de documentos judiciales.

d) una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que la Parte requirente desee que se aplique.

e) cuando sea posible, la identidad y la nacionalidad de toda persona involucrada y el lugar en que se encuentre.

f) la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

11. La Parte requerida podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

12. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida y, en la medida en que no se contravenga la legislación de dicha Parte y siempre que ello sea posible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

13. La Parte requirente no comunicará ni utilizará, sin previo consentimiento de la Parte requerida, la información o las pruebas proporcionadas por la Parte requerida para otras investigaciones, procesos o actuaciones distintas de las indicadas en la solicitud.

14. La Parte requirente podrá exigir que la Parte requerida mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si la Parte requerida no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato a la Parte requirente.

15. La asistencia judicial recíproca solicitada podrá ser denegada:

a) cuando la solicitud no se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo.

b) cuando la Parte requerida considera que el cumplimiento de lo solicitado pudiera menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales.

c) cuando el derecho interno de la Parte requerida prohíba a sus autoridades acceder a una solicitud formulada en relación con un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigación, procesamiento o actuaciones en el ejercicio de su propia competencia.

d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico de la Parte requerida en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

16. Las denegaciones de asistencia judicial recíproca serán motivadas.

17. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por la Parte requerida si perturbase el curso de una investigación, un proceso o unas actuaciones. En tal caso, la Parte requerida deberá consultar con la Parte requirente para determinar si es aún posible prestar la asistencia en la forma y en las condiciones que la primera estime necesarias.

18. El testigo, perito u otra persona que consienta en deponer en juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio de la Parte requirente, no será objeto de procesamiento, detención o castigo, ni de ningún tipo de restricción de su libertad personal en dicho territorio por actos, omisiones o por declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio de la Parte requerida.

Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido durante 15 días consecutivos, o durante el periodo acordado por las Partes, después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante, permanezca voluntariamente en el territorio o regrese espontáneamente a él después de haberlo abandonado.

19. Los gastos ordinarios que ocasione la ejecución de una solicitud serán sufragados por la Parte requerida salvo que las Partes interesadas hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin, gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, las Partes se consultarán para determinar los términos y condiciones en que se haya de dar cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

20. Cuando sea necesario, las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, den efecto a sus disposiciones o las refuercen.

Artículo 8 - Remisión de actuaciones penales

Las Partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia.

Artículo 9 - Otras formas de cooperación y capacitación

1. Las Partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Deberán, en particular, sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales:

a) establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, incluso, siempre que las Partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas.

b) cooperar en la realización de indagaciones, con respecto a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de carácter internacional, acerca de: - i) la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. - ii) el movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos. - iii) el movimiento de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II de la presente Convención e instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos.

c) cuando sea oportuno y siempre que no contravenga a lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación.

d) proporcionar, cuando corresponda, las cantidades necesarias de sustancias para su análisis o investigación.

e) facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos y servicios competentes y promover el intercambio de personal y de otros expertos, incluso destacando funcionarios de enlace.

2. Cada una de las Partes, en la medida necesaria, iniciará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su personal de detección y represión o de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. En particular, estos programas se referirán a:

a) los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

b) las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, en particular en los Estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización.

c) la vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancia sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II.

d) la detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, y de los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II, y de los instrumentos que se utilicen o se pretenda utiliza en la comisión de dichos delitos.

e) los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación o el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes e instrumentos.

f) el acopio de pruebas.

g) las técnicas de fiscalización en zonas y puertos francos.

h) las técnicas modernas de detección y represión.

3. Las Partes se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación en caminos a intercambiar conocimientos en las esferas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo y, a ese fin, deberán también, cuando proceda, recurrir a conferencias y seminarios regionales e internacionales a fin de promover la cooperación y estimular el examen de los problemas de interés común, incluidos en particular los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

Artículo 10 - Cooperación y asistencia internacionales para los estados de tránsito

1. Las Partes cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo que necesiten de tales asistencia y apoyo, en la medida de lo posible, mediante programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícito y otras actividades conexas.

2. Las Partes podrán convenir, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, en proporcionar asistencia financiera a dichos Estados de tránsito con el fin de incrementar y fortalecer la infraestructura que necesitan para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito.

3. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo y podrán tomar en consideración la posibilidad de concertar arreglos financieros a ese respecto.

Artículo 11 - Entrega vigilada

1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.

3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan.

Artículo 12 - Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas

1. Las Partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y cooperarán entre ellas con este fin.

2. Si una de las Partes o la Junta posee datos que, a su juicio, puedan requerir la inclusión de una sustancia en el Cuadro I o en el Cuadro II, lo notificarán al Secretario General y le facilitarán los datos en que se base la notificación. El procedimiento descrito en los párrafos 2 a 7 del presente artículo también será aplicable cuando una de las Partes o la Junta posean información que justifique suprimir una sustancia del Cuadro I o del Cuadro II o trasladar una sustancia de un Cuadro a otro.

3. El Secretario General comunicará esa notificación y los datos que considere pertinentes a las Partes, a la Comisión y, cuando la notificación proceda de alguna de las Partes, a la Junta. Las Partes comunicarán al Secretario General sus observaciones acerca de la notificación y toda la información complementaria que pueda serle útil a la Junta para elaborar un dictamen y a la Comisión para adoptar una decisión.

4. Si la Junta, teniendo en cuenta la magnitud, importancia y diversidad del uso lícito de esa sustancia, y la posibilidad y facilidad del empleo de otras sustancias tanto para la utilización lícita como para la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas, comprueba:

a) que la sustancia se emplea con frecuencia en la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica.

b) que el volumen y la magnitud de la fabricación ilícita de un estupefaciente o de una sustancia sicotrópica crean graves problemas sanitarios o sociales, que justifican la adopción de medidas en el plano internacional. Comunicará a la Comisión un dictamen sobre la sustancia, en el que se señale el efecto que tendría su incorporación al Cuadro I o al Cuadro II tanto sobre su uso lícito como sobre su fabricación ilícita, junto con recomendaciones de las medidas de vigilancia que, en su caso, sean adecuadas a la luz de ese dictamen.

5. La Comisión, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por las Partes y las observaciones y recomendaciones de la Junta, cuyo dictamen será determinante en cuanto a los aspectos científicos, y tomando también debidamente en consideración otros factores pertinentes, podrá decidir por una mayoría de dos tercios de sus miembros, incorporar una sustancia al Cuadro I o al Cuadro II.

6. Toda decisión que tome la Comisión de conformidad con el presente artículo será notificada por el Secretario General a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o puedan llegar a serlo, y a la Junta. Tal decisión surtirá pleno efecto respecto de cada una de las Partes a los 180 días de la fecha de la notificación.

7.

a) Las decisiones de la Comisión adoptadas con arreglo al presente artículo estarán sujetas a revisión por el Consejo, cuando así lo solicite cualquiera de las Partes dentro de un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de la notificación de la decisión. La solicitud de revisión será presentada al Secretario General junto con toda la información pertinente en que se base dicha solicitud de revisión.

b) El Secretario General transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información pertinente a la Comisión, a la Junta y a todas las Partes invitándolas a presentar sus observaciones dentro del plazo de 90 días. Todas las observaciones que se reciban se comunicarán al Consejo para que éste las examine.

c) El Consejo podrá confirmar o revocar la decisión de la Comisión. La notificación de la decisión del Consejo se transmitirá a todos los Estados y otras entidades que sean Partes en la presente Convención o que puedan llegar a serlo, a la Comisión y a la Junta.

8.

a) Sin perjuicio de las disposiciones de carácter general del párrafo 1 del presente artículo y de lo dispuesto en la Convención de 1961 en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971, las Partes

tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los Cuadros I y II que se realicen dentro de su territorio.

b) Con este fin las Partes podrán:

- i) controlar a todas las personas y empresas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias.

- ii) controlar bajo licencia el establecimiento y los locales en que se realicen las mencionadas fabricación o distribución.

- iii) exigir que los licenciarios obtengan la autorización para realizar las mencionadas operaciones.

- iv) impedir la acumulación en posesión de fabricantes y distribuidores de cantidades de esas sustancias que excedan de las que requieran el desempeño normal de las actividades comerciales y las condiciones prevalecientes en el mercado.

9. Cada una de las Partes adoptará, con respecto a las sustancias que figuren en el Cuadro I y en el Cuadro II las siguientes medidas:

a) establecer y mantener un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II, a fin de facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas. Esos sistemas de vigilancia deberán aplicarse en estrecha cooperación con los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas, que deberán informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y operaciones sospechosos.

b) disponer la incautación de cualquier sustancia que figure en el Cuadro I o en el Cuadro II si hay pruebas suficientes de que se ha de utilizar para la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

c) notificar, lo antes posible, a las autoridades y servicios competentes de las Partes interesadas si hay razones para presumir que la importación, la exportación o el tránsito de una sustancia que figura en el Cuadro I o en el Cuadro II se destina a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, facilitando en particular información sobre los medios de pago y cualesquiera otros elementos esenciales en los que se funde esa presunción.

d) exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas. Los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán contener los nombres tal como figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II de las sustancias que se importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario.

e) velar por que los documentos mencionados en el inciso d) sean conservados durante dos años por lo menos y puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes.

10.

a) Además de lo dispuesto en el párrafo 9, y a petición de la Parte interesada dirigida al Secretario General, cada una de las Partes de cuyo territorio se vaya a exportar una de las sustancias que figuran en el Cuadro I velará por que, antes de la exportación, sus autoridades competentes proporcionen la siguiente información a las autoridades competentes del país importador:

- i) el nombre y la dirección del exportador y del importador y, cuando sea posible, del consignatario.

- ii) el nombre de la sustancia que figura en el Cuadro I.

- iii) la cantidad de la sustancia que se ha de exportar.

- iv) el punto de entrada y la fecha de envío previstos.

- v) toda otra información que acuerden mutuamente las Partes.

b) Las Partes podrán adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en el presente párrafo si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias.

11. Cuando una de las Partes facilite información a otra Parte con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 9 y 10 del presente artículo, la Parte que facilita tal información podrá exigir que la Parte que la reciba respete el carácter confidencial de los secretos industriales, empresariales, comerciales o profesionales o de los procesos industriales que contenga.

12. Cada una de las Partes presentará anualmente a la Junta, en la forma y de la manera que ésta disponga y en los formularios que ésta suministre, información sobre:

a) las cantidades incautadas de sustancias que figuran en el Cuadro I y en el Cuadro II y, cuando se conozca, su origen.

b) cualquier sustancia que no figure en el Cuadro I o en el Cuadro II, pero de la que se sepa que se emplea en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas y que, a juicio de esa Parte, sea considerada lo bastante importante para ser señalada a la atención de la Junta.

c) los métodos de desviación y de fabricación ilícita.

13. La Junta informará anualmente a la Comisión sobre la aplicación del presente artículo y la Comisión examinará periódicamente la adecuación y pertinencia de los Cuadros I y II.

14. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a los preparados farmacéuticos, ni a otros preparados que contengan sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II y que estén compuestos de forma tal que esas sustancias no puedan emplearse o recuperarse fácilmente por medios de sencilla aplicación.

Artículo 13 - Materiales y equipos

Las Partes adoptarán las medidas que consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y cooperarán a este fin.

Artículo 14 - Medidas para erradicar el cultivo ilícito de plantas de las que se extraen estupefacientes y para eliminar la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

1. Cualquier medida adoptada para la aplicación de la presente Convención por las Partes no será menos estricta que las normas aplicables a la erradicación del cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias sicotrópicas y a la eliminación de la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas conforme a lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971.

2. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como para erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.

3.

a) Las Partes podrán cooperar para aumentar la eficacia de los esfuerzos de erradicación. Tal cooperación podrá comprender, entre otras cosas, el apoyo, cuando proceda, al desarrollo rural integrado tendiente a ofrecer soluciones sustitutivas del cultivo ilícito que sean económicamente viables. Factores como el acceso a los mercados, la disponibilidad de recursos y las condiciones socioeconómicas imperantes deberán ser tomados en cuenta antes de que estos programas hayan sido puestos en marcha. Las Partes podrán llegar a acuerdos sobre cualesquiera otras medidas adecuadas de cooperación.

b) Las Partes facilitarán también el intercambio de información científica y técnica y la realización de investigaciones relativas a la erradicación.

c) Cuando tengan fronteras comunes, las Partes tratarán de cooperar en programas de erradicación en sus respectivas zonas situadas a lo largo de dichas fronteras.

4. Las Partes adoptarán medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas con miras a reducir el sufrimiento humano y acabar con los incentivos financieros del tráfico ilícito. Estas medidas podrán basarse, entre otras cosas, en las recomendaciones de las Naciones Unidas, los organismos especializados de las Naciones Unidas, tales como la Organización Mundial de la Salud, y otras organizaciones internacionales competentes, y en el Plan Amplio y Multidisciplinario aprobado por la Conferencia Internacional sobre el Uso Indevido y el Tráfico Ilícito de Drogas celebrada en 1987, en la medida en que éste se relacione con los esfuerzos de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y de entidades privadas en las esferas de la prevención, del tratamiento y de la rehabilitación. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

5. Las Partes podrán asimismo adoptar las medidas necesarias para que los estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II que se hayan incautado o decomisado sean destruidas prontamente o se disponga de ellas de acuerdo con la ley y para que las cantidades necesarias debidamente certificadas de esas sustancias sean admisibles a efectos probatorios.

Artículo 15 - Transportistas comerciales

1. Las Partes adoptarán medidas adecuadas a fin de garantizar que los medios de transporte utilizados por los transportistas comerciales no lo sean para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3; entre esas medidas podrá figurar la concertación de arreglos especiales con los transportistas comerciales.

2. Cada una de las Partes exigirá a los transportistas comerciales que tomen precauciones razonables a fin de impedir que sus medios de transporte sean utilizados para cometer delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3. Entre esas precauciones podrán figurar las siguientes:

a) Cuando el establecimiento principal del transportista comercial se encuentre en el territorio de dicha Parte:

- i) la capacitación del personal para descubrir personas o remesas sospechosas; - ii) el estímulo de la integridad moral del personal.

b) Cuando el transportista comercial desarrolla actividades en el territorio de dicha Parte:

- i) la presentación por adelantado, cuando sea posible, de los manifiestos de carga;

- ii) la utilización en los contenedores de sellos inviolables y verificables individualmente;

- iii) la denuncia a las autoridades competentes, en la primera ocasión, de cualquier circunstancia sospecha que pueda estar relacionada con la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

3. Cada una de las Partes procurará garantizar que los transportistas comerciales y las autoridades competentes de los lugares de entrada y salida, y demás zonas de control aduanero, cooperen a fin de impedir el acceso no autorizado a los medios de transporte y a la carga, así como en la aplicación de las medidas de seguridad adecuadas.

Artículo 16 - Documentos comerciales y etiquetas en las exportaciones

1. Cada una de las Partes exigirá que las exportaciones lícitas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas estén debidamente documentadas.

Además de los requisitos de documentación previstos en el artículo 31 de la Convención de 1961, en el artículo 31 de la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el artículo 12 del Convenio de 1971, en los documentos comerciales, tales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y otros documentos relativos al envío, deberán indicarse los nombres de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas que se exporten, tal como figuren en las Listas correspondientes de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971, así como la cantidad exportada y el nombre y la dirección del exportador, del importador y, cuando sea posible, del consignatario.

2. Cada una de las Partes exigirá que las remesas de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no vayan incorrectamente etiquetadas.

Artículo 17 - Tráfico ilícito por mar

1. Las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho marítimo internacional.

2. Toda Parte, que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan.

3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o que lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizado para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave.

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a.

a) abordar la nave.

b) inspeccionar la nave.

c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las Partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado.

6. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con sus obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo, someter su autorización a condiciones que serán convenidas con la Parte que sea el Estado requirente, sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad.

A los efectos de los párrafos 3 y 4 de presente artículo, las Partes responderán con celeridad a las solicitudes de otras Partes de que se averigüe si una nave que esté enarbolando su pabellón está autorizada a hacerlo, así como a las solicitudes de autorización que se presenten a tenor de lo previsto en el párrafo 3.

Cada Estado, en el momento de entrar a ser Parte en la presente Convención, designará una o, en caso necesario, varias autoridades para que se encarguen de recibir dichas solicitudes y de responder a ellas. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todas las demás Partes, antes de que transcurra un mes de la designación.

8. La Parte que haya adoptado cualquiera de las medidas previstas en el presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón de los resultados de esa medida.

9. Las Partes considerarán la posibilidad de concertar acuerdos o arreglos bilaterales y regionales para llevar a la práctica las disposiciones del presente artículo o hacerlas más eficaces.

10. Las medidas que se adopten en cumplimiento del párrafo 4 del presente artículo serán sólo aplicadas por buques de guerra o aeronaves militares, u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno que hayan sido autorizadas a tal fin.

11. Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no injerirse en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho marítimo internacional, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.

Artículo 18 - Zonas y puertos francos

1. Las Partes, a fin de eliminar, en las zonas y puertos francos, el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II adoptarán medidas no menos estrictas que las que apliquen en otras partes de su territorio.

2. Las Partes procuraran:

a) vigilar el movimiento de bienes y personas en las zonas y puertos francos, a cuyo fin facultarán a las autoridades competentes a inspeccionar las cargas y las naves a su llegada y partida, incluidas las embarcaciones de recreo y los barcos pesqueros, así como las aeronaves y los vehículos y, cuando proceda, a registrar a los miembros de la tripulación y los pasajeros, así como los equipajes respectivos.

b) establecer y mantener un sistema para descubrir los envíos sospechosos de contener estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II que entren en dichas zonas o salgan de ellas.

c) establecer y mantener sistemas de vigilancia en las zonas del puerto y de los muelles, en los aeropuertos y en los puntos de control fronterizo de las zonas y puertos francos.

Artículo 19 - Utilización de los servicios postales

1. Las Partes, de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud de las Convenciones de la Unión Postal Universal, y de acuerdo con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, adoptarán medidas a fin de suprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito y cooperarán con ese propósito.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo comprenderán, en particular:

a) medidas coordinadas y orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito;

b) la introducción y el mantenimiento, por el personal de detección y represión competente, de técnicas de investigación y de control encaminadas a detectar los envíos postales con remesas ilícitas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y sustancias que figuran en los Cuadros I y II;

c) medidas legislativas que permitan utilizar los medios adecuados a fin de alegar las pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales.

Artículo 20 - Información que deben suministrar las partes

1. - Las Partes suministrarán, por mediación del Secretario General, información a la Comisión sobre el funcionamiento de la presente Convención en sus territorios, y en particular:

a) el texto de las leyes y reglamentos que promulguen para dar efecto a la Convención;

b) los pormenores de casos de tráfico ilícito dentro de su jurisdicción que estimen importantes por las nuevas tendencias que revelan, las cantidades de que se trata, las fuentes de procedencia de las sustancias o los métodos utilizados por las personas que se dedican al tráfico ilícito.

2.- Las Partes facilitarán dicha información del modo y en la fecha que solicite la Comisión.

Artículo 21 - Funciones de la comisión

La Comisión tendrá autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la presente Convención, y en particular:

a) la Comisión examinará, el funcionamiento de la presente Convención, sobre la base de la información presentada por las Partes de conformidad con el artículo 20.

b) la Comisión podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de la información recibida de las Partes.

c) la Comisión podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma.

d) la Comisión tomará las medidas que estime adecuadas sobre cualquier cuestión que le haya remitido la Junta de conformidad con el inciso b) del párrafo 1 del artículo 22.

e) la Comisión, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 12, podrá enmendar el Cuadro I y el Cuadro II.

f) la Comisión podrá señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones y recomendaciones que adopte en cumplimiento de la presente Convención, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Artículo 22 - Funciones de la junta

1.- Sin perjuicio de las funciones de la Comisión previstas en el artículo 21 y sin perjuicio de las funciones de la Junta y de la Comisión previstas en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971:

a) Si, sobre la base de su examen de la información a disposición de ella, del Secretario General o de la Comisión, o de la información comunicada por órganos de las Naciones Unidas, la Junta tiene motivos para creer que no se cumplen los objetivos de la presente Convención en asuntos de su competencia, la Junta podrá invitar a una o más Partes a suministrar toda información pertinente.

b) Con respecto a los artículos 12,13 y 16:

- i) Una vez cumplido el trámite señalado en el inciso a) del presente artículo, la Junta podrá, si lo juzga necesario, pedir a la Parte interesada que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 12,13 y 16.

- II) Antes de tomar ninguna medida conforme al apartado iii) infra, la Junta tratará confidencialmente sus comunicaciones con la Parte interesada conforme a los incisos anteriores.

- iii) Si la Junta considera que la Parte interesada no ha adoptado las medidas correctivas que se le han pedido conforme a este inciso, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. Cualquier informe que publique la Junta de conformidad con este inciso incluirá asimismo las opiniones de la Parte interesada si ésta así lo solicitare.

2. - Se invitará a toda Parte interesada a que esté representada en las reuniones de la Junta en las que se haya de examinar de conformidad con el presente artículo una cuestión que le afecte directamente.

3.- Si, en algún caso, una decisión de la Junta que se adopte de conformidad con el presente artículo no fuese unánime, se dejará constancia de las opiniones de la minoría.

4.- Las decisiones de la Junta de conformidad con el presente artículo se tomarán por mayoría de dos tercios del número total de miembros de la Junta.

5.- En el desempeño de sus funciones de conformidad con el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo, la Junta protegerá el carácter confidencial de toda información que llegue a su poder.

6.- La responsabilidad de la Junta en virtud del presente artículo no se aplicará al cumplimiento de tratados o acuerdos celebrados entre las Partes de conformidad con las disposiciones de la presente Convención.

7. - Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a las controversias entre las Partes a las que se refieren las disposiciones del artículo 32.

Artículo 23 - Informes de la junta

1.- La Junta preparará un informe anual sobre su labor en el que figure un análisis de la información de que disponga y, en los casos adecuados, una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular. La Junta podrá preparar los informes adicionales que considere necesarios. Los informes serán presentados al Consejo por conducto de la Comisión, la cual podrá hacer las observaciones que juzgue convenientes.

2.- Los informes de la Junta serán comunicados a las Partes y posteriormente publicados por el Secretario General. Las Partes permitirán la distribución sin restricciones de dichos informes.

Artículo 24 - Aplicación de medidas de fiscalización más estrictas que las establecidas por la presente convención

Una Parte podrá adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en la presente Convención si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para prevenir o eliminar el tráfico ilícito.

Artículo 25 - Efecto no derogatorio respecto de anteriores derechos y obligaciones convencionales

Las disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971.

Artículo 26 - Firma

La presente Convención estará abierta desde el 20 de diciembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989 en la oficina de las Naciones Unidas en Viena y, después, hasta el 20 de diciembre de 1989 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, a la firma:

a) de todos los Estados.

b) de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.

c) de las organizaciones regionales de integración económica que sean competentes para negociar, concertar y aplicar acuerdos internacionales sobre cuestiones reguladas en la presente Convención, siendo aplicables a dichas organizaciones dentro de los límites de su competencia las referencias que en la presente Convención se hagan a las Partes, los Estados o los servicios nacionales.

Artículo 27 - Ratificación, aceptación, aprobación o acto de confirmación formal

1. - La presente Convención está sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados y por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y a los actos de confirmación formal por las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación formal serán depositados ante el Secretario General.

2. - En sus instrumentos de confirmación formal, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Esas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 28 - Adhesión

1.- La presente Convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado, de Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, y de las organizaciones regionales de integración económica a las que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Secretario General.

2.- En sus instrumentos de adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Estas organizaciones comunicarán también al Secretario General cualquier modificación del alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención.

Artículo 29 - Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado ante el Secretario General el vigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por los Estados o por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.

2. Para cada Estado o para Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el vigésimo instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que tal Estado o Namibia haya depositado dicho instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.

3. Para cada organización regional de integración económica a la que se hace referencia en el inciso c) del artículo 26, que deposite un instrumento relativo a un acto de confirmación formal o un instrumento de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que se haya efectuado ese depósito, o en la fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme al párrafo 1 del presente artículo, si esta última es posterior.

Artículo 30 - Denuncia

1. Cada una de las Partes podrá en cualquier momento denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General.

2. La denuncia surtirá efecto para la Parte interesada un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

Artículo 31 - Enmiendas

1. Cualquiera de las Partes podrá proponer una enmienda a la presente Convención. Dicha Parte comunicará el texto de cualquier enmienda así propuesta y los motivos de la misma al Secretario General quien, a su vez, comunicará la enmienda propuesta a las demás Partes y les preguntará si la aceptan. En caso de que la propuesta de enmienda así distribuida no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los veinticuatro meses siguientes a su distribución, se considerará que la enmienda ha sido aceptada y entrará en vigor respecto de cada una de las Partes tras un período de noventa días, después de que esa Parte haya depositado ante el Secretario General un instrumento en el que exprese su consentimiento a quedar obligado por esa enmienda.

2. Cuando una propuesta de enmienda haya sido rechazada por alguna de las Partes, el Secretario General consultará con las Partes y, si la mayoría de ellas lo solicita, someterá la cuestión, junto con cualquier observación que haya sido formulada por las Partes, a la consideración del Consejo, el cual podrá decidir convocar una conferencia de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del Artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas. Las enmiendas que resulten de esa Conferencia serán incorporadas en un Protocolo de

Enmienda. Todo asentimiento a quedar vinculado por dicho Protocolo deberá ser notificado expresamente al Secretario General.

Artículo 32 - Solución de controversias

1. Si surge una controversia acerca de la interpretación o de la aplicación de la presente Convención entre dos o más Partes, éstas se consultarán con el fin de resolverla por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a organismos regionales, procedimiento judicial u otros recursos pacíficos que ellas elijan.

2. Cualquier controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo será sometida, a petición de cualquiera de los Estados Partes en la controversia, a la Corte Internacional de Justicia.

3. Si una de las organizaciones regionales de integración económica, a las que se hace referencia en el inciso c) del párrafo 26, es Parte en una controversia que no haya sido resuelta en la forma prescrita en el párrafo 1 del presente artículo, podrá, por conducto de un Estado Miembro de las Naciones Unidas, pedir al Consejo de las Naciones Unidas que solicite una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con el artículo 65 del Estatuto de la Corte, cuya opinión se considerará decisiva.

4. Todo Estado, en el momento de la firma o la ratificación, la aceptación o la aprobación de la presente Convención o de su adhesión a la misma, o toda organización regional de integración económica en el momento de la firma o el depósito de un acto de confirmación formal o de la adhesión, podrá declarar que no se considera obligado por los párrafos 2 y 3 del presente artículo. Las demás Partes no estarán obligadas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo ante ninguna Parte que haya hecho dicha declaración.

5. Toda Parte que haya hecho la declaración prevista en el párrafo 4 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento notificándolo al Secretario General.

Artículo 33 Textos auténticos

Los textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso de la presente Convención son igualmente auténticos.

Artículo 34. Depositario

El Secretario General será el depositario de la presente Convención.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, han firmado la presente Convención.

HECHA EN VIENA el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

**CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS**

NACIONES UNIDAS

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO

Nueva York, 2004

PRAFACIO

En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

Uno de los contrastes más marcados que existen en el mundo actual es el abismo entre lo civil y lo incivil. Cuando digo “lo civil” quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo “lo civil” también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad. Por el contrario, alineadas contra esas fuerzas constructivas, cada vez en mayor número y con armas más potentes, se encuentran las fuerzas de lo que denominó la “sociedad incivil”. Se trata de terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad.

Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles. La Declaración del Milenio, aprobada por los Jefes de Estado reunidos en las Naciones Unidas en septiembre de 2000, reafirmó los principios en que nos inspiramos y ha de servir para alentar a todos los que luchan en pro del imperio de la ley. En la Declaración se afirma que “los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia”.

En la Cumbre del Milenio los dirigentes de todo el mundo proclamaron que la liberación del temor y de la miseria era uno de los valores esenciales del siglo XXI. No obstante, en todo el mundo hay millones de personas a quienes todavía se niega el derecho a vivir con dignidad y liberados del temor y de la miseria. Se niega ese derecho al niño que trabaja bajo contrato de cumplimiento forzoso, sometido a explotación, al padre que tiene que dar soborno para conseguir atención médica para su hijo o hija, a la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa.

Considero que la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, para someterlos a trabajos forzados y a la explotación, incluida la explotación sexual, es una de las violaciones más atroces de los derechos humanos a que hacen frente las Naciones Unidas en la actualidad. Se trata de un fenómeno muy difundido que se agrava cada vez más. Tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que explotan los servicios que las víctimas están obligadas a prestar. El destino de esas personas más vulnerables es una afrenta para la dignidad humana y un grave problema para todo Estado, todo pueblo y toda comunidad. En consecuencia, insto a los Estados Miembros a que ratifiquen no solo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, sino también el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que puede operar una auténtica transformación en la lucha por eliminar ese comercio censurable de seres humanos.

Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña.

En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capacidad de los delinquentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades.

La firma de la Convención en Palermo en diciembre de 2000 marcó un hito en el fortalecimiento de nuestra lucha contra la delincuencia organizada.

Insto a todos los Estados a que ratifiquen la Convención y sus Protocolos cuanto antes y a que pongan en vigor esos instrumentos sin demora.

Kofi A. Annan

Secretario General

Índice Page

Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.....	1
Anexos	
I. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	5
II. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional.	43
III. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	55
Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001.	71
Anexo. Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	73

Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000 -Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Asamblea General, *Recordando* su resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998, en la que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de 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 de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar, *Recordando también* su resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999, en la que pidió al Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional que prosiguiera sus trabajos, de conformidad con las resoluciones 53/111 y 53/114, de 9 de diciembre de 1998, y que intensificara esa labor a fin de terminarla en el año 2000 *Recordando además* su resolución 54/129, de 17 de diciembre de 1999, en la que aceptó con reconocimiento el ofrecimiento del Gobierno de Italia de ser el anfitrión de una conferencia política de alto nivel en Palermo para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y sus protocolos, y pidió al Secretario General que programara la conferencia con una duración de una semana como máximo antes de que concluyera la Asamblea del Milenio en el año 2000, Expresando su reconocimiento al Gobierno de Polonia por haberle presentado en su quincuagésimo primer período de sesiones un primer proyecto de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y por haber acogido en Varsovia, del 2 al 6 de febrero de 1998, la reunión del grupo intergubernamental de expertos entre períodos de sesiones, y abierto, para elaborar un anteproyecto de convenio internacional amplio de lucha contra la delincuencia organizada transnacional, establecido de conformidad con la resolución 52/85, de 12 de diciembre de 1997, Expresando su reconocimiento al Gobierno de la Argentina por haber acogido la reunión preparatoria oficioso del Comité Especial, celebrada en Buenos Aires del 31 de agosto al 4 de septiembre de 1998, Expresando su reconocimiento al Gobierno de Tailandia por haber acogido

el Seminario Ministerial de Asia y el Pacífico sobre fortalecimiento de las capacidades para luchar contra la delincuencia organizada transnacional, celebrado en Bangkok los días 20 y 21 de marzo de 2000, Profundamente preocupada por las adversas repercusiones económicas y sociales derivadas de las actividades de la delincuencia organizada y convencida de la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente esas actividades en los planos nacional, regional e internacional, Observando con profunda preocupación los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo y teniendo presente la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, *Resuelta* a impedir que las personas involucradas en la delincuencia organizada transnacional hallen refugio propugnando que se las enjuicie dondequiera que cometan tales delitos y fomentando la cooperación a nivel internacional, Firmemente convencida 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 con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico

ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo,

1. *Toma nota* del informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional², el cual llevó a cabo su labor en Viena en la sede de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito y elogia al Comité Especial por la labor realizada;
2. *Aprueba* la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que figuran en el anexo de la presente resolución, y los declara abiertos a la firma en la conferencia política de alto nivel que se celebrará en Palermo (Italia) del 12 al 15 de diciembre de 2000 de conformidad con la resolución 54/129;
3. *Pide* al Secretario General que prepare un informe amplio sobre la conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención y sus protocolos que se celebrará en Palermo de conformidad con la resolución 54/129;
4. *Observa* que el Comité Especial no ha terminado todavía su labor sobre el proyecto de protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
5. *Pide* al Comité Especial que prosiga su labor en relación con ese proyecto de protocolo, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones 53/111, 53/114 y 54/126, y que termine esa labor lo antes posible;
6. *Exhorta* a todos los Estados a que reconozcan los vínculos existentes entre las actividades de la delincuencia organizada transnacional y los actos de terrorismo, teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de la Asamblea General, y a que apliquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional para combatir las actividades delictivas en todas sus formas, conforme a lo dispuesto en dicha Convención;
7. *Recomienda* que el Comité Especial establecido por la Asamblea General en su resolución 51/210, de 17 de diciembre de 1996, que ha iniciado sus deliberaciones con miras a elaborar un convenio general sobre el terrorismo internacional, de conformidad con la resolución 54/110, de 9 de diciembre de 1999, tome en consideración las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
8. *Insta* a todos los Estados y las organizaciones económicas regionales a que firmen y ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos lo antes posible a fin de no demorar su entrada en vigor;
9. *Decide* que, hasta que la Conferencia de las Partes en la Convención establecida con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional decida otra cosa, la cuenta a que se hace referencia en el artículo 30 de la Convención será administrada en el marco del Fondo de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la Justicia Penal, y alienta a los Estados Miembros a que empiecen a aportar contribuciones voluntarias adecuadas a la cuenta mencionada para prestar a los países en desarrollo y los países con economías en transición la asistencia técnica que puedan necesitar para la aplicación de la Convención y sus protocolos, incluidas las medidas preparatorias que sean necesarias para dicha aplicación;
10. *Decide* también que el Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional complete sus trabajos dimanantes de la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional mediante la celebración de una reunión con bastante antelación al primer período de sesiones de la Conferencia de las Partes en la Convención, a fin de preparar el proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y las normativas y mecanismos mencionados en el artículo 32 de la Convención, que se transmitirán a la Conferencia de las Partes en su primer período de sesiones para que los examine y adopte las medidas pertinentes;
11. *Pide* al Secretario General que designe al Centro de Prevención Internacional del Delito de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito como secretaría de la Conferencia de las Partes en la Convención, de conformidad con el artículo 33 de la Convención;
12. *Pide también* al Secretario General que dote al Centro de Prevención Internacional del Delito de los recursos necesarios para que pueda promover eficazmente la rápida entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y desempeñar las funciones de secretaría de la Conferencia de las Partes en la Convención y que preste apoyo al Comité Especial para el desempeño de su labor mencionada en el párrafo 10 *supra*.

Anexo I

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Artículo 1. Finalidad

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Convención:

- a)* Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b)* Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c)* Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;
- d)* Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
- e)* Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;
- f)* Por “embargo preventivo” o “incautación” se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;
- g)* Por “decomiso” se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;
- h)* Por “delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;
- i)* Por “entrega vigilada” se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;
- j)* Por “organización regional de integración económica” se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los “Estados Parte” con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

Artículo 3. Ámbito de aplicación

1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de:

- a)* Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y
- b)* Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

- a)* Se comete en más de un Estado;
- b)* Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c)* Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d)* Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Artículo 4. Protección de la soberanía

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado *b)*, los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 7. Medidas para combatir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

Artículo 8. Penalización de la corrupción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.

3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.

4. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo y del artículo 9 de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

Artículo 9. Medidas contra la corrupción

1. Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.

Artículo 10. Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Artículo 11. Proceso, fallo y sanciones

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

3. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

4. Cada Estado Parte velará porque sus tribunales u otras autoridades competentes tengan presente la naturaleza grave de los delitos comprendidos en la presente Convención al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de tales delitos.

5. Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

6. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

Artículo 12. Decomiso e incautación

1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste.

Artículo 13. Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 18 de la presente Convención serán aplicables mutatis mutandis al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 18, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *a)* del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno; *b)* Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado *b)* del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden;

c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes y reglamentos o una descripción de ésta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. Los Estados Parte podrán denegar la cooperación solicitada con arreglo al presente artículo si el delito al que se refiere la solicitud no es un delito comprendido en la presente Convención.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

9. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada con arreglo al presente artículo.

Artículo 14. Disposición del producto del delito o de los bienes decomisados

1. Los Estados Parte dispondrán del producto del delito o de los bienes que hayan decomisado con arreglo al artículo 12 o al párrafo 1 del artículo 13 de la presente Convención de conformidad con su derecho interno y sus procedimientos administrativos.

2. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

3. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo a los artículos 12 y 13 de la presente Convención, los Estados Parte podrán considerar en particular la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos en el sentido de:

a) Aportar el valor de dicho producto del delito o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes o una parte de esos fondos, a la cuenta designada de conformidad con lo dispuesto en el apartado *c)* del párrafo 2 del artículo 30 de la presente Convención y a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada;

b) Repartirse con otros Estados Parte, sobre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos.

Artículo 15. Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención cuando:

a) El delito se cometa en su territorio; o

b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;

b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o

c) El delito:

i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;

ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado *a)* o al inciso i) del apartado *b)* del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención.

3. A los efectos del párrafo 10 del artículo 16 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otro u otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

Artículo 16. Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados *a)* o *b)* del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos delitos.

3. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Los Estados Parte se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

4. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

5. Los Estados Parte que supediten la extradición a la existencia de un tratado deberán:

a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerarán o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

b) Si no consideran la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, esforzarse, cuando proceda, por celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

6. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

7. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

8. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

9. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

10. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

11. Cuando el derecho interno de un Estado Parte le permita conceder la extradición o, de algún otro modo, la entrega de uno de sus nacionales sólo a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena que le haya sido impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se haya solicitado la extradición o la entrega, y cuando ese Estado Parte y el Estado Parte que solicite la extradición acepten esa opción, así como otras condiciones que estimen apropiadas, esa extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 10 del presente artículo.

12. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, éste, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de

hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

13. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

15. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

16. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

17. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Artículo 17. Traslado de personas condenadas a cumplir una pena

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión o a otra pena de privación de libertad por algún delito comprendido en la presente Convención a fin de que complete allí su condena.

Artículo 18. Asistencia judicial recíproca

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 y se prestarán también asistencia de esa índole cuando el Estado Parte requirente tenga motivos razonables para sospechar que el delito a que se hace referencia en los apartados *a)* o *b)* del párrafo 1 del artículo 3 es de carácter transnacional, así como que las víctimas, los testigos, el producto, los instrumentos o las pruebas de esos delitos se encuentran en el Estado Parte requerido y que el delito entraña la participación de un grupo delictivo organizado.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 10 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;

b) Presentar documentos judiciales;

c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;

d) Examinar objetos y lugares;

e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;

f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles; *g)* Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información.

Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen estos párrafos si facilitan la cooperación.

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación.

Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;

b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que éstos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado

Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución.

Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de

dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que sean aceptables para cada Estado Parte. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

- a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;
- b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;
- c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
- d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;
- e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
- f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información complementaria cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud. 18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

- a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;
- b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;
- c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si éste hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;
- d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña asuntos fiscales.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturbase investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá observar las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el período acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado. 28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

- a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;
- b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que sirvan a los fines del presente artículo y que, en la práctica, hagan efectivas sus disposiciones o las refuercen.

Artículo 19. Investigaciones conjuntas

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Artículo 20. Técnicas especiales de investigación

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o

arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

Artículo 21. Remisión de actuaciones penales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito comprendido en la presente Convención cuando se estime que esa remisión obrará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Artículo 22. Establecimiento de antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención.

Artículo 23. Penalización de la obstrucción de la justicia

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Artículo 24. Protección de los testigos

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado, incluido el derecho a las garantías procesales, en:

a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y lo posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información relativa a su identidad y paradero;

b) Establecer normas probatorias que permitan que el testimonio de los testigos se preste de modo que no se ponga en peligro su seguridad, por ejemplo, aceptando el testimonio por conducto de tecnologías de comunicación como videoconferencias u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo también serán aplicables a las víctimas en el caso de que actúen como testigos.

Artículo 25. Asistencia y protección a las víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación.

2. Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.

3. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 26. Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en grupos delictivos organizados a:

a) Proporcionar información útil a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios sobre cuestiones como:

i) La identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados;

ii) Los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados;

iii) Los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer;

b) Prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prevenir, en los casos apropiados, la mitigación de la pena de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prevenir, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a las personas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención.

4. La protección de esas personas será la prevista en el artículo 24 de la presente Convención.

5. Cuando una de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo que se encuentre en un Estado Parte pueda prestar una cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato enunciado en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Artículo 27. Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, cada Estado

Parte adoptará medidas eficaces para:

a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;

f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las Partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna.

Artículo 28. Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada

1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucrados.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de vigilar sus políticas y las medidas en vigor encaminadas a combatir la delincuencia organizada y evaluarán su eficacia y eficiencia.

Artículo 29. Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir adscripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;

b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención, incluso en los Estados de tránsito, y las medidas de lucha pertinentes;

c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;

d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros;

e) El acopio de pruebas;

f) Las técnicas de control en zonas y puertos francos;

g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;

h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna;

i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

2. Los Estados Parte se prestarán asistencia en la planificación y ejecución de programas de investigación y capacitación encaminados a intercambiar conocimientos especializados en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo y, a tal fin, también recurrirán, cuando proceda, a conferencias y seminarios regionales e internacionales para promover la cooperación y fomentar el examen de los problemas de interés común, incluidos los problemas y necesidades especiales de los Estados de tránsito.

3. Los Estados Parte promoverán actividades de capacitación y asistencia técnica que faciliten la extradición y la asistencia judicial recíproca. Dicha capacitación y asistencia técnica podrán incluir la enseñanza de idiomas, adscripciones e intercambios de personal entre autoridades centrales u organismos con responsabilidades pertinentes.

4. Cuando haya acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales vigentes, los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, sus esfuerzos por optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales, así como en el marco de otros acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

Artículo 30. Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la delincuencia organizada en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

a) Intensificar su cooperación en los diversos niveles con los países en desarrollo con miras a fortalecer las capacidades de esos países para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional;

b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para combatir con eficacia la delincuencia organizada transnacional y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Los Estados Parte también podrán considerar en particular la posibilidad, conforme a su derecho interno y a las disposiciones de la presente Convención, de aportar a la cuenta antes mencionada un porcentaje del dinero o del valor correspondiente del producto del delito o de los bienes ilícitos decomisados con arreglo a lo dispuesto en la presente Convención;

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los planos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 31. Prevención

1. Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional.

2. Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en:

a) El fortalecimiento de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley o el ministerio público y las entidades privadas pertinentes, incluida la industria;

b) La promoción de la elaboración de normas y procedimientos concebidos para salvaguardar la integridad de las entidades públicas y de las entidades privadas interesadas, así como códigos de conducta para profesiones pertinentes, en particular para los abogados, notarios públicos, asesores fiscales y contadores;

c) La prevención de la utilización indebida por parte de grupos delictivos organizados de licitaciones públicas y de subsidios y licencias concedidos por autoridades públicas para realizar actividades comerciales;

d) La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes:

i) El establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas;

ii) La posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un período razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones;

iii) El establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y iv) El intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos i) e iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte.

3. Los Estados Parte procurarán promover la reintegración social de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención.

4. Los Estados Parte procurarán evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las prácticas administrativas pertinentes vigentes a fin de detectar si existe el peligro de que sean utilizados indebidamente por grupos delictivos organizados.

5. Los Estados Parte procurarán sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la delincuencia organizada transnacional y la amenaza que representa. Cuando proceda, podrá difundirse información a través de los medios de comunicación y se adoptarán medidas para fomentar la participación pública en los esfuerzos por prevenir y combatir dicha delincuencia.

6. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que pueden ayudar a otros Estados Parte a formular medidas para prevenir la delincuencia organizada transnacional.

7. Los Estados Parte colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, según proceda, con miras a promover y formular las medidas mencionadas en el presente artículo. Ello incluye la participación en proyectos internacionales para la prevención de la delincuencia organizada transnacional, por ejemplo, mediante la mitigación de las circunstancias que hacen vulnerables a los grupos socialmente marginados a las actividades de la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 32. Conferencia de las Partes en la Convención

1. Se establecerá una Conferencia de las Partes en la Convención con objeto de mejorar la capacidad de los Estados Parte para combatir la delincuencia organizada transnacional y para promover y examinar la aplicación de la presente Convención.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de las Partes a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. La Conferencia de las Partes aprobará reglas de procedimiento y normas que rijan las actividades enunciadas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo (incluidas normas relativas al pago de los gastos resultantes de la puesta en marcha de esas actividades).

3. La Conferencia de las Partes concertará mecanismos con miras a lograr los objetivos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, en particular a:

a) Facilitar las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 de la presente Convención, alentando inclusive la movilización de contribuciones voluntarias;

b) Facilitar el intercambio de información entre Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la delincuencia organizada transnacional y sobre prácticas eficaces para combatirla;

c) Cooperar con las organizaciones internacionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales pertinentes;

d) Examinar periódicamente la aplicación de la presente Convención;

e) Formular recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación.

4. A los efectos de los apartados *d)* y *e)* del párrafo 3 del presente artículo, la Conferencia de las Partes obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención mediante la información que ellos le faciliten y mediante los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de las Partes.

5. Cada Estado Parte facilitará a la Conferencia de las Partes información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de las Partes.

Artículo 33. Secretaría

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de las Partes en la Convención.

2. La secretaría:

a) Prestará asistencia a la Conferencia de las Partes en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 32 de la presente Convención y organizará los períodos de sesiones de la Conferencia de las Partes y les prestará los servicios necesarios;

b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de las Partes según lo previsto en el párrafo 5 del artículo 32 de la presente Convención; y *c)* Velará por la coordinación necesaria con la secretaría de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

Artículo 34. Aplicación de la Convención

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Los Estados Parte tipificarán en su derecho interno los delitos tipificados de conformidad con los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado según la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención, salvo en la medida en que el artículo 5 de la presente Convención exija la participación de un grupo delictivo organizado.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

Artículo 35. Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 36. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación.

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 37. Relación con los protocolos

1. La presente Convención podrá complementarse con uno o más protocolos.

2. Para pasar a ser parte en un protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención.

3. Los Estados Parte en la presente Convención no quedarán vinculados por un protocolo a menos que pasen a ser parte en el protocolo de conformidad con sus disposiciones.

4. Los protocolos de la presente Convención se interpretarán juntamente con ésta, teniendo en cuenta la finalidad de esos protocolos.

Artículo 38. Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente.

Artículo 39. Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en

la Convención para que la examinen y decidan al respecto. La Conferencia de 41 las Partes hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 40. Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

3. La denuncia de la presente Convención con arreglo al párrafo 1 del presente artículo entrañará la denuncia de sus protocolos.

Artículo 41. Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

ANEXO II

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Los Estados Parte en el presente Protocolo, Declarando que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos, *Teniendo en cuenta* que si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas,

Preocupados porque de no existir un instrumento de esa naturaleza las personas vulnerables a la trata no estarán suficientemente protegidas, *Recordando* la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la elaboración, entre otras cosas, de un instrumento internacional relativo a la trata de mujeres y de niños, *Convencidos* de que para prevenir y combatir ese delito será útil complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Acuerdan lo siguiente:

I. Disposiciones generales

Artículo 1. Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Artículo 2. Finalidad

Los fines del presente Protocolo son:

a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;

b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y

c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado *a)* del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado *a)* del presente artículo;

d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

Artículo 5. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

II. Protección de las víctimas de la trata de personas

Artículo 6. Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;

b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

- a) Alojamiento adecuado;
 - b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
 - c) Asistencia médica, psicológica y material; y
 - d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.
4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.
5. Cada Estado Parte se esforzará por prevenir la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.
6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

47

Artículo 7. Régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor

1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.
2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales.

Artículo 8. Repatriación de las víctimas de la trata de personas

1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.
2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará por que dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.
3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.
4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.
5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.
6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.

III. Medidas de prevención, cooperación y otras medidas

Artículo 9. Prevención de la trata de personas

1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:
- a) Prevenir y combatir la trata de personas; y
 - b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.
2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas.
3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.
4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.
5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin

de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Artículo 10. Intercambio de información y capacitación

1. Las autoridades de los Estados Parte encargadas de hacer cumplir la ley, así como las autoridades de inmigración u otras autoridades competentes, cooperarán entre sí, según proceda, intercambiando información, de conformidad con su derecho interno, a fin de poder determinar:

a) Si ciertas personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional con documentos de viaje pertenecientes a terceros o sin documentos de viaje son autores o víctimas de la trata de personas;

b) Los tipos de documento de viaje que ciertas personas han utilizado o intentado utilizar para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas; y

c) Los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación y el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.

2. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

3. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.

Artículo 11. Medidas fronterizas

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo.

3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el Estado receptor.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prevenir sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Artículo 12. Seguridad y control de los documentos

Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y

b) Garantizar la integridad y la seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

Artículo 13. Legitimidad y validez de los documentos

Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para la trata de personas.

IV. Disposiciones finales

Artículo 14. Cláusula de salvaguardia

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

Artículo 15. Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia), y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 17. Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Artículo 18. Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte en el Protocolo podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda.

Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 19. Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 20. Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

ANEXO III

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Preámbulo

Los Estados Parte en el presente Protocolo, Declarando que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional, *Recordando* la resolución 54/212 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podía reportar a los interesados, y alentó a los mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, se siguieran ocupando de la cuestión de la migración y el desarrollo, *Convencidos* de la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos, *Habida cuenta* de que, pese a la labor emprendida en otros foros internacionales, no existe un instrumento universal que aborde todos los aspectos del tráfico ilícito de migrantes y otras cuestiones conexas, *Preocupados* por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y otras actividades delictivas conexas tipificadas en el presente Protocolo, que causan graves perjuicios a los Estados afectados, *Preocupados también* por el hecho de que el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados, *Recordando* la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la posibilidad de elaborar, entre otros, un instrumento internacional que abordara el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, particularmente por mar,

Convencidos de que complementar el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional dirigido contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire constituirá un medio útil para prevenir y combatir esta forma de delincuencia.

Han convenido en lo siguiente:

I. Disposiciones generales

Artículo 1. Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.
2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.
3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Artículo 2. Finalidad

El propósito del presente Protocolo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b) Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;
- c) Por “documento de identidad o de viaje falso” se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad: i) Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o ii) Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o iii) Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;
- d) Por “buque” se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos.

Artículo 5. Responsabilidad penal de los migrantes

Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

Artículo 6. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material:

- a) El tráfico ilícito de migrantes;
 - b) Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes: i) La creación de un documento de viaje o de identidad falso; ii) La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento;
 - c) La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del presente artículo;

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo toda circunstancia que:

- a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o
 - b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.

II. Tráfico ilícito de migrantes por mar

Artículo 7. Cooperación

Los Estados Parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar.

Artículo 8. Medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar

1. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que enarbole su pabellón o pretenda estar matriculado en su registro, que carezca de nacionalidad o que, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón, tenga en realidad la nacionalidad del Estado Parte interesado, está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá solicitar la asistencia de otros Estados Parte a fin de poner término a la utilización del buque para ese fin. Los Estados Parte a los que se solicite dicha asistencia la prestarán, en la medida posible con los medios de que dispongan.

2. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otro Estado Parte está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar podrá notificarlo al Estado del pabellón, pedirle que confirme la matrícula y, si la confirma, solicitarle autorización para adoptar medidas apropiadas con respecto a ese buque. El Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a:

- a) Visitar el buque;
- b) Registrar el buque; y

c) Si se hallan pruebas de que el buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar, adoptar medidas apropiadas con respecto al buque, así como a las personas y a la carga que se encuentren a bordo, conforme le haya autorizado el Estado del pabellón.

3. Todo Estado Parte que haya adoptado cualesquiera de las medidas previstas en el párrafo 2 del presente artículo informará con prontitud al Estado del pabellón pertinente de los resultados de dichas medidas.

4. Los Estados Parte responderán con celeridad a toda solicitud de otro Estado Parte con miras a determinar si un buque que está matriculado en su registro o enarbola su pabellón está autorizado a hacerlo, así como a toda solicitud de autorización que se presente con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo.

5. El Estado del pabellón podrá, en consonancia con el artículo 7 del presente Protocolo, someter su autorización a las condiciones en que convenga con el Estado requirente, incluidas las relativas a la responsabilidad y al alcance de las medidas efectivas que se adopten. Los Estados Parte no adoptarán otras medidas sin la autorización expresa del Estado del pabellón, salvo las que sean necesarias para eliminar un peligro inminente para la vida de las personas o las que se deriven de los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes.

6. Cada Estado Parte designará a una o, de ser necesario, a varias autoridades para recibir y atender las solicitudes de asistencia, de confirmación de la matrícula o del derecho de un buque a enarbolar su pabellón y de autorización para adoptar las medidas pertinentes. Esa designación será dada a conocer, por conducto del Secretario General, a todos los demás Estados Parte dentro del mes siguiente a la designación.

7. Todo Estado Parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

Artículo 9. Cláusulas de protección

1. Cuando un Estado Parte adopte medidas contra un buque con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo:

- a)* Garantizará la seguridad y el trato humano de las personas que se encuentren a bordo;
- b)* Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad del buque o de su carga;
- c)* Tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no perjudicar los intereses comerciales o jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado;
- d)* Velará, dentro de los medios disponibles, por que las medidas adoptadas con respecto al buque sean ecológicamente razonables.

2. Cuando las razones que motivaron las medidas adoptadas con arreglo al artículo 8 del presente Protocolo no resulten fundadas y siempre que el buque no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido.

3. Toda medida que se tome, adopte o aplique de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir ni causar menoscabo en:

a) Los derechos y las obligaciones de los Estados ribereños en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad con el derecho internacional del mar; ni en *b)* La competencia del Estado del pabellón para ejercer la jurisdicción y el control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales relacionadas con el buque.

4. Toda medida que se adopte en el mar en cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo será ejecutada únicamente por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves que ostenten signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin.

III. Medidas de prevención, cooperación y otras medidas

Artículo 10. Información

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención y con miras a lograr los objetivos del presente Protocolo, los Estados Parte, en particular los que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de migrantes, intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre asuntos como:

- a)* Los lugares de embarque y de destino, así como las rutas, los transportistas y los medios de transporte a los que, según se sepa o se sospeche, recurren los grupos delictivos organizados involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;
- b)* La identidad y los métodos de las organizaciones o los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo;
- c)* La autenticidad y la debida forma de los documentos de viaje expedidos por los Estados Parte, así como todo robo o concomitante utilización ilegítima de documentos de viaje o de identidad en blanco;
- d)* Los medios y métodos utilizados para la ocultación y el transporte de personas, la alteración, reproducción o adquisición ilícitas o cualquier otra utilización indebida de los documentos de viaje o de identidad empleados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como las formas de detectarlos;
- e)* Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; y
- f)* Cuestiones científicas y tecnológicas de utilidad para el cumplimiento de la ley, a fin de reforzar la capacidad respectiva de prevenir, detectar e investigar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y de enjuiciar a las personas implicadas en ellas.

2. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.

Artículo 11. Medidas fronterizas

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito tipificado con arreglo al apartado *a)* del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo.

3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Artículo 12. Seguridad y control de los documentos

Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

- a)* Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y *b)* Garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

Artículo 13. Legitimidad y validez de los documentos

Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

Artículo 14. Capacitación y cooperación técnica

1. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo o reforzarán dicha capacitación, según proceda.

2. Los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, según proceda, a fin de garantizar que en sus respectivos territorios se imparta una capacitación de personal adecuada para prevenir, combatir y erradicar las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, así como proteger los derechos de los migrantes que hayan sido objeto de esas conductas. Dicha capacitación incluirá, entre otras cosas:

- a)* La mejora de la seguridad y la calidad de los documentos de viaje;
- b)* El reconocimiento y la detección de los documentos de viaje o de identidad falsificados;
- c)* La compilación de información de inteligencia criminal, en particular con respecto a la identificación de los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar involucrados en las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, los métodos utilizados para transportar a los migrantes objeto de dicho tráfico, la utilización indebida de documentos de viaje o de identidad para los fines de las conductas enunciadas en el artículo 6 y los medios de ocultación utilizados en el tráfico ilícito de migrantes;
- d)* La mejora de los procedimientos para detectar a las personas objeto de tráfico ilícito en puntos de entrada y salida convencionales y no convencionales; y
- e)* El trato humano de los migrantes afectados y la protección de sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo.

3. Los Estados Parte que tengan conocimientos especializados pertinentes considerarán la posibilidad de prestar asistencia técnica a los Estados que sean frecuentemente países de origen o de tránsito de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. Los Estados Parte harán todo lo posible por suministrar los recursos necesarios, como vehículos, sistemas de informática y lectores de documentos, para combatir las conductas enunciadas en el artículo 6.

Artículo 15. Otras medidas de prevención

1. Cada Estado Parte adoptará medidas para cerciorarse de poner en marcha programas de información o reforzar los ya existentes a fin de que la opinión pública sea más consciente de que las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo son una actividad delictiva que frecuentemente realizan los grupos delictivos organizados con fines de lucro y que supone graves riesgos para los migrantes afectados.

2. De conformidad con el artículo 31 de la Convención, los Estados Parte cooperarán en el ámbito de la información pública a fin de impedir que los migrantes potenciales lleguen a ser víctimas de grupos delictivos organizados.

3. Cada Estado Parte promoverá o reforzará, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.

Artículo 16. Medidas de protección y asistencia

1. Al aplicar el presente Protocolo, cada Estado Parte adoptará, en consonancia con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, conforme a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
3. Cada Estado Parte prestará asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
4. Al aplicar las disposiciones del presente artículo, los Estados Parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.
5. En el caso de la detención de personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte cumplirá las obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹, cuando proceda, incluida la de informar sin demora a la persona afectada sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal.

Artículo 17. Acuerdos y arreglos

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos bilaterales o regionales o arreglos operacionales con miras a:

- a) Adoptar las medidas más apropiadas y eficaces para prevenir y combatir las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo; o
- b) Contribuir conjuntamente a reforzar las disposiciones del presente Protocolo.

Artículo 18. Repatriación de los migrantes objeto de tráfico ilícito

1. Cada Estado Parte conviene en facilitar y aceptar, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que sea nacional de ese Estado Parte o tuviese derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de la repatriación.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de facilitar y aceptar la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que, de conformidad con el derecho interno, tuviese derecho de residencia permanente en el territorio de ese Estado Parte en el momento de su entrada en el Estado receptor.
3. A petición del Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si una persona que ha sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo es nacional de ese Estado Parte o tiene derecho de residencia permanente en su territorio.
4. A fin de facilitar la repatriación de toda persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en cuyo territorio tenga derecho de residencia permanente convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarios para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.
5. Cada Estado Parte que intervenga en la repatriación de una persona que haya sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo adoptará todas las medidas que proceda para llevar a cabo la repatriación de manera ordenada y teniendo debidamente en cuenta la seguridad y dignidad de la persona.
6. Los Estados Parte podrán cooperar con las organizaciones internacionales que proceda para aplicar el presente artículo.
7. Las disposiciones del presente artículo no menoscabarán ninguno de los derechos reconocidos a las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo por el derecho interno del Estado Parte receptor.
8. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones contraídas con arreglo a cualquier otro tratado bilateral o multilateral aplicable o a cualquier otro acuerdo o arreglo operacional que rija, parcial o totalmente, la repatriación de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.

IV. Disposiciones finales

Artículo 19. Cláusula de salvaguardia

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los demás derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean

aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de *non-refoulement* consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

Artículo 20. Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.
2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esas Partes podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.
3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o de la adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.
4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 21. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia), y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.
2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.
3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.
4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 22. Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Artículo 23. Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación

comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 24. Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 25. Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

Resolución 55/255 de la Asamblea General, de 31 de mayo de 2001- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

La Asamblea General, Recordando su resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998, en la que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de 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 de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar, *Recordando también* su resolución 54/126, de 17 de diciembre de 1999, en la que pidió al Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional que prosiguiera sus trabajos, de conformidad con las resoluciones 53/111 y 53/114, de 9 de diciembre de 1998, y que intensificara esa labor a fin de terminarla en el año 2000,

Recordando además su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, en la que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Reafirmando* el derecho immanente de legítima defensa, individual o colectiva, reconocido en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que entraña que los Estados también tienen derecho a adquirir armas para defenderse, así como el derecho de libre determinación de todos los pueblos, en particular de los pueblos sometidos a ocupación colonial o a otras formas de ocupación o dominación extranjera o foránea, y la importancia de la realización efectiva de ese derecho.

1. *Toma nota* del informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre su 12.º período de sesiones¹ y elogia al Comité Especial por la labor realizada;

2. *Aprueba* el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que figura como anexo de la presente resolución, y lo declara abierto a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York;

3. *Insta* a todos los Estados y las organizaciones económicas regionales a que firmen y ratifiquen lo antes posible la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, a fin de lograr su rápida entrada en vigor.

ANEXO III

Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Prámbulo

Los Estados Parte en el presente Protocolo, Conscientes de la urgente necesidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a causa de los efectos perjudiciales de estas actividades para la seguridad de cada Estado y región y del mundo en general, que ponen en peligro el bienestar de los pueblos, su desarrollo económico y social y su derecho a vivir en paz, *Convencidos*, por tanto, de la necesidad de que los Estados adopten todas las medidas apropiadas a tal fin, incluidas medidas de cooperación internacional y de otra índole en los planos regional y mundial, *Recordando* la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar la posibilidad de elaborar, entre otras cosas, un instrumento internacional contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, *Teniendo presentes* los principios de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas¹, *Convencidos* de que complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones será de utilidad para prevenir y combatir esos delitos, *Han acordado lo siguiente*:

I. Disposiciones generales

Artículo 1. Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.

2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Artículo 2. Finalidad

La finalidad del presente Protocolo es promover, facilitar y reforzar la cooperación entre los Estados Parte con el propósito de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

Artículo 3 Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “arma de fuego” se entenderá toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un balín, una bala o un proyectil por la acción de un explosivo, excluidas las armas de fuego antiguas o sus réplicas. Las armas de fuego antiguas y sus réplicas se definirán de conformidad con el derecho interno. En ningún caso, sin embargo, podrán incluir armas de fuego fabricadas después de 1899;

b) Por “piezas y componentes” se entenderá todo elemento o elemento de repuesto específicamente concebido para un arma de fuego e indispensable para su funcionamiento, incluidos el cañón, la caja o el cajón, el cerrojo o el tambor, el cierre o el bloqueo del cierre y todo dispositivo concebido o adaptado para disminuir el sonido causado por el disparo de un arma de fuego;

c) Por “municiones” se entenderá el cartucho completo o sus componentes, entre ellos las vainas, los cebos, la carga propulsora, las balas o proyectiles utilizados en las armas de fuego, siempre que esos componentes estén de por sí sujetos a autorización en el respectivo Estado Parte;

d) Por “fabricación ilícita” se entenderá la fabricación o el montaje de armas de fuego, sus piezas y componentes o municiones;

i) A partir de piezas y componentes que hayan sido objeto de tráfico ilícito;

ii) Sin licencia o autorización de una autoridad competente del

Estado Parte en que se realice la fabricación o el montaje; o

iii) Sin marcar las armas de fuego en el momento de su fabricación, de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;

La concesión de licencia o autorización respecto de la fabricación de piezas y componentes se hará de conformidad con el derecho interno;

e) Por “tráfico ilícito” se entenderá la importación, exportación, adquisición, venta, entrega, traslado o transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones desde o a través del territorio de un Estado Parte al de otro Estado Parte si cualquiera de los Estados Parte interesados no lo autoriza conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo o si las armas de fuego no han sido marcadas conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del presente Protocolo;

f) Por “localización” se entenderá el rastreo sistemático de las armas de fuego y, de ser posible, de sus piezas y componentes y municiones, desde el fabricante al comprador, con el fin de ayudar a las autoridades competentes de los Estados Parte a detectar, investigar y analizar la fabricación y el tráfico ilícitos.

Artículo 4. Ámbito de aplicación

1. A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las transacciones entre Estados ni a las transferencias estatales cuando la aplicación del Protocolo pudiera perjudicar el derecho de un Estado Parte a adoptar medidas en aras de la seguridad nacional en consonancia con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 5. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente:

a) La fabricación ilícita de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

b) El tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

c) La falsificación o la obliteración, supresión o alteración ilícitas de la(s) marca(s) de un arma de fuego requerida(s) de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo o la participación en él como cómplice; y

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

Artículo 6. Decomiso, incautación y disposición

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, los Estados Parte adoptarán, en la mayor medida posible de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos.

2. Los Estados Parte adoptarán, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para impedir que las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos caigan en manos de personas no autorizadas, en particular mediante la incautación y destrucción de esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a menos que se haya autorizado oficialmente otra forma de disposición, siempre y cuando se hayan marcado las armas de fuego y se hayan registrado los métodos para la disposición de esas armas de fuego y municiones.

II. Prevención

Artículo 7. Registro

Cada Estado Parte garantizará el mantenimiento, por un período no inferior a diez años, de la información relativa a las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, de la información relativa a sus piezas y componentes y municiones que sea necesaria para localizar e identificar las armas de fuego y, cuando sea apropiado y factible, sus piezas y componentes y municiones que hayan sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos, así como para evitar y detectar esas actividades. Esa información incluirá:

a) Las marcas pertinentes requeridas de conformidad con el artículo 8 del presente Protocolo;

b) En los casos que entrañen transacciones internacionales con armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, las fechas de emisión y expiración de las licencias o autorizaciones correspondientes, el país de exportación, el país de importación, los países de tránsito, cuando proceda, y el receptor final, así como la descripción y la cantidad de los artículos.

Artículo 8. Marcación de las armas de fuego

1. A los efectos de identificar y localizar cada arma de fuego, los Estados Parte:

a) En el momento de la fabricación de cada arma de fuego exigirán que ésta sea marcada con una marca distintiva que indique el nombre del fabricante, el país o lugar de fabricación y el número de serie, o mantendrán cualquier otra marca distintiva y fácil de emplear que ostente símbolos geométricos sencillos, junto con un código numérico y/o alfanumérico, y que permita a todos los Estados Parte identificar sin dificultad el país de fabricación;

b) Exigirán que se aplique a toda arma de fuego importada una marca sencilla y apropiada que permita identificar el país de importación y, de ser posible, el año de ésta, y permita asimismo a las autoridades competentes de ese país localizar el arma de fuego, así como una marca distintiva, si el arma de fuego no la lleva. Los requisitos del presente apartado no tendrán que aplicarse a la importación temporal de armas de fuego con fines lícitos verificables;

c) Velarán por que, en el momento en que se transfiera un arma de fuego de las existencias estatales a la utilización civil con carácter permanente, se aplique a dicha arma la marca distintiva apropiada que permita a todos los Estados Parte identificar el país que realiza la transferencia.

2. Los Estados Parte alentarán a la industria de fabricación de armas de fuego a formular medidas contra la supresión o la alteración de las marcas.

Artículo 9. Desactivación de las armas de fuego

Todo Estado Parte que, de conformidad con su derecho interno, no reconozca como arma de fuego un arma desactivada adoptará las medidas que sean necesarias, incluida la tipificación de delitos específicos, si procede, a fin de prevenir la reactivación ilícita de las armas de fuego desactivadas, en consonancia con los siguientes principios generales de desactivación:

a) Todas las piezas esenciales de un arma de fuego desactivada se tomarán permanentemente inservibles y no susceptibles de ser retiradas, sustituidas o modificadas de cualquier forma que pueda permitir su reactivación;

b) Se adoptarán disposiciones para que una autoridad competente verifique, cuando proceda, las medidas de desactivación a fin de garantizar que las modificaciones aportadas al arma de fuego la inutilizan permanentemente;

c) La verificación por una autoridad competente comprenderá la expedición de un certificado o la anotación en un registro en que se haga constar la desactivación del arma de fuego o la inclusión de una marca a esos efectos claramente visible en el arma de fuego.

Artículo 10. Requisitos generales para sistemas de licencias o autorizaciones de exportación, importación y tránsito

1. Cada Estado Parte establecerá o mantendrá un sistema eficaz de licencias o autorizaciones de exportación e importación, así como de medidas aplicables al tránsito internacional, para la transferencia de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

2. Antes de emitir licencias o autorizaciones de exportación para la expedición de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado Parte se asegurará de que:

a) Los Estados importadores hayan emitido las correspondientes licencias o autorizaciones; y

b) Los Estados de tránsito hayan al menos comunicado por escrito, con anterioridad a la expedición, que no se oponen al tránsito, sin perjuicio de los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales destinados a favorecer a los Estados sin litoral.

3. La licencia o autorización de exportación e importación y la documentación que la acompañe contendrán conjuntamente información que, como mínimo, comprenda el lugar y la fecha de emisión, la fecha de expiración, el país de exportación, el país de importación, el destinatario final, una descripción y la cantidad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y, cuando haya tránsito, los países de tránsito. La información contenida en la licencia de importación deberá facilitarse a los Estados de tránsito con antelación.

4. El Estado Parte importador notificará al Estado Parte exportador, previa solicitud, la recepción de las remesas de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que le hayan sido enviadas.

5. Cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades, las medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de licencia o autorización sean seguros y que la autenticidad de los documentos de licencia o autorización pueda ser verificada o validada.

6. Los Estados Parte podrán adoptar procedimientos simplificados para la importación y exportación temporales y para el tránsito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones para fines lícitos verificables, tales como cacerías, prácticas de tiro deportivo, pruebas, exposiciones o reparaciones.

Artículo 11. Medidas de seguridad y prevención

A fin de detectar, prevenir y eliminar el robo, la pérdida o la desviación, así como la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para:

a) Exigir que se garantice la seguridad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones en el curso de su fabricación, de su importación y exportación y de su tránsito a través de su territorio; y

b) Aumentar la eficacia de los controles de importación, exportación y tránsito, incluidos, cuando proceda, los controles fronterizos, así como de la cooperación transfronteriza entre los servicios policiales y aduaneros.

80

Artículo 12. Información

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente para cada caso específico sobre cuestiones como los fabricantes, agentes comerciales, importadores y exportadores y, de ser posible, transportistas autorizados de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Convención, los Estados Parte intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente sobre cuestiones como:

a) Los grupos delictivos organizados efectiva o presuntamente involucrados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones;

b) Los medios de ocultación utilizados en la fabricación o el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, así como las formas de detectarlos;

c) Los métodos y medios, los lugares de expedición y de destino y las rutas que habitualmente utilizan los grupos delictivos organizados que participan en el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones; y

d) Experiencias de carácter legislativo, así como prácticas y medidas conexas, para prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

3. Los Estados Parte se facilitarán o intercambiarán, según proceda, toda información científica y tecnológica pertinente que sea de utilidad para las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a fin de reforzar mutuamente su capacidad de prevenir, detectar e investigar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y de enjuiciar a las personas involucradas en esas actividades ilícitas.

4. Los Estados Parte cooperarán en la localización de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que puedan haber sido objeto de fabricación o tráfico ilícitos. Esa cooperación incluirá la respuesta rápida de los Estados Parte a toda solicitud de asistencia para localizar esas armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, dentro de los medios disponibles.

5. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico o a cualesquiera acuerdos internacionales, cada Estado Parte garantizará la confidencialidad y acatará las restricciones impuestas a la utilización de toda información que reciba de otro Estado Parte de conformidad con el presente artículo, incluida información de dominio privado sobre transacciones comerciales, cuando así lo solicite el Estado Parte que facilita la información. Si no es posible mantener la confidencialidad, antes de revelar la información se dará cuenta de ello al Estado Parte que la facilitó.

Artículo 13. Cooperación

1. Los Estados Parte cooperarán en los planos bilateral, regional e internacional a fin de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 13 del artículo 18 de la Convención, cada Estado Parte designará un órgano nacional o un punto de contacto central encargado de mantener el enlace con los demás Estados Parte en toda cuestión relativa al presente Protocolo.

3. Los Estados Parte procurarán obtener el apoyo y la cooperación de los fabricantes, agentes comerciales, importadores, exportadores, corredores y transportistas comerciales de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, a fin de prevenir y detectar las actividades ilícitas mencionadas en el párrafo

1 del presente artículo.

Artículo 14. Capacitación y asistencia técnica

Los Estados Parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, según proceda, a fin de que los Estados Parte que lo soliciten reciban la formación y asistencia técnica requeridas para reforzar su capacidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, incluida la asistencia técnica, financiera y material que proceda en las cuestiones enunciadas en los artículos 29 y 30 de la Convención.

Artículo 15. Corredores y corretaje

1. Con miras a prevenir y combatir la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho considerarán la posibilidad de establecer un sistema de reglamentación de las actividades de las personas dedicadas al corretaje. Ese sistema podría incluir una o varias de las siguientes medidas:

a) Exigir la inscripción en un registro de los corredores que actúen en su territorio;

b) Exigir una licencia o autorización para el ejercicio del corretaje; o

c) Exigir que en las licencias o autorizaciones de importación y de exportación, o en la documentación adjunta a la mercancía, se consigne el nombre y la ubicación de los corredores que intervengan en la transacción.

2. Se alienta a los Estados Parte que hayan establecido un sistema de autorización de las operaciones de corretaje como el descrito en el párrafo 1 del presente artículo a que incluyan datos sobre los corredores y las operaciones de corretaje en sus intercambios de información efectuados con arreglo al artículo 12 del presente Protocolo y a que mantengan un registro de corredores y de las operaciones de corretaje conforme a lo previsto en el artículo 7 del presente Protocolo.

III. Disposiciones finales

Artículo 16. Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esas Partes podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o de la adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

83

Artículo 17. Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York desde el trigésimo día después de su aprobación por la Asamblea General hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación.

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones

Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 18. Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.
2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si ésta es posterior.

Artículo 19. Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.
2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.
3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.
4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.
5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 20. Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.
2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 21. Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.
 2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
- EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

**Publicado con el apoyo financiero del
Gobierno del Japón**

DECISIÓN MARCO EUROPEA

24 de octubre de 2008

Relativa a la delincuencia Organizada

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto el Tratado de la Unión Europea y, en particular, su artículo 29, su artículo 31, apartado 1, letra e) y su artículo 34, apartado 2, letra b)

Vista la propuesta de la Comisión

Visto el dictamen del Parlamento Europeo (1).

Considerando lo siguiente:

(1) El objetivo del programa de La Haya es mejorar la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros con el fin, entre otros, de luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza. Este objetivo debe ser perseguido en particular mediante la armonización de las legislaciones. La peligrosidad y la proliferación de las organizaciones delictivas requieren una respuesta eficaz a las expectativas de los ciudadanos y a las necesidades de los Estados miembros por medio de un refuerzo de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea.

A este respecto, el punto 14 de las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de los días 4 y 5 de noviembre de 2004 indica que los ciudadanos de Europa esperan de la Unión Europea que, sin dejar de garantizar el respeto de las libertades y los derechos fundamentales, adopte un enfoque común más eficaz de problemas transfronterizos como la delincuencia organizada.

(2) En su comunicación de 29 de marzo de 2004 relativa a determinadas acciones que deben emprenderse en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia, la Comisión consideró que debe reforzarse el dispositivo de lucha contra la delincuencia organizada en la Unión Europea e indicaba que elaboraría una Decisión marco que tuviera por objeto sustituir a la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (2). (3) De acuerdo con el apartado 3.3.2 del programa de La Haya, la aproximación del Derecho penal material sirve a facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, así como la cooperación policial y judicial en materia penal y afecta a los ámbitos de la delincuencia particularmente grave con implicaciones transfronterizas y se debe dar prioridad a aquellos ámbitos de la delincuencia que se mencionen específicamente en los Tratados. Por tanto, debe armonizarse la definición de los delitos relativos a la participación en una organización delictiva en los Estados miembros. Por consiguiente, la presente Decisión marco debe abarcar los delitos cometidos típicamente por una organización delictiva. Por otra parte, debe prever la imposición de sanciones correspondientes a la gravedad de estos delitos contra las personas físicas y jurídicas que los cometan o sean responsables de los mismos.

(4) Las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas, como por ejemplo aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

(5) Las obligaciones derivadas del artículo 2, letra a), deben entenderse sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para interpretar que el término «actividades ilícitas» implica la realización de actos materiales. (6) La Unión Europea debe completar el importante trabajo realizado por las organizaciones internacionales, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional («la Convención de Palermo»), que fue celebrada, en nombre de la Comunidad Europea, mediante la Decisión 2004/579/CE del Consejo (3).

L 300/42 Diario Oficial de la Unión Europea 11.11.2008 ES (1) Dictamen emitido tras una consulta no obligatoria (no publicado aún en el Diario Oficial). (2) DO L 351 de 29.12.1998, p. 1. (3) DO L 261 de 6.8.2004, p. 69. (7) Dado que los objetivos de la presente Decisión marco no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión de la acción, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión, la Unión puede adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, contemplado en el artículo 2, párrafo segundo del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad la presente Decisión marco no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(8) La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, sus artículos 6 y 49. Nada en la presente Decisión marco pretende reducir o restringir las disposiciones nacionales relativas a derechos fundamentales o libertades como el derecho a un juicio justo, el derecho de huelga, de libertad de reunión, de asociación, de prensa

o de expresión, incluido el derecho de cada cual de formar o adherirse a un sindicato junto a otras personas para proteger sus intereses y el respectivo derecho de manifestación.

(9) Por consiguiente, la Acción Común 98/733/JAI debe derogarse.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN MARCO:

Artículo 1

Definiciones

A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:

1) «**organización delictiva**»: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; 2) «**asociación estructurada**»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada.

Artículo 2

Delitos relativos a la participación en una organización delictiva

Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva:

a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;

b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

Artículo 3

Sanciones

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que:

a) el delito contemplado en el artículo 2, letra a), sea punible con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años, o

b) el delito contemplado en el artículo 2, letra b), sea punible con la misma pena máxima de reclusión que el delito que constituye el objetivo de la conspiración o con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años.

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que el hecho de que los delitos mencionados en el artículo 2, conforme a lo determinado por cada uno de los Estados miembros, hayan sido cometidos en el marco de una organización delictiva, pueda considerarse como una circunstancia agravante.

Artículo 4

Circunstancias especiales

Todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

a) abandona sus actividades delictivas, y b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:

i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,

ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,

iii) encontrar pruebas,

v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2.

Artículo 5

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2, cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

a) un poder de representación de dicha persona jurídica;

b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o

c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica.

2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa uno de los delitos mencionados en el artículo 2 por cuenta de la persona jurídica.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autores, incitadores o cómplices de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 2.

4. A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por «persona jurídica» cualquier entidad que tenga personalidad jurídica en virtud del Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones de Derecho internacional público.

Artículo 6

Sanciones contra las personas jurídicas

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 1, sea sancionada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones, por ejemplo:

a) medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas;

b) medidas de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales;

c) sometimiento a vigilancia judicial;

d) medida judicial de liquidación;

e) cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito.

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 2, sea sancionada con sanciones o medidas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Artículo 7

Competencia y coordinación de las actuaciones judiciales

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2 cometidos:

a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas;

b) por sus nacionales, o

c) en beneficio de alguna persona jurídica establecida en el territorio de dicho Estado miembro.

Todo Estado miembro podrá decidir si aplica o no, y si solo las aplica en casos o circunstancias determinados, las normas de competencia contempladas en las letras b) y c) en el supuesto de que los delitos a que se refiere el artículo 2 se cometan fuera de su territorio.

2. Cuando uno de los delitos a que se refiere el artículo 2 sea competencia de más de un Estado miembro y cualquiera de estos Estados pueda legítimamente iniciar acciones judiciales por los mismos hechos, los Estados miembros implicados colaborarán para decidir cuál de ellos emprenderá acciones judiciales contra los autores del delito con el objetivo de centralizar, en la medida de lo posible, dichas acciones en un único Estado miembro. Con este fin, los Estados miembros podrán recurrir a Eurojust o a cualquier otro órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones.

Se tendrán especialmente en cuenta los siguientes elementos:

a) el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos;

b) el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente;

L 300/44 Diario Oficial de la Unión Europea 11.11.2008 ESc) el Estado miembro de origen de las víctimas;

d) el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor.

3. Todo Estado miembro que, con arreglo a su legislación, todavía no extradite o entregue a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia y, en su caso, iniciar acciones judiciales respecto del delito a que se refiere el artículo 2 cuando lo cometa uno de sus propios nacionales fuera de su territorio.

4. El presente artículo no excluye el ejercicio de una competencia en materia penal establecida en un Estado miembro de conformidad con su legislación nacional.

Artículo 8

Actuación sin denuncia o acusación de las víctimas

Los Estados miembros garantizarán que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere el artículo 2 no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de tales delitos, al menos si los hechos se cometieron en el territorio del Estado miembro.

Artículo 9

Derogación de disposiciones existentes

Queda derogada la Acción Común 98/733/JAI.

La referencia a la participación en una organización delictiva según lo dispuesto en la presente Decisión marco sustituye a las referencias a la participación en una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI en las disposiciones aprobadas en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Artículo 10

Aplicación e informes

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Decisión marco antes de 11 de mayo de 2010.
2. Los Estados miembros transmitirán, antes de 11 de mayo de 2010 a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, el texto de las disposiciones por el que se incorporan en su Derecho nacional las obligaciones que la presente Decisión marco les impone. Tomando como base un informe elaborado a partir de estos datos y un informe escrito de la Comisión, el Consejo evaluará, antes 11 de noviembre de 2012, si los Estados miembros han adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Decisión marco.

Artículo 11

Aplicación territorial

La presente Decisión marco se aplicará a Gibraltar.

Artículo 12

Entrada en vigor

La presente Decisión marco entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Hecho en Luxemburgo, el 24 de octubre de 2008.

Por el Consejo

La Presidenta

M. ALLIOT-MARIE

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN

ACERVO DE SCHENGEN - CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN DE 14 DE JUNIO DE 1985 ENTRE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN ECONÓMICA BENELUX, DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA Y DE LA REPÚBLICA FRANCESA RELATIVO A LA SUPRESIÓN GRADUAL DE LOS CONTROLES EN LAS FRONTERAS COMUNES (14 de junio de 1985)

14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

El REINO DE BÉLGICA, la REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, la REPÚBLICA FRANCESA, el GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO y el REINO DE LOS PAÍSES BAJOS, en lo sucesivo denominados "las Partes contratantes", BASÁNDOSE en el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, DECIDIDOS a cumplir la voluntad, expresada en dicho Acuerdo, de lograr la supresión de controles en las fronteras comunes en la circulación de personas y de facilitar en dichas fronteras el transporte y la circulación de mercancías, CONSIDERANDO que el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, completado por el Acta Única Europea, dispone que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, CONSIDERANDO que la finalidad perseguida por las Partes contratantes coincide con el citado objetivo, sin perjuicio de las medidas que se adopten en aplicación de las disposiciones del Tratado, CONSIDERANDO que el cumplimiento de esta voluntad requiere una serie de medidas al efecto y una estrecha cooperación entre las Partes contratantes,

HAN CONVENIDO EN LAS DISPOSICIONES SIGUIENTES:

(...)

CAPÍTULO VI

ESTUPEFACIENTES

(...)

Artículo 73

1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate

3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir.

LEY ORGANICA 8/1992, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIMINAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguientes Ley Orgánica:

I. Exposición de motivos

La Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, refleja la grave preocupación que en todas las naciones provoca el incremento del tráfico ilegal de tales sustancias, y sus efectos directos en las criminalidades. Las medidas que en este texto se incorporan suponen, por ello, un incremento en la reacción penal frente a aquellas conductas delictivas.

España, parte en esta Convención, está obligada a introducir en su ordenamiento penal las medidas que en la misma figuran y no tienen todavía plasmación expresa en su sistema legal. Para cumplir con esta finalidad, se ha elaborado la presente reforma del Código Penal, en el que, para cumplir los plazos exigidos por la Convención, se introduce una regulación que ya se encuentra incorporada el Proyecto de Ley del nuevo Código, adelantando, así, la entrada en vigor de estas medidas penales.

Las novedades que se introduzcan ahora, de manera coordinada con lo que se está haciendo en todos los países de nuestra órbita cultural, se refieren, básicamente, a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los denominados precursores (equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y asimismo, de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, lo que supone la trasposición de los aspectos penales de la Directiva 91/308 CEE.

Por otra parte, y al efecto de cumplimentar también la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen se incorpora un nuevo artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Capítulo I Modificaciones del Código Penal

Artículo primero.

Se incorporan al artículo 344 bis a), del Código Penal, y a continuación de su texto actual, las tres siguientes nuevas circunstancias:«8.º Cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas.9.º. Cuando

el culpable participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.10.º Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos.»

Artículo segundo.

El artículo 344 bis e), tendrá la siguiente redacción:«1.º A no ser que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenida, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.2º A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dichas autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.3º Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.»

Artículo tercero.

Se incorporan a la Sección 2.ª del Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal cinco nuevos artículos, rotulados desde el 344 bis g) al 344 bis k), ambos inclusive, con el siguiente contenido:

«Artículo 344 bis g).

El que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviese en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios o Convenciones, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Artículo 344 bis h).

1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

2. Con las mismas penas será castigado al que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.

3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.

Artículo 344 bis i).

El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Artículo 344 bis j).

En los supuestos previstos en los artículos 344 bis g), 344 bis h) y 344 bis i) se impondrán las penas privativas de libertad en su grado máximo a las personas que pertenecieran a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial y las demás medidas previstas en el artículo 344 bis b).

Artículo 344 bis k).

En el caso de que los bienes del penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 344 a 344 bis j) no fueren bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente:1.º La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.2.º La multa.3.º Las costas del acusador particular y las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado sin preferencia entre los interesados.»

Artículo cuarto.

1. La expresión «artículos 344 y 344 bis a)», que se efectúa en el artículo 344 bis c) del Código Penal, queda sustituida por la siguiente: «artículos 344 a 344 bis b), y 344 bis g) a 344 bis j)».2. La expresión «artículos anteriores», que se efectúa en el artículo 344 bis d) del Código Penal, queda sustituida por la siguientes: «artículos 344 a 344 bis c), y 344 bis g) a 344 bis j)».

Capítulo II Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo quinto.

Se añade en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un artículo 263 bis con la siguiente redacción:«1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidades a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.»

Disposición final única.

El artículo quinto de la presente Ley tiene carácter de Ley ordinaria.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Madrid, 23 de diciembre de 1992.

JUAN CARLOS R

El presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

LEY ORGÁNICA 5/1999, DE 13 DE ENERO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MATERIA DE PERFECCIONAMIENTO DE LA ACCIÓN INVESTIGADORA RELACIONADA CON EL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y OTRAS ACTIVIDADES ILÍCITAS GRAVES

(BOE 14 de enero de 1999)

Nota: Modifica el art. 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación de la misma, estableciendo la posibilidad de la entrega vigilada de drogas como medio de descubrimiento o identificación de las personas involucradas en la comisión de algún delito relacionado con drogas. Su inclusión en el ordenamiento español responde a las obligaciones contraídas por la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (BOE 10 de noviembre de 1990).

Añade el art. 282 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que proporciona habilitación legal para los agentes encubiertos y regula diferentes aspectos de su actividad.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

(...)

Artículo primero.

Se modifica, en el Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 263 bis, que tendrá la siguiente redacción:

1.El Juez de Instrucción competentes y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a las que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

2.Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 303 y 368 a 373 del Código penal, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley.

Artículo segundo.

Se añade en el Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 282 bis con la siguiente redacción:

1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta con la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, 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:

- a) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

e) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

f) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

h) Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.

i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

j) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.

k) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.

Disposición derogatoria única.

(...)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

14 de setiembre de 1882

(...)

LIBRO II

TÍTULO III

Artículo 282 bis

“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuara en el caso concreto.

La información que vaya obteniendo el agente deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la información, así mismo, dicha información deberá de aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente

2. Los funcionarios de la policía judicial que hubieran actuado en una investigación con una identidad falsa de conformidad con lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica Nº 19/1994 de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del Órgano Judicial competente, las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considera delincuencia organizada la asociación de tres o más personas, para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer algunos o alguno de los delitos siguientes:

a. Delito de secuestro previsto en el artículo 164 a 166 del Código Pena.

b. delitos relativos a la prostitución previstos en el artículo 187 a 189 del Código Penal.

c. delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en el artículo 237, 243 244, 248 y 301 del Código Penal.

d. Delitos relativos a la propiedad intelectual o industrial previsto en los artículos 270 a 277 del Código Penal

e. Delitos contra los derechos de los trabajadores previsto en los artículos 312 y 313 del Código Penal

f. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previsto en los artículos 332 y 334 del Código Penal

g. Delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 el Código Penal.

h. Delitos contra la salud pública previsto en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

i. Delitos de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.

J, delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.

k. delitos de terrorismo previsto en los artículos 571 a 578 del Código Penal.

l. Delitos contra el patrimonio histórico previsto en los artículos 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de represión del contrabando.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación al delito.

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas, a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.

(...)

LEY ORGÁNICA 19/1994

DE 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales

**Don Juan Carlos I,
Rey de España.**

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed:

Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

(...)

Artículo 1.

1. Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 2.

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Artículo 3.

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

2. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

Artículo 4.

1. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

2. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

3. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

4. De igual forma, la partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se considerarán de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

El artículo 3.2 de esta Ley tendrá el carácter de Ley ordinaria.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA.

El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dictará las disposiciones reglamentarias que resulten necesarias para su ejecución.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.

Quedan derogados cuantos preceptos se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica. Madrid, 23 de diciembre de 1994.

- Juan Carlos R. -

El Presidente del Gobierno,

Felipe González Márquez

LEGISLACIÓN ARGENTINA

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA Ley N° 23.984

TÍTULO I

CAPÍTULO III

Derechos e la víctima y el testigo

(...)

Art. 79. - Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia;
- d) A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado;
- e) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.

Ley 24.424- Ley de Estupefacientes

(...)

Artículo 9 de la Ley 24.424. “Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuere la cantidad de años de servicio que tuviere. En este último caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponda a quien tenga dos grados más del que él tiene”.

(...)

LEY 23. 737 TENENCIA Y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES 10/10/1989

(...)

Artículo 31 bis. Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta:

- a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y
- b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero.

La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinquies (nota).

Artículo 31 ter. No será punible el agente encubierto que, como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a las previsiones del primer párrafo de este artículo, el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Artículo 31 quater. Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Artículo 31 quinquies. Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuese la cantidad de años de servicio que tuviera. En este último caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponda a quien tenga dos grados más del que él tiene.

En cuanto fuere compatible, se aplicarán las disposiciones del artículo 33 bis.

Artículo 31 sexies. El funcionario o empleado público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto o, en su caso, la nueva identidad o el domicilio de un testigo o imputado protegido, será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua. El funcionario o empleado público que, por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de uno a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años.

Artículo 32. Cuando la demora en el procedimiento pueda comprometer el éxito de la investigación, el juez de la causa podrá actuar en ajena jurisdicción territorial, ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entienda pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar. Además, las autoridades de prevención deben poner en conocimiento del juez del lugar los resultados de las diligencias practicadas, poniendo a disposición del mismo las personas detenidas a fin de que este magistrado controle si la privación de la libertad responde estrictamente a las medidas ordenadas. Constatado este extremo el juez del lugar pondrá a los detenidos a disposición del juez de la causa.

Artículo 33. El juez de la causa podrá autorizar a la autoridad de prevención que postergue la detención de personas o el secuestro de estupefacientes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación.

El juez podrá incluso suspender la interceptación en territorio argentino de una remesa ilícita de estupefacientes y permitir su salida del país, cuando tuviere seguridades de que será vigilada por las autoridades judiciales del país de destino. Esta medida deberá disponerse por resolución fundada, haciéndose constar, en cuanto sea posible, la calidad y cantidad de la sustancia vigilada como así también su peso.

Artículo 33 bis. Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Estas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación.

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO Ley 906- 31/08/2004

LIBRO II TÉCNICAS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA PRUEBA Y SISTEMA PROBATORIO TÍTULO I LA INDAGACIÓN Y LA INVESTIGACIÓN CAPÍTULO I (...)

Artículo 240. Vigilancia de cosas. El fiscal que dirija la investigación, que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que un inmueble, nave, aeronave o cualquier otro vehículo o mueble se usa para almacenar droga que produzca dependencia, elemento que sirva para el procesamiento de dicha droga, o para ocultar explosivos, armas, municiones, sustancias para producir explosivos y, en general, los instrumentos de comisión de un delito o los bienes y efectos provenientes de su ejecución, ordenará a la policía judicial vigilar esos lugares y esas cosas, con el fin de conseguir información útil para la investigación que se adelanta. Si en el lapso máximo de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio idóneo, siempre y cuando no se afecte la expectativa razonable de intimidad del indiciado, del imputado o de terceros.

En este último caso se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente sobre la vigilancia electrónica.

En todo caso se surtirá la autorización del juez de control de garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General.

Artículo 241. Análisis e infiltración de organización criminal. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura

organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo anterior.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Artículo 243. Entrega vigilada. El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

Artículo 244. *Búsqueda selectiva en bases de datos.* La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

(...)
TÍTULO II
MEDIOS COGNOSCITIVOS EN LA INDAGACION
E INVESTIGACION
CAPITULO UNICO

Artículo 279. Elemento material probatorio y evidencia física recogidos por agente encubierto o por agente infiltrado. El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

(...)

Artículo 293. Reserva de la identidad del testigo.

Cuando se trate de procesos de conocimiento de los jueces regionales y las circunstancias lo aconsejen, para seguridad de los testigos se autorizará que éstos coloquen la huella digital en su declaración en lugar de su firma. En estos casos el Ministerio Público certificará, junto con el Fiscal que practique la diligencia, que dicha huella corresponde a la persona que declaró. En el texto del Acta, que se agregará al expediente, se omitirá la referencia al nombre de la persona y se dejará constancia del levantamiento de la identidad del testigo y del destino que se dé a la parte reservada del Acta, en la que se señalará la identidad del declarante y todos los elementos que puedan servir para valorar la credibilidad del testimonio. La parte reservada del Acta llevará la firma y huella digital del testigo, así como las firmas del Fiscal y el Agente del Ministerio Público.

Excepcionalmente la reserva podrá extenderse a apartes de la declaración que permitirían la identificación del testigo para garantizar su protección con autorización del Fiscal y del Ministerio Público quienes deberán estar de acuerdo para que proceda esta medida.

El Juez, el Fiscal y el Ministerio Público conocerán la identidad del testigo y cualquier otra parte reservada del Acta para la valoración de la prueba de conformidad con la sana crítica. La reserva se mantendrá para los demás sujetos procesales, pero se levantará antes si se descubren falsos testimonios, contradicciones graves o propósitos fraudulentos, o cuando la seguridad del testigo esté garantizada por cambio legal de identidad o cualquier otra forma de incorporación al Programa de Protección de Víctimas y Testigos.

Las disposiciones precedentes se aplicarán en todo caso sin perjuicio de las reglas sobre confrontación de testimonios contenidas en tratados públicos de derechos humanos ratificados por Colombia, ni del derecho de contradicción de la prueba en el sumario y en el juicio que garantiza el artículo 29 de la Constitución Nacional. Protegiendo la identidad del testigo, el defensor tendrá derecho a que se practique diligencia de ampliación del testimonio y a contra interrogar en ella al deponente.

(...)

LEY 67 DE 1993

(Agosto 23)

Diario Oficial No.41.003, de 24 de Agosto de 1993.

Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

Visto el texto de la "Convención de las Naciones Unidas contra

El Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas",

Suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, que a la letra dice:

(...)

DECRETA:

ARTÍCULO 1A. Apruébese la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, con las siguientes reservas y declaraciones que se presentan y que forman parte integrante de esta ley y que el Gobierno de Colombia formulará al depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención que por esta Ley se aprueba:

RESERVAS

1. Colombia no se obliga por el artículo 3 párrafos 6o. y 9o., y el artículo 6 de la Convención, por ser contrarios al artículo 35 de su Constitución Política en cuanto a la prohibición de extraditar colombianos por nacimiento.

2. Numeral INEXEQUIBLE

3. Colombia, en virtud del párrafo 7o. del artículo 5 de la Convención, no se considera obligada a establecer la inversión de la carga de la prueba.

4. Colombia formula reserva respecto del artículo 9, párrafo 1, incisos b), c), d) y e), de la Convención, en cuanto se oponga a la autonomía e independencia de las autoridades judiciales para conocer de la investigación y juzgamiento de los delitos.

DECLARACIONES

1. Ninguna parte de la Convención podrá interpretarse en el sentido de obligar a Colombia a adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otro carácter que vulneren o restrinjan su sistema constitucional y legal o vayan más allá de los tratados en que sea parte contratante el Estado Colombiano.

2. Numeral CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE Colombia entiende que el tratamiento que la Convención da al cultivo de la hoja de coca como infracción penal debe armonizarse con una política de desarrollo alternativo, tomando en cuenta los derechos de las comunidades indígenas involucradas y la protección del medio ambiente. En el mismo sentido, Colombia entiende que el trato discriminatorio, inequitativo y restrictivo que se le da en los mercados internacionales a sus productos agrícolas de exportación, en nada contribuye al control de los cultivos ilícitos pues, por el contrario, es causa del deterioro social y ecológico en las zonas afectadas.

3. Colombia entiende que la aplicación del párrafo 7o. del artículo 3 de la Convención se hará de conformidad con su sistema penal y teniendo en cuenta los beneficios de sus políticas de sometimiento y colaboración de presuntos delincuentes a la justicia.

4. Una solicitud de asistencia legal recíproca no será concedida cuando las autoridades de Colombia, incluso judiciales, consideren que su otorgamiento menoscaba el interés público o el orden constitucional o legal. También se deberá observar el principio de reciprocidad.

5. Colombia entiende que el párrafo 8o. del artículo 3 de la Convención no implica la imprescriptibilidad de la acción penal.

6. El artículo 24 de la Convención sobre "medidas más estrictas o rigurosas", no podrá interpretarse en el sentido de conferir al Gobierno poderes más amplios de los que le confiere la Constitución Política de Colombia, incluso bajo los Estados de Excepción.

7. Colombia entiende que la asistencia prevista en el artículo 17 de la Convención sólo operará en alta mar y a solicitud expresa y con autorización del Gobierno colombiano.

8. Colombia declara que considera contrario a los principios y normas de Derecho Internacional, y en particular a los de igualdad soberana, integridad territorial y no intervención, cualquier acto tendiente al secuestro o privación ilegal de la libertad de las personas dentro del territorio de un Estado para hacerlas comparecer ante los tribunales de otro.

9. Numeral CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE Colombia entiende que la remisión de actuaciones penales a que alude el artículo 8 de la Convención, se hará de tal forma que no se vulneren las garantías constitucionales del derecho de defensa. Así mismo, Colombia declara, en cuanto al párrafo 10 del artículo 6 de la Convención, que, en la ejecución de sentencias extranjeras, debe procederse conforme al inciso 2o. del artículo 35 de su Constitución Política y demás normas constitucionales y legales.

ARTÍCULO 2o. Con estricto cumplimiento de lo dispuesto en el articulado de la ley 7a. de 1944, la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 que por esta ley se aprueba con sus reservas y declaraciones, obligará definitivamente al país a partir de la fecha en que perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma.

ARTÍCULO 3o. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993)

CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO

La Ministra de Relaciones Exteriores,

NOEMÍ SANÍN DE RUBIO,

El Ministro de Justicia,

ANDRÉS GONZÁLEZ DÍAZ

LEY 975 DE 2005

25 de julio de 2005

Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

CAPITULO I.

PRINCIPIOS Y DEFINICIONES.

ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA PRESENTE LEY. La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002.

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE LA LEY, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN NORMATIVA. La presente ley regula lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

La interpretación y aplicación de las disposiciones previstas en esta ley deberán realizarse de conformidad con las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Colombia. La incorporación de algunas disposiciones internacionales en la presente ley, no debe entenderse como la negación de otras normas internacionales que regulan esta misma materia.

La reinserción a la vida civil de las personas que puedan ser favorecidas con amnistía, indulto o cualquier otro beneficio establecido en la Ley 782 de 2002, se regirá por lo dispuesto en dicha ley.

(...)

LEGISLACIÓN MEXICANA

REGLAMENTO DE LA LEY DE LA POLICIA FEDERAL

TEXTO VIGENTE

Nuevo Reglamento Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 2010

(...)

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS OPERACIONES ENCUBIERTAS Y USUARIOS SIMULADOS

Artículo 209.- Para efectos de este Reglamento se entiende por operación encubierta, la actuación de agentes policiales, que, ocultando su verdadera identidad, tengan como fin infiltrarse en el medio crimínogeno para recopilar, analizar y aplicar la información obtenida para la prevención y, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, combate al delito.

Artículo 210.- Para la realización de operaciones encubiertas se deberán cumplir, como mínimo, los lineamientos y requisitos siguientes:

- I.** Argumentos sobre la necesidad de la medida;
- II.** Información de la que se desprenda la preparación de delitos;
- III.** Finalidad de inteligencia, relativa a la identificación de probables autores o partícipes del delito;
- IV.** Autorización formal del Comisionado General, previo acuerdo con el Secretario;
- V.** Planeamiento táctico de la operación y designación de los agentes;
- VI.** Coordinación con autoridades extranjeras, según sea el caso, y
- VII.** Supervisión por parte de la autoridad competente.

Los Manuales de Operaciones Encubiertas y de Usuarios Simulados detallarán, conforme a estos lineamientos, los procedimientos de las operaciones a que se refiere el presente artículo.

Artículo 211.- Para la realización de operaciones encubiertas se podrán utilizar las siguientes figuras:

- I.** Agente encubierto, que es el Integrante que bajo una identidad supuesta se involucra en estructuras, asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los participantes, así como de obtener información necesaria en la investigación para prevenir actos delictivos; y
- II.** Informante, es la persona que suministra información útil, oportuna y suficiente para actividades de investigación e inteligencia para la prevención de los delitos, así como para la localización y detención efectiva de personas respecto de las cuales exista un mandamiento ministerial o judicial con el fin de cooperar en la investigación o cumplimiento de los mandatos ministeriales o judiciales.

Artículo 212.- En las actividades que desarrollen los agentes encubiertos, conforme a lo dispuesto en este Reglamento y demás disposiciones aplicables, se considerará que actúan en cumplimiento de un deber, y por tanto, no se procederá penalmente en su contra, siempre que su actuación se apegue a los lineamientos, términos, modalidades, limitaciones y condiciones de la autorización, y se cumplan los requisitos siguientes:

- a)** Se haya tratado de una operación autorizada legalmente;
- b)** Que durante toda la operación el Integrante rindió puntualmente sus informes;
- c)** El Integrante se haya sujetado a los lineamientos de la autorización;
- d)** La conducta realizada por el Integrante haya sido ineludible y con el exclusivo propósito de preservar su integridad, su cobertura o la propia investigación;
- e)** El Integrante haya entregado oportunamente todos los recursos, bienes e información obtenidos con motivo de la operación, y
- f)** El Integrante haya tomado las medidas necesarias, conforme a sus posibilidades, para evitar al máximo la producción de daños.

Toda actuación que implique desapego a instrucciones u operaciones no autorizadas será sancionada en términos de lo dispuesto en la Ley correspondiente.

Los Integrantes encubiertos podrán gozar de apoyo psicológico para mantener su actuación dentro de las normas que les aplican y serán sometidos periódicamente a evaluaciones de control de confianza, dentro de un plazo que no podrá ser superior a seis meses.

Artículo 213.- Los servidores públicos designados como agentes en las operaciones encubiertas y usuarios simulados para la prevención de los delitos deberán estar certificados por la División de Inteligencia.

Artículo 214.- La División de Inteligencia mantendrá en todo momento el control de operaciones encubiertas y creará la estructura logística necesaria para la autorización, coordinación y control de las operaciones encubiertas.

La Dirección General de Operaciones Encubiertas e Infiltración asesorará a los agentes investigadores en lo relativo al análisis, solicitud, preparación, ejecución y control de las operaciones encubiertas y, los supervisará con el propósito de garantizar su integridad física, así como el cumplimiento de la Ley, Reglamento y demás disposiciones legales e instrucciones generales o específicas que rijan las operaciones encubiertas.

Una vez concluida la operación, y cuando ya no exista riesgo para la integridad del Integrante o para la operación, conforme a las disposiciones que emita al efecto el Secretario, se informará a la Unidad de Asuntos Internos para que, de estimarlo conveniente, verifique el cumplimiento de la normatividad aplicable, preservando la secrecía de la información. Dicho período no podrá ser mínimo a 5 años.

Artículo 215.- El Comisionado General autorizará, previo acuerdo con el Secretario, operaciones encubiertas para desarrollar inteligencia para la prevención, y, conforme a las demás disposiciones aplicables, en el caso de la investigación del delito.

Las autorizaciones deberán contener los requisitos siguientes:

- I.** La identificación del lugar o lugares donde se realizará la operación;
- II.** Duración. La operación encubierta deberá establecer el tiempo de su duración, que no podrá ser mayor a un año, a menos que exista autorización expresa del Comisionado General, y
- III.** El responsable de la operación, el o los Integrantes a infiltrarse y sus nombres clave, que sólo serán del conocimiento del Comisionado General, del Jefe de la División de Inteligencia y del Coordinador de Operaciones Encubiertas.

El Comisionado General deberá autorizar, mediante resolución fundada y tomando en cuenta el tipo de investigación preventiva, la reserva de la identidad de los Integrantes infiltrados.

Tratándose de la ejecución de órdenes de aprehensión, detenciones en flagrancia y cateos relacionados con los delitos de delincuencia organizada solicitará al Ministerio Público dicha reserva, imposibilitando que conste en cualquier documento público de la investigación, su nombre, domicilio, fotografía o cualquier otro dato o circunstancia que pudiera servir para su identificación.

En tales casos, se asignará una clave numérica que sólo será del conocimiento del Secretario, el Comisionado General, el Jefe de la División de Inteligencia, el Coordinador de Operaciones Encubiertas y el Integrante responsable de la operación, sin perjuicio de las facultades del Ministerio Público durante la Averiguación Previa, en términos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Las operaciones encubiertas que se realicen en la investigación y combate a los delitos se llevarán a cabo bajo la supervisión y vigilancia del Ministerio Público.

El responsable de la operación deberá rendir informe con la periodicidad que determine el Jefe de la División de Inteligencia.

El Comisionado General y el Jefe de la División de Inteligencia deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la integridad física del agente encubierto, la secrecía de la operación y que el personal infiltrado reciba todas sus prestaciones correspondientes.

Al concluir la operación encubierta se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por la autoridad que practique la diligencia.

Anualmente, el Jefe de la División de Inteligencia rendirá un informe estadístico sobre las operaciones encubiertas realizadas, y dará vista a la Unidad de Asuntos Internos para que, en su caso, supervise que las operaciones se ajustaron a derecho. Ningún Integrante podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

Artículo 216.- Toda la información generada por los agentes encubiertos será clasificada como confidencial, según sea el caso. En caso de revelación de la identidad real del agente encubierto, su situación de peligro personal

será asumida por la Institución y obligará a su protección y a la de sus dependientes económicos, cuando aquella se produzca.

El Comisionado General, mediante resolución fundada y motivada, podrá otorgar con base en las circunstancias del caso, autorización para que ante las autoridades competentes se gestione una nueva identidad para el agente encubierto, dotándolo de la documentación soporte, en colaboración con las autoridades que resulte necesario. En ningún caso se alterarán libros o registros públicos.

El agente autorizado para contar con una nueva identidad deberá informar al Comisionado General, al término de las gestiones realizadas, los datos de la misma, sobre los cuales se guardará reserva en término de las disposiciones aplicables.

Artículo 217.- Para efectos de este Reglamento se entiende por operaciones con usuarios simulados el operativo específico mediante el cual Integrantes de la Institución se presentan en los lugares previamente identificados a solicitar algún trámite o servicio como si se tratara de cualquier ciudadano con el objeto de evitar o, en su caso, advertir actos delictivos.

Artículo 218.- El Comisionado General autorizará, previo acuerdo con el Secretario, usuarios simulados para desarrollar operaciones de inteligencia para la prevención del delito, en término de las disposiciones aplicables, y requerirá a las autoridades administrativas correspondientes, la colaboración efectiva en el ámbito de sus respectivas competencias para efectos de lo dispuesto en el presente artículo.

Las autorizaciones deberán contener los requisitos siguientes:

- I.** La identificación del lugar o lugares donde se realizará la intervención;
- II.** Duración. La operación de usuario simulado deberá establecer el tiempo de su duración, y
- III.** El responsable de la operación, y la persona o personas que harán de usuarios simulados y sus nombres clave.

Al concluir la operación de usuario simulado se levantará acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por la autoridad que practique la diligencia y se dará vista a la Unidad de Asuntos Internos para que, en su caso, supervise que las actuaciones se ajustaron a derecho.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS

Artículo 219.- Para efectos de este Reglamento se entiende por intervención de comunicaciones privadas la operación policial con autorización judicial para interceptar o captar comunicaciones, con la finalidad de recopilar, analizar y aplicar la información obtenida para la prevención, y bajo la conducción y mando del Ministerio Público, combate a los delitos.

Artículo 220.- La solicitud de autorización de intervención de comunicaciones se hará ante el Juez correspondiente a través de cualquier medio, incluso aquellos que los adelantos electrónicos y tecnológicos permitan, de conformidad con las disposiciones aplicables, anexando los elementos con los que se constate la existencia de indicios suficientes que acrediten que se está organizando la comisión de alguno de los delitos señalados en el artículo 51 de la Ley.

La solicitud deberá contener, además de los requisitos señalados por la Ley, el tipo de procedimiento para llevar a cabo la intervención.

Artículo 221.- Si al practicarse la intervención de comunicaciones resultare el descubrimiento de un delito distinto al objeto de la investigación, se hará constar en el acta correspondiente y se dará aviso de inmediato al Ministerio Público.

(...)

Dado en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal a trece de mayo de dos mil diez. - Felipe de Jesús Calderón Hinojosa.- Rúbrica.- El Secretario de Seguridad Pública, Genaro García Luna.- Rúbrica.

LEGISLACIÓN NACIONAL

LEY DE LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS DECRETO LEGISLATIVO N° 824
24 de abril de 2006

CONCORDANCIA: R.M. N° 0234-2001-IN-1101
R.M. N° 0090-2002-IN-1101

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA:
POR CUANTO:

El Congreso de la República, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Constitución Política, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, incluyendo los organismos e Instituciones del Estado encargados de su implementación, por un plazo de 120 días; Que uno de los objetivos del Gobierno es fortalecer la lucha contra el consumo de drogas, apoyar la rehabilitación del drogadicto y sustituir los cultivos de hojas de coca; para lo cual es necesario constituir una Comisión conformada por funcionarios del más alto nivel encargada de canalizar y coordinar los esfuerzos nacionales en ese ámbito;

Que de conformidad con el artículo 166 de la Constitución Política, corresponde a la Policía Nacional, prevenir, investigar y combatir la delincuencia en sus múltiples modalidades y en la cual el tráfico ilícito de drogas como delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, es uno de los más graves;

Que las FFAA han venido participando en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, en las zonas declaradas en estado de emergencia donde no existía presencia policial; por lo que dadas las condiciones actuales, el Gobierno considera conveniente que los efectivos de las FFAA retomen a plenitud las responsabilidades propias de su misión específica de la Defensa y Seguridad Nacional; Que con el propósito de restablecer en forma integral y progresiva el normal desarrollo de las actividades en las zonas convulsionadas por el terrorismo, resulta conveniente que la Policía Nacional y las demás instituciones cumplan sus funciones constitucionales para consolidar las estrategias dictadas en materia de tráfico ilícito de drogas y de Pacificación Nacional;

Que en tal sentido es necesario derogar y modificar, en su caso, la legislación vigente en materia de tráfico ilícito de drogas a efectos de adecuarla a la Estrategia Global diseñada por el Gobierno para erradicar el Tráfico Ilícito de Drogas; Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República.

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

TITULO I

LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS

Artículo 1.- Declárase de interés nacional la lucha contra el consumo de drogas en todo el territorio. Constitúyase para tal efecto la COMISION DE LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS, "CONTRADROGAS" como ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar de manera integral las acciones de prevención contra el consumo de drogas. (*)(**)(***)(****)(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 025-98, publicado el 18-06-98, este organismo quedará adscrito al Sector Salud.

(**) De conformidad con el Artículo 1 del Decreto de Urgencia N° 047-98, publicada el 19-09-98, este organismo quedará adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

(***) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27112, publicada el 16-05-99, la Comisión creada por este Decreto Legislativo, se denominará Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas (CONTRADROGAS) y estará adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.

(****) De conformidad con el Artículo 2 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 032-2002-PCM, publicada el 11-05-2002, a partir de la vigencia del citado dispositivo la nueva denominación será COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS - "DEVIDA".

Artículo 2.- Son objetivos de "CONTRADROGAS", los siguientes:

- a.- Prevenir el consumo de drogas en el Perú. Se enfocará la prevención desde la educación, la información y la promoción de una vida sana a través del desarrollo de diversas acciones para tal fin.
- b.- Contribuir a la creación y/o fortalecimiento de programas de rehabilitación de drogadictos.
- c.- Promover la sustitución de los cultivos de hoja de coca y crear conciencia acerca del peligro de otros tipos de sembríos ilícitos.
- d.- Promover el desarrollo de programas de educación y de concientización nacional, respecto a la ilegalidad y perjuicio del uso, de la producción, tráfico y microcomercialización de los derivados de la hoja de coca y otras sustancias ilegales.

e.- Promover ante la Comunidad Internacional, Extranjera y Nacional la obtención de recursos destinados a financiar los esfuerzos nacionales para la lucha contra las drogas en todos sus aspectos. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27629 publicada el 11-01-2002, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 2.- Son objetivos de la Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas -

"CONTRADROGAS", los siguientes:

- a) Diseñar y conducir la Política Nacional de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país.
- b) Prevenir el consumo de drogas en el Perú. Se enfocará la prevención desde la educación, la información y la promoción de una vida sana a través del desarrollo de diversas acciones para tal fin.
- c) Contribuir a la creación y/o fortalecimiento de programas de rehabilitación de drogadictos.
- d) Promover la sustitución de los cultivos de hoja de coca, amapola y de otros tipos de sembríos de los cuales se puede producir drogas ilícitas.
- e) Promover el desarrollo de programas de educación y de concientización nacional, respecto a la ilegalidad y perjuicio del uso, de la producción, tráfico y microcomercialización de los derivados ilícitos de la hoja de coca y otras sustancias ilegales.
- f) Promover ante la comunidad internacional, extranjera y nacional la obtención de recursos destinados a financiar los esfuerzos nacionales para la lucha contra las drogas en todos sus aspectos, supervisando el desempeño de las entidades públicas y privadas que ejecuten el financiamiento señalado, dando cuenta a la Contraloría General de la República y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República."

Artículo 3.- CONTRADROGAS contará con un Directorio presidido por un Ministro de Estado designado por el Presidente de la República, e integrado por 4 miembros adicionales nombrados por Resolución Suprema. La estructura y demás funciones se establecerán en su reglamento que será aprobado por Decreto Supremo.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27629 publicada el 11-01-2002, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3.- La Comisión de Lucha contra el Consumo de Drogas - "CONTRADROGAS", es un organismo público descentralizado comprendido en el Sector Presidencia del Consejo de Ministros y constituye un Pliego Presupuestal. Para el mejor cumplimiento de sus objetivos cuenta con un Directorio que estará presidido por:

Un Presidente Ejecutivo con rango de Ministro, designado por el Presidente de la República mediante resolución suprema.

Y conformado por:

El Presidente del Consejo de Ministros o su representante.

El Ministro de Agricultura o su representante.

El Ministro de Defensa o su representante.

El Ministro de Economía y Finanzas o su representante. (*)

(*) De conformidad con el Artículo Único de la Resolución Ministerial N° 236-2002-EF-10, publicada el 31-05-2002, se designa como representante del Ministerio de Economía y Finanzas al señor

Milton Von Hesse La Serna.

El Ministro de Educación o su representante.

El Ministro del Interior o su representante.

El Ministro de Justicia o su representante. (*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 191-2002-JUS, publicada el 09-06-2002, se designa como representante del Ministerio de Justicia al señor Gonzalo Carrquiry Blondet.

La Ministra de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano o su representante.

El Ministro de Relaciones Exteriores o su representante. El Ministro de Salud o su representante. (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 1735-2002-SA-DM, publicada el 04-11-2002, se designa al Dr. Gustavo De Vinatea Bellatín, como representante del Ministro de Salud.

El Ministro de Transportes, Comunicaciones, (*) Vivienda y Construcción o su representante.

(*) De conformidad con el Artículo Único de la Resolución Ministerial N° 523-2002-MTC-15.01, publicada el 14-09-2002, se designa como representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones al Dr. Alberto M. Sanabria Ortiz.

Dos representantes de los alcaldes de la zona productora de hoja de coca.

Dos representantes de los productores del cultivo de la hoja de coca.

Un representante de la Asamblea Nacional de Rectores que designará entre las universidades de las zonas involucradas en la producción de la coca."

CONCORDANCIA: R.S. N° 001-2001-PCM

R.M. N° 0054-2002-IN

R.M. N° 318-2002-SA-DM

R.M. N° 096-2002-MTC-15.01

(*) Mediante Resolución Suprema N° 252-2002-PCM, publicada el 27-06-2002, se designa a los miembros del Directorio de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - "DEVIDA" (antes CONTRADROGAS)

Artículo 4.- La Policía Nacional no sólo cumplirá con la función de interdicción, sino que también colaborará estrechamente en el cumplimiento de los objetivos de CONTRADROGAS, especialmente en lo que se refiere a la sustitución de cultivos de hoja de coca.

TITULO II

FUNCIONES DE LA POLICIA NACIONAL

Artículo 5.- La Policía Nacional a través de sus órganos especializados, es la entidad encargada de prevenir, investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones, para cuyo efecto y dentro de este ámbito:

- a. Asume el control de los aeropuertos y puertos fluviales y lacustres que operen en las zonas cocaleras del país.
- b. Procede en coordinación con las autoridades del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción a la destrucción o inhabilitación de las pistas de aterrizaje clandestinas.
- c. Las autoridades encargadas de la administración y control de los aeropuertos existentes en las zonas cocaleras, llevarán un Registro diario en el que se consigne:

(1) Relación de la matrícula, características y motivo del vuelo, de salida o llegada, de cada aeronave.

(2) Nombre del piloto, tripulación y pasajeros si los hubiere.

(3) Relación de la carga que transporta, indicando su peso, características, contenido, nombre y dirección del remitente y su destinatario.(4) Se consignará en la Relación, si es que se trasladan valores (dinero, joyas, etc.), especificando su procedencia, monto y denominación, nombre de la persona que los transporta y el destinatario si lo hubiere.

La Relación indicada tiene la calidad de Acta y será suscrita por la autoridad responsable, por el piloto de la aeronave y los funcionarios civiles y policiales intervinientes, quienes asumen responsabilidad solidaria por el contenido y veracidad de los datos consignados.

d. Las empresas de aviación comercial que operan en las zonas cocaleras del país, quedan obligadas a empadronarse ante las Autoridades Policiales correspondientes. Si no lo hicieren dentro de los plazos que se establezcan, perderán la licencia para operar, además de las sanciones pecuniarias que señale el Reglamento.

e. Las empresas de transporte fluvial o lacustre comercial que operan en las zonas cocaleras del país, quedan obligadas a empadronarse ante las Autoridades Policiales correspondientes. Si no lo hicieren dentro de los plazos que se establezcan, perderán la licencia para operar, además de las sanciones pecuniarias que señale el Reglamento.

Artículo 6.- El Ministerio del Interior, solicitará a los demás Sectores, Organismos e Instituciones Públicas el apoyo que requiera la Policía Nacional para el mejor cumplimiento de lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo, estando estos obligados a prestarlo, bajo responsabilidad.

Artículo 7.- La Fuerza Aérea del Perú en cumplimiento de su función está facultada para interceptar las aeronaves nacionales y extranjeras que sobrevuelan el espacio aéreo en las zonas cocaleras a efecto de establecer su identificación, naturaleza del vuelo y destino final. Si la aeronave interceptada se negase a proporcionar la información solicitada o acatar las disposiciones de la autoridad aérea, será pasible de las medidas interdictivas apropiadas considerándose incluso su derribamiento. Si como consecuencia de dicha intervención, se apreciara la comisión de hechos constitutivos del delito de tráfico ilícito de drogas, será puesto de inmediato en conocimiento de la Policía Nacional y del Ministerio Público, para los efectos de Ley.

Artículo 8.- La Marina de Guerra del Perú, en observación de su misión constitucional de resguardar la defensa y la soberanía nacional, dentro de la jurisdicción de las 200 millas de Mar Territorial, en los Puertos del Litoral Nacional así como en los Puertos fluviales y lacustres existentes en las zonas cocaleras del país, podrá interceptar las embarcaciones nacionales o extranjeras a efecto de establecer su identificación y destino final. Si como consecuencia de dicha intervención, se apreciara indicios de tráfico ilícito de drogas, este hecho será puesto de inmediato en conocimiento de la Policía Nacional y del Ministerio Público para los efectos de Ley.

Artículo 9.- Para la correcta aplicación de las medidas en lucha contra el tráfico ilícito de drogas, en todas sus modalidades, la Policía Nacional, deberá adecuar obligatoriamente sus normas y procedimientos de trabajo a las Directivas que sobre la materia dicte el Ministerio del Interior.

Artículo 10.- Modificase los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Ley N° 25626, de acuerdo a los siguientes textos:

"Artículo 1.- Para la correcta aplicación de las estrategias orientadas a lograr la Pacificación Nacional, todas las dependencias vinculadas a la lucha contra los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo, en su caso, deberán adecuar obligatoriamente sus normas y procedimientos de trabajo a las Directivas emanadas del Comando Operativo del Frente Interno (COFI) a que se refiere el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 440, modificado por el artículo 26 del Decreto Legislativo N° 743 -Ley del Sistema de Defensa Nacional-."Artículo 2.- En las zonas declaradas bajo Régimen de Excepción, los Comandos Político Militares son los responsables de la correcta aplicación de las estrategias en la lucha contra los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo, debiendo, por tanto, adecuarse las acciones de las demás dependencias que actúan dentro de estos Campos, bajo responsabilidad penal, a las Directivas que emitan dichos Comandos dentro de las áreas de su jurisdicción en cumplimiento de lo dispuesto por el Comando Operativo del Frente Interno".

"Artículo 3.- Las Normas y Directivas que hubieren expedido las diferentes dependencias vinculadas a la lucha contra los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo, en su caso, deberán ser, en un plazo no mayor de diez (10) días, coordinadas, concordadas y adecuadas a la Directivas del Comando Operativo del Frente Interno, en aplicación del artículo 1 del presente Decreto Ley".

Artículo 11.- Modificase el artículo 2 de la Ley N° 26332, de acuerdo al siguiente texto:

"Artículo 2.- Los cultivos de plantas de Género PAPAVER, PAPAVERUM SOMNIFERUM (Amapola) así como los de CANNABIS SATIBA (Marihuana), serán destruidos in situ por la Policía Nacional, por cualquier método siempre que no atente contra la conservación del medio ambiente, bajo el Control y responsabilidad directa del Fiscal Provincial, levantándose a tal efecto el acta correspondiente.

Los terrenos de cultivo, equipos de trabajo, bienes muebles e inmuebles y otros de uso directo que hubieran sido utilizados en la comisión del delito, serán incautados.

Durante la investigación Policial y el proceso penal los bienes a que se refiere el párrafo anterior serán puestos de inmediato a disposición de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, la que los asignará para su uso o administración, en coordinación con el Ministro de Agricultura y Organismo que haga sus veces, a las dependencias públicas o instituciones públicas o privadas dedicadas a actividades de investigación científica o de promoción social.

Los bienes a que se refiere el presente artículo incautados definitivamente en virtud de sentencia judicial firme, pasarán a la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas para ser subastados".

Artículo 12.- Modificase los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25427, de acuerdo al siguiente tenor:

"Artículo 1.- El Personal de Oficiales de la Policía Nacional del Perú, cualquiera sea su grado, que sea designado a prestar servicios en las zonas cocaleras del País, deberá hacer obligatoriamente su Declaración Jurada de Bienes y Rentas, al inicio y al término de su designación, siendo pasible de las sanciones respectivas si incurriese en alteración u omisión dolosa de los datos que consigne".

"Artículo 2.- La Oficina de Moralización de la Policía Nacional del Perú, periódicamente evaluará las modificaciones que se pudiera experimentar en el patrimonio de los declarantes y sus parientes más cercanos, así como en sus signos exteriores de riqueza; cuando existan evidencias de enriquecimiento ilícito, la autoridad policial correspondiente hará llegar la información pertinente al Ministerio Público, para que proceda de acuerdo a sus atribuciones".

Artículo 13.- Modificase el inciso b) del artículo 21 del Decreto Legislativo N° 744, por el siguiente texto:

"b. La oficina de Moralización Institucional y Disciplina, es un órgano que depende del Inspector General y tiene a su cargo:

- Controlar y evaluar los aspectos inherentes a la moralidad y disciplina del personal de la Policía Nacional en todos los niveles de la organización, así como proponer las medidas correctivas correspondientes. - Recibir e investigar en forma sumaria las denuncias que sobre corrupción se pudieran formular contra el personal policial que preste servicios en las zonas cocaleras, específicamente relacionados con el tráfico ilícito de drogas. En caso de encontrarse indicios de responsabilidad Penal a los denunciados, al margen de las sanciones administrativas del caso, el hecho se pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus atribuciones".

Para el cumplimiento de las funciones establecidas en los párrafos precedentes, se establecerán Oficinas de Disciplina y Moralización Institucional en las Regiones, Frentes y Direcciones de la Policía Nacional, integrando el Sistema de Control de la Policía Nacional.

Artículo 14.- Encárgase del Ministerio del Interior para que mediante Resolución del Titular del Sector, se dicten las medidas complementarias para el adecuado cumplimiento de la misión asignada a la Oficina de Moralización Institucional y Disciplina de la Policía Nacional.

Artículo 15.- Declárase en estado de emergencia todos los Aeropuertos y Puertos Fluviales y lacustres existentes en las zonas cocaleras, a nivel nacional.

Artículo 16.- Encárgase a la Policía Nacional para que, en coordinación con el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, asuma la seguridad de los Aeropuertos y Puertos que se precisan en el artículo 15 del presente Decreto Legislativo, a efectos de la investigación del delito del tráfico ilícito de drogas.

Artículo 17.- No proceden las acciones del Habeas Corpus a favor de las personas involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas durante la detención preventiva en la investigación policial, en la que haya participado el representante del Ministerio Público y el caso haya sido puesto en conocimiento de la autoridad judicial competente.

Artículo 18.- Los Ministerios del Interior y de Defensa, dictarán las disposiciones complementarias para el adecuado y oportuno relevo de las Fuerzas Armadas, en las zonas cocaleras a efecto de que la Policía Nacional asuma la responsabilidad en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 7 y 8 del presente Decreto Legislativo.

TITULO III

BENEFICIOS PROCESALES Y PENITENCIARIOS EXCEPCIONALES CONCORDANCIAS: D.S.Nº 008-98-JUS

Artículo 19.- El que hubiera participado o se encuentre incurso en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas previsto y penado en la Sección II, Capítulo III, Título XII, del Libro Segundo del Código Penal, sus modificaciones y adiciones, podrá acogerse a los beneficios que en forma excepcional establece el presente Decreto Legislativo.

a. EXENCION DE PENA

El agente que se encuentre o no sometido a investigación policial o a proceso judicial, por tráfico ilícito de drogas, podrá quedar exento de pena, en los siguientes casos:

1. Cuando proporcione información oportuna y veraz que permita identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas en el ámbito nacional e internacional o a las actividades de tráfico ilegal de armas o lavado de dinero, vinculados con el tráfico ilícito de drogas. 2. Que, la información proporcionada permita el decomiso de drogas, insumos químicos fiscalizados, dinero, materias primas, infraestructuras y otros medios, utilizados en la obtención de drogas ilícitas, que establezcan fehacientemente el funcionamiento de una organización dedicada al TID. Dicha información también deberá permitir la identificación de los dirigentes o jefes; y, el desbaratamiento de la organización criminal.

b. REMISION DE LA PENA

El interno que se encuentra cumpliendo la condena impuesta mediante sentencia firme y ejecutoriada por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto y penado en el artículo 296 del Código Penal, así como por los delitos de lavado de dinero y tráfico ilegal de armas podrá acogerse al beneficio de la remisión de la pena por el resto de la condena que le falta cumplir, cuando se den los presupuestos establecidos en los apartados 1. y 2. de la letra a. precedente.

c. INDULTO

Los delincuentes primarios condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 298, 300, 301 y 302 del Código Penal que hayan cumplido un tercio de pena privativa de libertad, podrán acogerse al beneficio del indulto por una sola vez.

Para los efectos de lo dispuesto en los incisos a y b del presente artículo se considera "dirigente", "jefe" o "cabecilla", de "firmas", "cárteles" y "organizaciones" dedicadas al TID en el ámbito nacional e internacional, del lavado de dinero, del tráfico ilegal de armas, de la comercialización ilegal de insumos químicos fiscalizados a aquellas personas que se encuentren registradas o sean identificadas como tales por la Policía Nacional, el Ministerio Público y los organismos de inteligencia especializados en la materia.

Artículo 20.- La información que se menciona en los apartados a y b del artículo precedente, será proporcionada voluntariamente ante la autoridad policial en forma secreta y con la presencia obligatoria de un representante del Ministerio Público o ante el Magistrado que tiene a su cargo el proceso judicial. En el caso del apartado b la información será proporcionada ante la Sala Penal que expidió la sentencia correspondiente. En todos los casos se adoptarán las medidas de seguridad siguientes:

- La identidad del peticionario se mantendrá en secreto.

- Se le asignará una clave que se utilizará durante la secuela del procedimiento establecido en el presente Decreto Legislativo.

- En tanto duren los trámites de Exención y Remisión de la pena y, con la finalidad de cautelar la integridad física y la vida de los peticionarios, éstos serán trasladados a Centros Especiales de reclusión que para el efecto fije el Ministerio de Justicia en coordinación con el Ministerio del Interior.

- Se les proporcionará una identidad ficticia.

Artículo 21.- Los beneficios consignados en el artículo 19 del presente Decreto Legislativo, no son aplicables a los dirigentes, jefes y cabecillas de las bandas u organizaciones denominadas "firmas" o "cárteles", dedicados al tráfico ilícito de drogas. Tampoco a las personas que se han acogido a los beneficios de la Ley Nº 26320. Igualmente, no serán extensivos a los funcionarios o servidores públicos encargados de la prevención, investigación, juzgamiento y ejecución de las penas por dichos delitos.

Artículo 22.- La veracidad, oportunidad y eficacia de la información proporcionada por las personas que se mencionan en el artículo 19 del presente Decreto Legislativo, será constatada obligatoriamente con la presencia de un representante del Ministerio Público.

Artículo 23.- Sólo una vez comprobada la veracidad de la información proporcionada por el agente, a iniciativa del Ministerio Público o a solicitud de parte, se procederá a otorgar el beneficio de la exención, remisión o indulto, según correspondan, siguiendo el procedimiento que a continuación se detalla:

a. Para el caso del inciso a del artículo 19 del presente Decreto Legislativo, el Fiscal Provincial en lo Penal formulará denuncia penal que motive la información proporcionada, solicitando en vía incidental que el agente, esté o no involucrado en este proceso penal, sea considerado en calidad de testigo, identificándole con una clave, a fin de salvaguardar la verdadera identidad del peticionario, debiendo el Juez en lo Penal emitir su informe ante la Sala Penal competente, la cual previo dictamen fiscal, resolverá en el término de 15 días. Aprobada la situación jurídica como testigo, se oficiará a las autoridades jurisdiccionales que correspondan para que procedan al archivamiento definitivo de los procesos penales por TID pendientes contra el solicitante.

b. En el caso del inciso b del artículo 19 del presente Decreto Legislativo, la Sala Penal que recibe la información del peticionario, remitirá lo actuado al Fiscal Provincial en lo Penal correspondiente, llevándose a cabo el procedimiento establecido en el apartado precedente.

c. En el caso del inciso c del artículo 19 del presente Decreto Legislativo, la autoridad penitenciaria certificará el cumplimiento de 1/3 de la condena impuesta, observando buena conducta en su condición de primario.

Artículo 24.- La persona o personas que se acojan a los beneficios que acuerda el presente Decreto Legislativo, antes de su excarcelación o de salir en libertad, firmarán una Acta con clave y con el carácter de Declaración Jurada, comprometiéndose a no incurrir en la comisión de nuevos delitos por tráfico ilícito de drogas. De volver a cometer nuevamente estos ilícitos penales, no se podrá acoger a ningún beneficio penitenciario posterior, perdiendo los ya adquiridos.

Artículo 25.- El plazo máximo para resolver las solicitudes para los trámites de exención o remisión de la pena, por tráfico ilícito de drogas, será de 3 meses contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, bajo responsabilidad de las autoridades pertinentes. El plazo antes mencionado sólo podrá ser ampliado por un período adicional.

Artículo 26.- Cuando la solicitud del agente no sea atendida favorablemente por falta de pruebas, las declaraciones y los medios acordados se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizados en su contra.

Artículo 27.- Las autoridades que resuelvan en definitiva los beneficios otorgados a los encausados o procesados por tráfico ilícito de drogas, remitirán bajo responsabilidad a la Dirección Nacional Antidrogas de la Policía Nacional (DINANDRO) y a la Procuraduría Pública correspondiente la información con carácter de "Secreto", para la adopción de las medidas que correspondan.

TITULO IV

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE INVESTIGACION POLICIAL

Artículo 28.- El representante del Ministerio Público con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, entre otros aspectos, podrá autorizar a los órganos especializados comprometidos en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la ejecución de los procedimientos denominados "Remesa Controlada" y "Agente Encubierto", supervisando su desarrollo y disponiendo la culminación, en cuanto se haya cumplido con los objetivos propuestos. Si los procedimientos antes citados fueran necesarios durante el proceso judicial, la autorización respectiva la otorgará la autoridad judicial correspondiente. La ejecución de dichos procedimientos a nivel internacional se sujetará a lo prescrito en los convenios suscritos por el Perú.

Artículo 29.- Para los efectos del presente Decreto Legislativo, se entiende por:

a. "REMESA CONTROLADA": El procedimiento especial, debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público, mediante el cual, en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas verificado o presunto, durante un período de tiempo con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas.

b. "AGENTE ENCUBIERTO": El procedimiento especial, planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional mediante el cual un agente especializado,

ocultando su identidad se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas. Artículo 30.- El Juez o Sala Penal competente declarará improcedente la comparecencia como testigo del personal de la Policía Nacional que participe en la intervención, investigación o formulación del documento respectivo por tráfico ilícito de drogas, así como al personal que participe en los procedimientos establecidos en el artículo 28 del presente Decreto Legislativo, cuando se refiera a diligencias en las que haya participado el Ministerio Público, debiendo conservar las mismas su calidad probatoria.

TITULO V

DISPOSICIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS

Artículo 31.- Deróguense el Decreto Ley N° 25426 y la Ley N° 26247, así como deróguense o modifícanse, en su caso, las disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Artículo 32.- Autorízase al Ministerio de Economía y Finanzas a realizar las transferencias presupuestarias para la implementación de CONTRADROGAS.

Artículo 33.- CONTRADROGAS queda exceptuada durante el ejercicio fiscal de su creación e implementación de las restricciones en la ejecución presupuestal dispuestas en la Ley Anual de Presupuesto del sector público, leyes complementarias y especiales, a efectos de cubrir los requerimientos de personal, bienes y servicios, así como la adjudicación de un inmueble para su sede institucional.

Artículo 34.- El presente Decreto Legislativo, entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintitrés días del mes de abril de mil novecientos noventa y seis.

EXPOSICION DE MOTIVOS Los efectos nocivos del tráfico ilícito de drogas y su secuela de corrupción en sus diversas manifestaciones, exige que el Estado intensifique la lucha contra la producción y el consumo de drogas en todo el territorio.

Consecuentemente, se crea la Comisión de Lucha Contra el Consumo de Drogas, CONTRADROGAS, con el propósito de: prevenir el consumo de drogas, contribuir a la creación y/o fortalecimiento de programas de rehabilitación de drogadictos, promover la sustitución de los cultivos de hoja de coca, promover el desarrollo de programas de educación y de concientización nacional respecto a los efectos dañinos del consumo de drogas, promover ante la Comunidad Internacional Extranjera y Nacional la obtención de recursos para tal fin.

CONTRADROGAS, será dirigida por un Ministro de Estado designado por el Presidente de la República.

La Policía Nacional reasumirá la responsabilidad de la lucha de tráfico ilícito de drogas sustituyendo a las Fuerzas Armadas.

De esta manera la actuación de las Fuerzas Armadas concuerda con lo establecido en el artículo 165 de la Constitución Política del Perú.

La Policía Nacional no sólo se encargará de las labores de interdicción, sino también con técnicos especializados colaborará con CONTRADROGAS en la consecución de sus objetivos especialmente en lo que se refiere a la sustitución de cultivos de hoja de coca.

Asimismo, es conveniente que la Fuerza Aérea del Perú, a nivel nacional, debe continuar velando por la soberanía aérea interceptando las aeronaves nacionales y extranjeras sospechosas que sobrevuelan el espacio aéreo de las zonas cocaleras.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2, inciso 24, apartado f) de la Constitución Política del Perú, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de presuntos implicados en el Tráfico Ilícito de Drogas, TID, hasta por 15 días; sin embargo, en la práctica se dan casos en los que no obstante participar en el Ministerio Público, los abogados defensores de los investigados apelando a ciertas argucias, interponen acciones de Hábeas Corpus a fin de proteger los derechos de sus patrocinados, lo que implica:

- Distraer la actividad jurisdiccional de muchos magistrados que tienen que priorizar la atención de estas denuncias; y,

- Obstaculizar la investigación Policial. Normalmente dichas Acciones de Hábeas Corpus son declaradas infundadas; sin embargo, esta maniobra dilatoria siempre queda impune.

Se considera que el Ministerio Público no sólo es el defensor de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, sino que además persigue el delito. Por ello, cuando un Fiscal interviene en una investigación Policial por TID, en razón de su participación le da visos de legalidad y prueba plena a las declaraciones de los

implicados, no debe permitirse esta clase de acciones que solo buscan trabar la labor Policial y el quehacer judicial.

Con la finalidad de ejercer un real y efectivo control patrimonial del personal de la Policía Nacional que sea designado a prestar servicios en zonas cocaleras del país, así como para salvaguardar la imagen personal e institucional, es pertinente disponer que dicho personal debe hacer en forma obligatoria su declaración jurada en Bienes y Rentas al inicio y a la culminación de su designación.

El cultivo de la droga "cannabis satiba", conocida comúnmente como "MARIHUANA" se viene incrementando como consecuencia de las acciones de interdicción del tráfico ilícito de drogas por parte del Gobierno en las zonas cocaleras, lo que ha dado lugar que se produzca el decomiso de esta droga por parte de la Policía Nacional.

Dado los volúmenes de siembras en lugares casi inaccesibles de la droga denominada "Cannabis Satiba", y otras cuyo cultivo se viene incrementado, aunado a las dificultades de su traslado e internamiento en almacenes así como por la merma precipitada de su peso, viene ocasionando problemas de orden administrativo y hasta responsabilidades penales al establecerse grandes diferencias en las actas de decomiso, internamiento e incineración.

Una de las formas más eficaces para combatir esta droga, es la destrucción In Situ de los cultivos por parte de las autoridades policiales con la presencia obligatoria de un representante del Ministerio Público, evitando gastos innecesarios en traslados y almacenamientos. Dentro de la Estructura orgánica de la Policía Nacional, se ha previsto como Órgano de Control a la Oficina de Moralización Institucional y Disciplina, la misma que debe asumir la investigación de cualquier denuncia que se presente contra el personal policial que preste servicios en las Zonas cocaleras del país y que tenga relación con el tráfico ilícito de drogas, proponiendo las medidas correctivas que correspondan, lo que trae la necesidad de modificar el inciso b. del artículo 21 del Decreto Legislativo No. 744.

Al haberse dispuesto que la Policía Nacional a través de sus órganos especializados sea la encargada de prevenir, investigar y combatir el tráfico ilícito de drogas en todas sus modalidades,

es pertinente puntualizar que corresponde también a la Policía Nacional asumir el Control y Seguridad de los aeropuertos y puertos fluviales y lacustres ubicados en las zonas cocaleras del País.

Los objetivos centrales de la estrategia policial deben orientarse a las operaciones de inteligencia contra los "capos", "dirigentes" y "cárteles" y las acciones de la DINANDRO, para impedir el traslado de insumos a las zonas cocaleras. En consecuencia, debe permitirse a quienes colaboren en la investigación de estos ilícitos penales, gozar de beneficios procesales y penitenciarios.

Entre los fundamentos doctrinarios, jurídicos e históricos que ameritan la incorporación de figuras jurídicas como la Exención, Remisión e Indulto en el TID, tenemos:

a. Porque constituyen una estrategia para involucrar a los miembros de las organizaciones de narcotraficantes y utilizarlos; así como obtener la participación decisiva de la ciudadanía. b. Porque estas instituciones jurídicas, han sido y siguen siendo conocidas y aplicadas en muchas legislaciones, siendo que la tendencia es homogenizar tratamientos conceptuales frente al T.I.D.

c. Porque la finalidad esencial de la pena es prevenir y cautelar, así como la regeneración del delincuente, siendo que mediante las citadas instituciones jurídicas se aminoraría la acción criminal.

d. Porque el T.I.D. es un fenómeno multiforme, con varias raíces y diversas como complejas manifestaciones, que exige que el estado posea una herramienta legal y real dentro de un marco político y socio-económico, acorde con los principios de un Estado de Derecho.

e. Porque esta Norma permitiría obtener información eficiente y legítima que posibilitaría desarticular la estructura de las organizaciones dedicadas al TID y paralelamente neutralizar e impedir la colusión que existe con el terrorismo al cual sirve de apoyo económico.

f. Asimismo, conducirá al debilitamiento de la confianza mutua entre los narcotraficantes en sus diferentes etapas del proceso delictivo y resquebrajar la unidad organizativa. Esta situación permitirá obtener celeridad procesal, evitando procesos dilatorios y burocráticos, formalistas y tediosos, alcanzándose un mejor esclarecimiento del delito y la aplicación de una drástica sanción, con el evidente ahorro de medios materiales y humanos.

Los procedimientos de inteligencia denominados "Remesa Controlada" y "Agente Encubierto", han sido regulados y aplicados con mucho éxito en diferentes países. En el Perú, estos procedimientos se han dado en casos muy aislados, lo que ha permitido observar que el criterio y actuación de las autoridades competentes no es uniforme por no contarse con un soporte jurídico adecuado; situación que impide el incremento y fortalecimiento de estos procedimientos por parte de la Policía Especializada, ya que su empleo podría significar que sus miembros sean procesados judicialmente, con los consiguientes perjuicios que ello implica.

La "Remesa Controlada" se lleva a efecto principalmente con la participación directa de los representantes del Ministerio Público y la Policía Especializada de países que cuentan con un marco legal compatible. Dentro de un ambiente encubierto, se vigila el transporte de droga de un país a otro con el propósito de detectar: organizaciones, financistas, transportistas, malos funcionarios, así como delitos conexos al TID (contrabando de armas, terrorismo, falsificación de moneda, etc.); las detenciones son coordinadas y se producen cuando la droga llega al país destinatario o cuando las circunstancias lo ameriten.

El Procedimiento de "Agente Encubierto", lo realiza por lo general un policía seleccionado y adiestrado, que ocultando su identidad se infiltra en la organización en forma planificada para identificar su estructura, relaciones, "modus operandi". Dicho agente desarrolla sus actividades durante un largo o corto período y participa en algunos casos con los miembros de la organización en hechos específicos que sean necesarios para su "permanencia" en la organización, culminando su labor cuando dispone la introducción.

Por otro lado, se observa que con frecuencia en casos de TID al igual que anteriormente se hacía en casos de terrorismo, los procesados y sus abogados ofrecen como testigos a los miembros PNP que han intervenido en su captura y elaboración del Atestado con la única y exclusiva finalidad de dilatar los procesos y, en otros intimidar a los miembros PNP y sus familiares, lo cual se ve agravado cuando dicho personal comparece sin el debido asesoramiento legal a través de la "Remesa Controlada" y "Agente Encubierto". El presente decreto legislativo declara improcedente la comparecencia, siempre que haya participado el Ministerio Público en las diligencias.

Todas estas consideraciones hacen necesario tomar las medidas pertinentes para una lucha más eficaz contra el consumo y tráfico ilícito de drogas.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

ALBERTO PANDOLFI ARBULU

Presidente del Consejo de Ministros

CARLOS HERMOZA MOYA

Ministro de Justicia

CÓDIGO PENAL

DECRETO LEGISLATIVO N° 635

08-04-1991

TÍTULO XVIII

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(....)

Artículo 409-B Revelación Indevida de Identidad 1

“El que indebidamente revela la identidad de un colaborador eficaz, testigo, agraviado, perito protegido, agente encubierto o especial, o información que permita su identificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el agente es funcionario o servidor público y por el ejercicio de su cargo tiene acceso a la información, la pena será no menor de cinco ni mayor de siete años, e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 1, 2 y 4”.

(...)

¹ Artículo incorporado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 del 22/07/2007

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
DECRETO LEGISLATIVO N° 957
29/07/2004

LIBRO SEGUNDO
SECCCIÓN II
TÍTULO V
Artículo 247

Artículo 247 Personas destinatarias de las medidas de protección. -

1. Las medidas de protección previstas en este Título son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales.
2. Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 248 Medidas de protección.

1. El Fiscal o el Juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.
2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:
 - a. Protección policial.
 - b. Cambio de residencia.
 - c. Ocultación de su paradero.
 - d. Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
 - e. Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.
 - f. Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.
 - g. Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.

Artículo 249 Medidas adicionales.

1. La Fiscalía y la Policía encargada cuidarán de evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar dicho material y devuelto inmediatamente a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los protegidos de forma tal que pudieran ser identificados. Se les facilitará, asimismo, traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración.
2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso, siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este Título, la continuación de las medidas de protección.
3. En casos excepcionales, el Juez a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Artículo 250 Variabilidad de las medidas.

1. El órgano judicial competente para el juicio se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el Fiscal o el Juez durante las etapas de Investigación Preparatoria o Intermedia, así como si proceden otras nuevas.
2. Si cualquiera de las partes solicita motivadamente, antes del inicio del juicio oral o para la actuación de una prueba anticipada referida al protegido, el conocimiento de su identidad, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el órgano jurisdiccional en el mismo auto que declare la pertinencia de la prueba propuesta, y si resulta indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en este Título.
3. Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes podrán proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio.

Artículo 251 Reexamen e Impugnaciones.

1. Contra la disposición del Fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al Juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia.
2. Contra las resoluciones referidas a las medidas de protección procede recurso de apelación con efecto devolutivo.

Artículo 252 Programa de protección. -

El Poder Ejecutivo, previo informe de la Fiscalía de la Nación y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reglamentará los alcances de este Título. Asimismo, en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.

LIBRO TERCERO
SECCIÓN I
TÍTULO IV
LOS ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN
(...)

Artículo 340° Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

1. *El Fiscal podrá autorizar la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos. Esta medida deberá acordarse mediante una Disposición, en la que determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate. Para adoptarla se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Fiscal que dicte la autorización remitirá copia de la misma a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de dichas autorizaciones.*
2. *Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales.*
3. *La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos y, en su caso, la posterior sustitución de los bienes delictivos que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando lo dispuesto en el artículo 226 y siguientes. La diligencia y apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta que hayan culminado las Diligencias Preliminares; y, en su caso, se prolongará, previa autorización del Juez de la*

Investigación Preparatoria, hasta por quince días luego de formalizada la Investigación Preparatoria.

4. *Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquéllas; c) los bienes y ganancias a que se hace referencia en la Ley N° 27765; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.*

Artículo 341° Agente Encubierto

1. *“El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por el Fiscal por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad. El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.*
2. *La Disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos, deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación, que bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas.*
3. *La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del Fiscal y de sus superiores. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente. De igual manera, esta información sólo puede ser utilizada en otros procesos, en la medida en que se desprendan de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito.*
4. *La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. Asimismo, es posible la ocultación de la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de éstos últimos.”*
5. *Cuando en estos casos las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. El procedimiento será especialmente reservado.*
6. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito”*

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

01. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Órgano	: Corte Constitucional de la República de Colombia
Jurisdicción	: Penal
N° de Expediente	: D- 6030
N° de Resolución	: C-606/06
Tipo de Resolución: Sentencia	
Ponente	: Manuel José Cepeda Espinosa
Materia	: Inhibición de la Corte Constitucional
Fecha	: 01 de agosto de 2006
Resumen	: Inhibición de la Corte Constitucional- Ineptitud sustantiva de la demanda Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Sumilla: (...) En el presente asunto, como se expuso, el actor se limita únicamente a señalar que se está otorgando atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos y a echar de menos un régimen que regule su ejercicio sin explicar de manera específica y suficiente, y con argumentos de naturaleza constitucional por qué las expresiones acusadas resultan contrarias a la Constitución y cómo se contradicen. Ello es así en la medida que el actor omite concretar la acusación que de manera general realiza, tampoco denota mínimamente con razones de inconstitucionalidad la confrontación entre las expresiones acusadas y la Constitución, y no otorga mayores elementos de juicio sobre la fundamentación de sus asertos. // No basta, entonces, sólo con mencionar en la demanda el contenido normativo acusado e indicar las normas constitucionales que se consideran infringidas, sino se exponen las razones de inconstitucionalidad que resulten específicas, pertinentes y suficientes”.

Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia

En cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y de los trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991.

SENTENCIA

Bogotá, 01 de agosto del 2006

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 242 (parcial) de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

I ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, los ciudadanos Edgar Marino Bolaños Montenegro y Oscar Enrique Gaitán Hurtado demandaron el artículo 242, parcial, de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Mediante Auto del diez (10) de noviembre de 2005, la Corte admitió la demanda.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el artículo demandado en el presente proceso, y se subrayan los apartes acusados: **LEY 906 DE 2004** (agosto 31), *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*.

“**Artículo 242. Actuación de agentes encubiertos.** Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para

intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente”.

III. LA DEMANDA

En criterio de los demandantes, los apartes acusados son contrarios al Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 15, 28, 29, 95-1, 121, 122, 123, 124, 209, 250-8 y 251-5 de la Carta Política, por las razones que se presentan a continuación.

Consideran que no fue voluntad del Constituyente primario otorgar a la Fiscalía General de la Nación “la liberalidad para asignar funciones de Policía Judicial a particulares”; ello lo sustentan citando los artículos 228 y 250-8, en virtud de los cuales la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, y tiene la función específica de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial cumplidas por la Policía y los demás organismos que señale la ley. También citan el artículo 251, que confiere al Fiscal General de la Nación la facultad de atribuir, en forma transitoria, a entes públicos, funciones de policía judicial que deben cumplirse bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General.

Luego de hacer alusión a diferentes valores y principios constitucionales, como la justicia, la igualdad, la libertad y la paz, así como a diferentes fines del Estado consagrados en el artículo 2º Superior, citan el artículo 211 de la Carta, que permite en ciertos casos la delegación de funciones a particulares, y afirma que el Constituyente “en otros casos delimitó la posibilidad de delegación dadas las tareas específicas que en un momento dado podría llegar a vulnerar derechos fundamentales de los coasociados, uno de esos casos corresponde a las tareas de Policía Judicial”. En este orden de ideas, se afirma en la demanda que “las tareas derivadas de la función de Policía Judicial corresponden al ejercicio de la función administrativa y están al servicio de los intereses generales y deben desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad y eficacia, para el caso, el cumplimiento de los fines del Estado no se materializa asignando una función tan delicada como la de Policía Judicial a particulares”.

Por otra parte, recuerdan los demandantes que en virtud del artículo 6º constitucional, los servidores públicos tienen un régimen de responsabilidad diferente al de los particulares, puesto que responden por acción u omisión derivada del incumplimiento o extralimitación de sus funciones, en consonancia con los artículos 121 a 124 Superiores, mientras que los particulares solamente responden por violar la ley y la Constitución: “los efectos de la responsabilidad son opuestos, en un caso negativa, desde otra, positiva, lo que significa que de manera arbitraria no se pueden asignar tareas públicas a particulares por simple liberalidad del legislador, ya que ellas en el caso que ocupa la atención está restringida por reglas de carácter superior y al desconocerlas el legislador y al ampliar funciones administrativas por el particular afecta los contenidos de responsabilidad pueden

afectarse” (sic). Aclaran, sin embargo, que “lo descrito no es óbice para desconocer que los particulares en el estado de derecho pueden ejercer labores públicas, y en dicho caso su tratamiento de responsabilidad será idéntico al de los servidores públicos, quizá la discusión de aplicación resulta de una cláusula de cierre, en virtud de la cual a la fiscalía solo corresponde dirigir, coordinar y otorgar atribución transitoria de policía judicial a entes públicos mas no privados”.

Adicionalmente, con base en lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta, afirman que el Estado no puede patrocinar la violación de las normas constitucionales, concretamente lo dispuesto en el artículo 95-1 Superior: “*Es deber del Estado hacer respetar los derechos ajenos y promover la protección de los concernientes a los ciudadanos, a partir de que el ciudadano no abuse de sus propios derechos. La función de policía judicial asignada a un particular para que éste con la disculpa de ‘colaborar con la justicia’ pueda engañar a una persona aprovechando la confianza, atendiendo a su condición de indiciado o imputado, para buscar y obtener ‘información relevante’ y aportar pruebas, desnaturaliza el deber ciudadano de respeto por los derechos de los demás, porque a toda luz corresponde a una violación al derecho de intimidad (Art. 15 Constitución Política) que, a propósito, independientemente del vicio de procedimiento por el cual el artículo en comentario fue modificado por el artículo 1º del acto legislativo No. 2 de 2003, y este a su vez fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, sirvió para observar los razonamientos de la Corte Constitucional referentes al tema de las funciones de policía judicial. El máximo tribunal en justicia constitucional referente a dichas funciones administrativas acorde con las actividades de las fuerzas militares opinó que la actividad de Policía Judicial es al extremo técnica (Art. 26 Constitución Política), contienen riesgos inusitados, requiere conocimientos específicos y por lo mismo ni siquiera acepta la inclusión de ciertos organismos del Estado que cumplen la función pública de diferente naturaleza, menos aún se podría pensar en aceptar que el legislador permita a la Fiscalía autorizar de manera temporal que particulares las ejecuten, no solo por los perjuicios ya referenciados sino por los propios derivados para el particular que cumple con la tarea de policía judicial (Corte Constitucional, sentencias C-816, 817, 818 de 2004)*”.

Por las anteriores razones, afirman los demandantes que se afecta el debido proceso, del cual forma parte la presunción de inocencia y el deber del Estado de demostrar la responsabilidad penal individual: “*para ello existen funcionarios calificados, se le debe otorgar la prerrogativa de derechos de defensa al investigado, el derecho a la contradicción, a presentar pruebas en su favor, a controvertirlas que se alleguen en su contra, siendo nula la prueba obtenida con violación del debido proceso; dadas las razones expuestas, las pruebas que aporte un particular a quien no le es dable cumplir las funciones de Policía Judicial estarían viciadas de nulidad. Recuérdese que nadie puede ser molestado de manera arbitraria en ‘su persona’ y/o ‘su familia’ sino por mandamiento de autoridad competente (Art. 26, 28 Constitución Política) y con formalidades preexistentes al acto investigado*”.

También expresan que la implementación de un sistema judicial de tendencia acusatoria se debe efectuar con base en el respeto y observancia de los preceptos constitucionales, que no se pueden sacrificar para reducir los niveles de impunidad.

Así mismo, indican que “*la indefinición de ‘los motivos razonablemente fundados’ traen consigo autorizaciones para realizar tareas abiertamente contrarias al derecho y vulneradoras de derechos y garantías fundamentales*”.

A continuación se dice en la demanda que “*la autorización de ejercicio de tareas de policía judicial a particulares encubiertos deja abiertos los efectos de la responsabilidad, la legalidad de sus actuaciones y la legitimidad de las pruebas acopiadas como consecuencia del establecimiento del precepto, particular que entre otras cosas, no solo al actuar desde dicha óptica se convierte en testigo calificado sino que afecta la posición de ‘juez y parte’, ya que es quien aporta la prueba y se constituye en testigo a partir de los grados de confianza para servir de ‘acusador’*”.

Indican adicionalmente los demandantes que “*el tiempo en que debe permanecer el agente encubierto en su operación viola el derecho a la intimidad y la dignidad humana, ya que a un ciudadano por ‘la simple sospecha’ o ‘por motivos razonablemente fundados’ se lo somete a una vigilancia permanente ‘de un conocido o amigo’ para demostrar su ‘responsabilidad en la comisión de conductas punibles’, peor aún, si no se concreta nada, si no se demuestra nada, no se presentan consecuencias para ‘el sujeto encubierto’ excepto la de abandonar ‘la investigación’*”.

Finalmente, consideran los demandantes que se viola la Constitución porque la intervención del juez de control de garantías es posterior, “*lo que invierte la carga de responsabilidad y control del Estado por evitar toda conducta atentatoria contra los derechos fundamentales, situación que es contraria a la Constitución y la consolidación de los principios del mismo sistema penal, así como de aplicación del bloque de constitucionalidad*”.

IV.INTERVENCIÓN DE AUTORIDADES

1. Intervención del Fiscal General de la Nación

El Fiscal General de la Nación, Mario Germán Iguarán, intervino en el presente proceso para defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

En primer lugar, indica que desde la perspectiva del derecho comparado, “*las legislaciones más importantes del universo, han hecho causa común con un instituto como el del agente infiltrado, al igual que la entrega vigilada, con el objeto de ser utilizado adecuadamente en la lucha contra el crimen organizado*”. Entre los fundamentos de la constitucionalidad de esta figura cita el Fiscal “*las características novedosas de una delincuencia amparada en los adelantos tecnológicos, su globalización y la integración con grandes capitales, así como con segmentos del poder Estatal, obligando al Estado a salir al paso, haciéndole frente al delito en su intento por nivelar las cargas. Porque, como se sostiene, están en juego los valores de verdad y de justicia, el interés en el descubrimiento de la comisión del delito y en la aplicación de la pena adecuada a sus responsables, sin sacrificar derechos como la dignidad humana y el debido proceso*”. También recuerda que hay otros aspectos relevantes “*como los de orden político, criminalístico y económico, los cuales no son indiferentes como soporte a una necesidad sentida del derecho procesal penal, encaminado a constituirse en la herramienta adecuada para luchar contra la impunidad*”.

El interviniente expresa su desacuerdo con la afirmación según la cual el agente encubierto es un apéndice de la Policía Judicial por recibir temporalmente una función de este tipo. Afirma que “*cuando la norma acude a la utilización de una persona ajena a la policía judicial o a la Fiscalía con el objeto de cumplir la función encubridora, en modo alguno le está asignando una calidad de miembro de la entidad, ni está facultándolo transitoriamente para que ejerza las actividades señaladas en la ley. Es decir, no lo está habilitando para recoger elementos materiales de prueba o evidencias, sino que está oficiando de medio probatorio, de elemento con esa connotación. Demostración inequívoca de ello es la incorporación al juicio como un testigo de la fiscalía y no como un miembro de la misma con las funciones transitorias de policía judicial. Materializa mayormente la cuestión, la propia lectura de la norma cuando ella no tiene la característica de imperativa, sino de mera potestad facultativa, al expresar que cuando haya fundamentos para ello, ‘...podrá disponer...’.*” // Se afianza el criterio con solidez mayúscula, al advertir el texto, en forma clara y sin necesidad de acudir a interpretaciones acomodaticias, que en el evento de hallarse elementos probatorios útiles para la investigación “*(...) lo hará saber al Fiscal para que éste disponga del desarrollo de una operación especial, por parte de la Policía Judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallada*”.

De esta forma, al no formar parte de la Policía Judicial los agentes encubiertos, afirma el Fiscal que no existe violación de los artículos constitucionales invocados en la demanda.

En cuanto a la aludida violación de los derechos a la intimidad y a la dignidad humana, expresa el Fiscal que “*ya han sido numerosos los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales de los cuales queda como resultado el haberse decantado con suficiencia y profundidad el tema, de ser criterio generalizado el de no producirse en modo alguno las lesiones a las prerrogativas fundamentales anotadas. // Al margen de los argumentos esbozados en otras instancias y ya conocidos, resulta sano hacer referencia a que en el concierto universal, siendo notoria la preocupación por el tema, sus ventajas y riesgos, ha existido un pronunciamiento generalizado en cuanto a que carece de entidad el afirmarse que con el agente encubierto se produce la afectación a la privacidad y desde luego a la dignidad del ser humano, cuando de lo que se trata es de no omitir las exigencias, medidas, o controles puestos como límites a la actividad. Así, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana en casos como los de López vs. United Status, Hoffa vs. United Status, Lewis vs. United Status, Hampton vs. United Status, entre otros, en modo alguno hubo violación a las enmiendas, en su orden, Primera Enmienda, Libertad de Expresión, Cuarta Enmienda, Búsqueda y Secuestros Irrazonables, Derecho de Privacidad, Quinta Enmienda, Debido Proceso, ni conducta ultrajante. // En similar contexto figuran los pronunciamientos en otras latitudes donde está centrada*

la atención en los controles y los límites a efecto de no lesionar prerrogativas constitucionales, y se ha iterado acerca de no ser, per se, ilegítimo el empleo de personal infiltrado, tratarse de una valoración probatoria como única implicación jurídica, a que nadie tiene derecho a no ser visto públicamente en el momento de realizar un comportamiento ilícito, a no ser que se trate de inducir a personas inocentes”.

Desde otro punto de vista, afirma el Fiscal que al igual que en la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional debe declararse inhibida por cuanto en la demanda que se estudia se presentan argumentos similares a la que se estudió en tal oportunidad, en la que se afirmó que la demanda era inepta, por cuanto no había una fundamentación que determinara de manera expresa, objetiva y convincente la presunta violación de los derechos fundamentales.

Finalmente, reitera la posición expresada por la Fiscalía en otros procesos, en el sentido de que en un Estado Social de Derecho *“la actuación de personas particulares en los cometidos estatales, era consecuencia de esa finalidad del Estado y como deber constitucional de colaborar con el funcionamiento de la Administración de Justicia, al tenor de lo expuesto en los artículos 1, 2 y 95 de la C.P. Esencialmente, la incidencia de poderse inferir que un indiciado o imputado persevera en la conducta delictiva, dentro de una determinada investigación. // Hace énfasis la Fiscalía en aspectos vinculados a la temática tocada por los demandantes, como aquellos de la generalización en las legislaciones universales, la actuación acreditada, la existencia del delito, la diferencia con el agente provocador, pero medularmente, en cuanto a que no podía incurrir en situaciones en las cuales la policía técnica podía ejecutar y la preferencia por el agente, antes que el particular, pero la opción de echar mano de este observándose que cualquier averiguación que se haga sobre él no lo vinculaba con organismos oficiales de investigación”.* (sic)

2. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.

El ciudadano Fernando Gómez Mejía intervino en su calidad de Director del Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia para oponerse a las pretensiones de la demanda.

Explica en primer lugar que la Corte está llamada a adoptar un fallo inhibitorio en este caso, por inepta demanda: *“Si bien los actores en la demanda señalan las normas constitucionales que consideran vulneradas por las disposiciones acusadas del Artículo 242 de la Ley 906 de 2004, no exponen de forma clara y contundente las razones por las cuales consideran que éste es violatorio de aquellas, de forma tal que haga obligatoria para la H. Corte Constitucional la declaración de inaxequibilidad de la norma objeto de la acción de inconstitucionalidad”.* Sin embargo, afirma que en caso de que la Corte considere procedente pronunciarse sobre el fondo del asunto, la norma ha de ser declarada exequible.

En cuanto a la presunta violación del Preámbulo de la Constitución Política, afirma que ésta no se presenta, por cuanto la disposición acusada *“no atenta contra la unidad de la nación, ni contra la vida de los colombianos, ni la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Por cuanto la finalidad de la norma es armónica con el ordenamiento jurídico colombiano democrático y participativo, y propende a garantizar un orden político, económico y social justo, ya que es una medida idónea para combatir la delincuencia organizada, descubrir y sancionar delitos de enorme gravedad y gran impacto social, los cuales lamentablemente en nuestro país, ocurren debido a que existen poderosas estructuras delictivas que cuentan con inmensos recursos económicos y tecnológicos, integrados por peligrosos delincuentes dentro de redes delictivas de carácter internacional, muchas de ellas dedicadas a la comisión de delitos de lesa humanidad, narcotráfico, terrorismo, entre otros”.* Indica en este orden de ideas que distintos sistemas jurídicos nacionales e internacionales contemporáneos *“se han unido en pro de la persecución y castigo de este tipo de flagelos y han entendido que ante el descomunal poder delictivo y económico de este tipo de organizaciones, no basta con la aplicación de medidas ortodoxas, y es necesario que se introduzcan medidas de investigación que resulten contundentes y efectivas contra tan repugnantes delitos, medidas que no obstante han de ser proporcionales y compatibles con el respeto y la defensa de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos incluyendo los de los presuntos agentes de los delitos. Es así como las democracias han estatuido diferentes mecanismos investigativos que fundamentan su efectividad en la lucha global contra el crimen organizado en infiltrar a las estructuras criminales a fin de lograr hacerse de los elementos materiales probatorios y evidencias eficientes y suficientes, con plenas garantías de los inculpad, que permitan a la Rama Judicial del Poder Público procesarlos y hacerlos acreedores, de ser hallados culpables de la comisión de una conducta punible, a las sanciones penales a que haya lugar”.* Explica también que *“una de las características fundamentales que se encuentran en casi todas las grandes organizaciones criminales es la de que sus miembros, especialmente aquellos que la dirigen y*

controlan, permanecen en la clandestinidad, ocultan sus verdaderas identidades y cuentan con los recursos económicos y técnicos suficientes para evadir fácilmente el brazo de la justicia, así como para planear y ejecutar las acciones que llevan a cabo. Es por esto por lo que resulta imprescindible para un Estado como el colombiano, la implementación de medidas especiales de investigación que le permitan prevenir y atacar acciones criminales de esta índole, y lograr la judicialización de los responsables, pero principalmente, a los jefes o capos de estas organizaciones, que además de permanecer en el anonimato, llegan en algunos casos, como consecuencia de la sofisticación de las estructuras criminales, a ser prácticamente intocables. No obstante, estas medidas especiales de investigación no pueden ser desmedidas al punto de poner en riesgo la garantía de los derechos fundamentales de todos los asociados”.

En relación con la aludida violación del Artículo 1º Superior, afirma que medidas de investigación como la que se acusa *“son necesarias en el mundo contemporáneo para garantizar la permanencia y solidez del Estado Social y Democrático de Derecho; son esenciales para la supervivencia de la República; son primordiales para la vida de la democracia participativa y pluralista; son consecuentes con la búsqueda incansable del Estado en pro de la garantía al respeto de la dignidad humana; y tienen fundamento sólido sobre el deber de solidaridad de todas las personas que integramos el Estado, que hemos de colaborar irrestrictamente con las autoridades legítimamente constituidas para la prevalencia del interés general”.* Así mismo, considera que la norma acusada no atenta contra el Estado Social de Derecho, por ser producto del ejercicio legítimo del poder legislativo, y porque su meta es la de proporcionar herramientas para perseguir y dismantelar poderosas organizaciones criminales.

En cuanto a la aludida violación del artículo 2º de la Constitución, se expresa que, al contrario, es una herramienta imprescindible para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, los cuales *“solamente se pueden alcanzar en la medida que se garantice el imperio de la Ley y se les brinden a las autoridades legítimamente constituidas herramientas excepcionales que sean idóneas para la desarticulación definitiva de las organizaciones delincuenciales, terroristas y narcotraficantes”.*

En relación con la supuesta violación del artículo 4º Superior, se afirma que en ninguna parte de la demanda hay argumentos para sustentar este cargo, *“ya que no se pone en entredicho la supremacía de la Carta Política en el Ordenamiento Jurídico, y muy por el contrario, este tipo específico de medida especial de investigación de excepcional aplicación, deviene de una Ley de la República que es fruto de la actividad legislativa del Congreso de la República de Colombia, ateniéndose estrictamente a los mandatos ineludibles de esta”.* Se recuerda en este sentido que la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por Colombia y cuya constitucionalidad fue examinada en la sentencia C-962 de 2003, consagra *“la necesidad de incorporar a los regímenes internos de los países signatarios, mecanismos especiales de investigación tales como el uso de agentes encubiertos”.*

En cuanto al cargo por violación del principio de igualdad, se conceptúa que *“los accionantes no sustentan la presunta vulneración del Artículo 13 de la Constitución Política por parte del texto acusado en la demanda, y se limitan simplemente a desarrollar un discurso eminentemente retórico, con poco o nada de fundamento jurídico”.* A pesar de ello, se explica que la norma acusada respeta la igualdad, *“por cuanto el hecho de que se atribuyan a un particular funciones de agente encubierto en forma excepcional y temporal, no implica en forma alguna que se esté discriminando a sujeto alguno, en razón a que esta medida extraordinaria recae únicamente sobre algunas personas que por sus particularísimas condiciones y relaciones con las organizaciones criminales y sus integrantes, resultan ser imprescindibles para lograr infiltrar a estas, obtener elementos materiales probatorios y evidencias que de otra forma resultarían de imposible consecución, y así dismantelar las empresas criminales”.*

Respecto de la presunta vulneración del derecho a la intimidad y a la dignidad humana afirma que no tienen sentido las acusaciones de la demanda.

En relación con la presunta violación del artículo 28 de la Constitución Política, se afirma que la figura de los particulares obrando como agentes encubiertos no afecta de ninguna manera la libertad personal de los particulares, *“por cuanto las atribuciones que se le dan al particular por parte de la Fiscalía General de la Nación en pro del dismantelamiento de peligrosísimas organizaciones criminales, no incluyen la de que estos adelanten detenciones arbitrarias, ni molesten en forma alguna a las personas que se encuentran bajo vigilancia o a sus familias”.* Además, explica que *“cuando se atribuyen las funciones de agente encubierto a un particular, a dicha decisión no sólo la preceden razones y situaciones específicas que le dan pie a esta figura excepcional y*

temporal, sino que necesariamente es requisito indispensable que la Fiscalía General de la Nación autorice expresamente que un particular determinado sea investido de dicha calidad y por tanto, sea también competente esta entidad para supervisar el desarrollo de las actividades de este sujeto, y tomar las medidas que considere pertinentes, a fin de garantizar el respeto al Ordenamiento Jurídico”.

Por otra parte, en cuanto al presunto desconocimiento del artículo 29 Superior, conceptúa el interviniente que el sustento de este cargo, en el sentido de que únicamente las autoridades pueden aportar pruebas dentro de un proceso, desconoce lo dispuesto en el artículo 95 Superior, que consagra el deber de los particulares de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia y de poner en conocimiento de las autoridades los hechos delictivos de los que tengan conocimiento, así como el derecho de defensa.

En relación con la aludida vulneración del artículo 95-1 Superior, se expresa que no hay en la demanda argumento que sustente el cargo; y que no es claro cómo los particulares que obren como agentes encubiertos estén abusando de sus derechos o desconociendo los de los demás, sino por el contrario, dan cumplimiento a sus deberes como ciudadanos.

Respecto de la presunta violación de los artículos 121-124, 250-8 y 252-5 por la supuesta prohibición constituyente de asignar al Fiscal la liberalidad de atribuir funciones de policía judicial a los particulares, se afirma que los mismos artículos no están formulados de manera restrictiva, *“lo que permite al Congreso de la República, de conformidad con la libertad de configuración legislativa de que goza, señalar las demás funciones que esta entidad deba cumplir”*. En cualquier caso, se explica que la actuación de particulares en forma temporal y extraordinaria como agentes encubiertos no implica que se les estén atribuyendo funciones de policía judicial; se trata de dos situaciones diferentes. Finalmente, considera que no hay violación de los artículos 121 a 124 de la Carta, *“ya que precisamente es una Ley de la República la norma que está determinando las labores que de forma temporal y extraordinaria realicen los particulares revestidos de la calidad de agentes encubiertos. Cabe recordar que su ejercicio y responsabilidad están cubiertos, a su vez, por el Ordenamiento Jurídico colombiano, el cual es claramente afín a la idea de que la responsabilidad por mantener y reforzar el Estado Social y Democrático de Derecho y la Administración de Justicia, recae no solo sobre los funcionarios públicos, sino sobre los particulares”*.

Por último, consideran que no hay violación del artículo 209 de la Carta, ya que se encuentra en armonía con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad e imparcialidad, *“más aún cuando es en servicio de los intereses generales que se combate al crimen organizado mediante la disposición querellada”*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, mediante Concepto No. 4055 recibido el 10 de marzo de 2006, intervino en el presente proceso para solicitar, en primera medida, que la Corte se declare inhibida para decidir sobre la demanda de la referencia, y en subsidio, que las expresiones acusadas sean declaradas constitucionales.

En primer término, se solicita que la Corte se declare inhibida por ineptitud sustancial de la demanda, ya que la argumentación del demandante desconoce el requisito de especificidad, es decir, no define con claridad la forma como las normas acusadas desconocen la Constitución Política: *“la argumentación del demandante no se ajusta al parámetro de especificidad antes citado, ya que respecto de la intervención de los particulares, la sustentación de la censura constitucional no va más allá de asegurar que los particulares no pueden cumplir funciones de policía judicial porque la Constitución no lo permite y, en consecuencia, las pruebas recaudadas por aquellos son nulas, violan el debido proceso y el derecho fundamental a la intimidad, sin exponer las razones jurídicas en las cuales sustenta tales afirmaciones”*. Se precisa que en la demanda no se presentan *“los argumentos o razones por las cuales los ciudadanos consideran que los particulares cuando obran como agentes encubiertos lo hacen en virtud de la ‘delegación’ de funciones de policía judicial, tampoco señalan las razones por las cuales consideran que las expresiones relativas a los particulares violan el derecho constitucional a la intimidad, o de qué forma se produce la vulneración alegada”*. Tampoco se expone un cargo de inconstitucionalidad contra la expresión *“dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta”*, puesto que *“simplemente se limitan a afirmar vaga y confusamente que la intervención posterior del juez de control de garantías ‘invierte la carga de responsabilidad y control del Estado por evitar toda conducta atentatoria contra*

los derechos fundamentales’, argumentación carente de sentido, y en consecuencia, de la virtualidad de provocar un análisis constitucional de la norma acusada”.

En subsidio de la anterior solicitud, la Procuradora Auxiliar pide que la Corte declare exequibles las expresiones acusadas, reiterando los argumentos que se expusieron en el curso de los procesos D-5415 y D-5731, que culminaron con fallos inhibitorios sobre las mismas expresiones en las sentencias C-591/05 y C-1260/05.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

2. Inhibición de la Corte Constitucional por ineptitud sustancial de la demanda

Antes de pasar a la formulación de los problemas jurídicos, es preciso analizar si se reúnen los presupuestos para proferir sentencia de mérito. El concepto de la Procuraduría solicita fallo inhibitorio, al igual que uno de los intervinientes.

2.1. Requisitos mínimos que han de llenar los cargos de inconstitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha establecido claramente los requisitos mínimos que deben llenar las demandas de inconstitucionalidad. Entre estos requisitos, que se desarrollan en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, se encuentran los de *claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia* de las razones por las cuales se estima que un determinado texto legal viola la Constitución Política. En la sentencia C-1052 de 2001 se explicó en detalle el alcance de estas condiciones mínimas a satisfacer por los ciudadanos demandantes, en los términos siguientes:

“De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”^[1]. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”^[2] que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad”^[3].

La **pertinencia** también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales^[4] y doctrinarias^[5], o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que *“el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”^[6]; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia^[7], calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa”^[8] a partir de una valoración parcial de sus efectos.*

Finalmente, la **suficiencia** que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar

la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.”

La jurisprudencia de esta Corporación también ha precisado que la carga mínima de argumentación que pesa sobre los ciudadanos que impugnan la constitucionalidad de normas legales atiende a la formulación misma de las competencias de la Corte Constitucional en el artículo 241 de la Carta Política; así, en la sentencia C-1260 de 2005 se señaló que *“conforme al artículo 241 de la Constitución, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar las que efectivamente hayan sido demandadas por los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación sólo puede adentrarse en el estudio y resolución del asunto una vez se presente una acusación en debida forma”*. En el mismo pronunciamiento se explicó que esta carga mínima de argumentación no equivale a un formalismo técnico o procesal que desnaturalice la acción pública de inconstitucionalidad, sino que *“permite hacer un uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana y hace viable que se profiera un fallo de fondo”*.

2.2. Incumplimiento de tales requisitos por la demanda bajo revisión.

Aplicadas las anteriores reglas a la demanda que se estudia, concluye la Corte que las acusaciones formuladas por los actores no cumplen con los requisitos mínimos de especificidad, pertinencia y suficiencia.

Debe recordarse, como primera medida, que esta Corporación ya ha proferido en el pasado dos fallos inhibitorios respecto de las disposiciones acusadas en la presente oportunidad.

En el primero de ellos -sentencia C-591 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)-, se examinó un argumento consistente en que la posibilidad de que particulares actúen como agentes encubiertos violaba los artículos 113 y 116 Superior, por cuanto los particulares sólo pueden administrar justicia en casos excepcionales como conciliadores, árbitros o jurados, y no en otras hipótesis que llevarían a privatizar la justicia. Para la Corte, este argumento no estructuraba un cargo de inconstitucionalidad, ya que la demandante no había explicado en forma suficiente los motivos por los cuales los particulares que actúan como agentes encubiertos administran justicia.

En el segundo de tales pronunciamientos -sentencia C-1260 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)-, la Corte examinó un argumento que es idéntico a uno de los que esgrimen los demandantes en el presente proceso, a saber, que la atribución de la función de agentes encubiertos a los particulares desconocía los artículos 249, 250 y 251-5 Superiores, que *“no confieren al Fiscal General la función de otorgar atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos”*, así como el artículo 123 de la Carta, *“al echar de menos el régimen aplicable y la regulación del ejercicio respecto a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas”*. Para la Corte, las acusaciones en comentario no constituían cargos de inconstitucionalidad debidamente formulados, ya que se limitaban *“a considerar solamente la no previsión en la Constitución de atribuciones de policía judicial a los particulares y a echar de menos un régimen que regule su ejercicio, sin exponer de manera concreta y suficientemente los motivos que le llevan a perseguir la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas. (...) En el presente asunto, como se expuso, el actor se limita únicamente a señalar que se está otorgando atribuciones de policía judicial a los particulares para que actúen como agentes encubiertos y a echar de menos un régimen que regule su ejercicio sin explicar de manera específica y suficiente, y con argumentos de naturaleza constitucional por qué las expresiones acusadas resultan contrarias a la Constitución y cómo se contradicen. Ello es así en la medida que el actor omite concretar la acusación que de manera general realiza, tampoco denota minimamente con razones de inconstitucionalidad la confrontación entre las expresiones acusadas y la Constitución, y no otorga mayores elementos de juicio sobre la fundamentación de sus asertos. // No basta, entonces, sólo con mencionar en la demanda el contenido normativo acusado e indicar las normas constitucionales que se consideran infringidas, sino se exponen las razones de inconstitucionalidad que resulten específicas, pertinentes y suficientes”*.

En esta oportunidad, considera la Corte que los argumentos formulados en la demanda contra el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal no son específicos, pertinentes ni suficientes para estructurar adecuadamente un cargo de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el argumento según el cual la Constitución Política no permite la atribución de funciones de policía judicial a particulares no es específico ni suficiente. No es específico, por cuanto los demandantes infieren, a partir de determinados artículos constitucionales (228, 250-8 y 251), que la Carta Política contiene una

prohibición que no está objetivamente incluida en su texto. Ninguna de las disposiciones constitucionales invocadas en la demanda contiene la prohibición que señalan los demandantes; se trata de una inferencia de los actores que, por no guardar correspondencia con lo dispuesto expresamente en la Constitución, desconoce el requisito de señalar una oposición objetiva entre el texto normativo acusado y el texto de la Carta. Tampoco señalan las razones por las cuales los particulares que actúan como agentes encubiertos desempeñan funciones de policía judicial, o por las cuales tal desempeño viola la Constitución. Igualmente, la argumentación contenida en la demanda para sustentar la aludida existencia de esta prohibición, consistente en que las labores de policía judicial deben respetar los principios que gobiernan la función administrativa y no pueden ser asignadas, por su delicadeza, a particulares, constituye una interpretación de los demandantes que no es suficiente, en tanto argumento que genere dudas sobre la constitucionalidad del aparte acusado, para estructurar un cargo que habilite a esta Corporación para pronunciarse de fondo. En esa medida, la demanda que se estudia incurre en el mismo vicio que la demanda que dio lugar al fallo inhibitorio consagrado en la sentencia C-1260 de 2005.

En segundo lugar, la acusación de los demandantes en el sentido de que el régimen de responsabilidad de los servidores públicos consagrado en los artículos 6 y 121 a 124 de la Constitución impide la atribución de determinadas funciones públicas a los particulares, carece de sustento específico. Se trata de una argumentación vaga que no guarda coherencia con lo dispuesto en los artículos constitucionales que se citan, que no se deriva de su texto literal, y que obedece a una interpretación personal de los demandantes, por lo cual no puede constituir el fundamento de un cargo de inconstitucionalidad.

En tercer lugar, el argumento según el cual “el tiempo” de actuación del agente encubierto desconoce el derecho a la intimidad no cumple con el requisito de especificidad, ya que se deriva de una lectura personal efectuada por los demandantes con base en apreciaciones subjetivas, tales como que el ejercicio de la función de agente encubierto por particulares implica un engaño o un abuso de confianza frente a quien ha sido sindicado de un delito, o que ante la eventualidad de que no se descubran pruebas que demuestren la responsabilidad del investigado se ha violado la confianza depositada por éste en un amigo o conocido. La misma falencia es predicable del cargo por violación del debido proceso, que se basa en apreciaciones individuales y subjetivas sobre la posibilidad de que en casos concretos se desconozcan los derechos de defensa o de contradicción de las pruebas, y no del texto objetivo de la norma acusada. En consecuencia, tampoco tiene sustento apropiado el cargo según el cual la figura de los particulares actuando como agentes encubiertos viola los artículos 4 y 95 superiores, ya que esta acusación se estructura sobre la aludida violación de derechos fundamentales que, como se ha expuesto, no está debidamente sustentada en argumentos constitucionales específicos, pertinentes ni suficientes.

Por último, la acusación según la cual la intervención del juez de control de garantías es posterior al desarrollo de la labor de policía judicial por los agentes encubiertos se encuentra sustentada en argumentos vagos, que no citan artículos constitucionales específicos violados, ni normas incluidas en el bloque de constitucionalidad que hayan sido desconocidas.

En suma, los demandantes basan su oposición a la norma acusada en interpretaciones subjetivas basadas en posibles consecuencias fácticas que no se derivan del texto de la norma, ni guardan correspondencia con los artículos constitucionales que se invocan como violados.

Por las anteriores razones, la Corte se declarará inhibida para resolver sobre la demanda de la referencia, dado que ésta no cumple con los requisitos mínimos que han de llenar las demandas de inconstitucionalidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

INHIBIRSE de proferir fallo de fondo respecto de las expresiones acusadas del artículo 242 de la Ley 906 de 2004.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-606 DE 2006 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia porque demanda cumple requisitos para suscitar decisión de fondo (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito manifestar mis dudas sobre las razones que sirven de fundamento para la propuesta de inhibición del magistrado ponente y en consecuencia salvo mi voto a la presente sentencia, por cuanto en mi concepto, la demanda sí expone cargos de inconstitucionalidad con el lleno de los requisitos exigidos por esta Corte,^[2] los cuales permitían a esta Corporación, a mi juicio, avocar el estudio abstracto de constitucionalidad de la demanda en cuestión y tomar una decisión de fondo.

Por lo anterior, disiento del presente fallo.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

02. CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

Órgano	: Corte Suprema de Argentina
Jurisdicción	: Penal
Tipo de Resolución:	Sentencia
Magistrado	: Oscar Eduardo Roger.
Materia	: Penal
Fecha	: 03 de abril de 1990
Resumen	: El agente encubierto. Protección Constitucional del derecho a la inviolabilidad de domicilio

Sumilla: “Si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas una de las cuales desconocía sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del Art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación”.

"Es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales."

"Hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño."

SENTENCIA

Buenos Aires, 3 de abril de 1990

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. - La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, revocó a fs. 962/ 978 el fallo de primera instancia por el cual se condenó a Eduardo Ricardo Rivas Graña por considerarlo autor criminalmente responsable de los delitos contemplados en el art. 2º, inc. e) de la ley 20.771 en concurso ideal con el del inc. c) en grado de tentativa; en concurso real con el del mismo artículo, inc. c), ambos con el agravante del art. 8. inc. c), siempre de aquella ley

El decisorio de tribunal de alzada tuvo en cuenta, para absolver a Rivas Graña, que la diligencia policial merced a la cual se logró secuestrar nueve kilogramos de cocaína en la ciudad de Mendoza, estaría viciada de nulidad por carecer el funcionario actuante de orden de allanamiento y ocultar su calidad de tal al ingresar al domicilio de Rivas Graña acompañado del detenido incomunicado, Víctor Hugo Fernández. De allí concluyó el a quo, se habría conculcado la garantía del Art. 18 de la Constitución Nacional, motivo por el cual anuló la consecuencia inmediata de esa supuesta violación domiciliaria, cual es el secuestro de la cocaína antes indicada. Por otra parte, el fallo atacado consideró que los restantes elementos de juicio reunidos en relación con la conducta reprochada a Rivas Graña, eran insuficientes para sustentar la condena impuesta en primera instancia. El Fiscal de Cámara interpuso a fs. 981/997 recurso extraordinario que el a quo otorgó a fs. 1018/1027 contra el fallo de mención, atendiendo en primer lugar a lo que señala como una inadecuada interpretación de la garantía de inviolabilidad del domicilio prevista en el Art. 18 de la Constitución Nacional. En segundo término, adujo que la sentencia en cuestión es arbitraria, sosteniendo que sus razonamientos están preñados de subjetividad y basados en suposiciones y prejuicios, por lo que sostuvo que se ha apartado de la sana crítica, desconociendo, además, los hechos de la causa. -Cada uno de los agravios será sometido a continuación, a tratamiento y estudio individual, adelantando la coincidencia con el correcto tratamiento del tema examinado en el sub lite por el Dr. Romano.

SEGUNDO.- El examen de los elementos de convicción reunidos respecto del primero de los puntos en análisis, obliga a reflexionar sobre el carácter del procedimiento policial que conduce al secuestro de la caja que contenía nueve kilogramos de cocaína, desplegado, en su inicio, en el interior de la vivienda del por entonces Cónsul de la República de Bolivia en la ciudad de Mendoza.-Cabe advertir, respecto a dicho procedimiento, que la presencia del miembro de la Policía Federal Comisario Armentano, acompañado del detenido Fernández, en la casa de Rivas Graña, no () se adecuaba a las formas establecidas por el art. 188 CPMPN, ni encuentra acogimiento en las excepciones previstas en el art. 189 del mismo código.-Es por ello, que tal actividad policial no puede ser considerada evidentemente el allanamiento de domicilio previsto por la normativa ritual.-Así establecido y no pudiendo ampararse por lo tanto la conducta examinada dentro de los supuestos legales referidos, cabe preguntarse si la misma contiene ingredientes que lesionen o que hubieren afectado el precepto de la inviolabilidad del domicilio tutelado en el art. 18 de la Constitución Nacional.-Para encontrar adecuada respuesta al interrogante planteado, debe destacarse, en primer lugar, que el policía Armentano ingresó al domicilio ajeno ocultando, tanto su condición de policía, como la circunstancia del apresamiento que sufría Fernández, quien era conducido en carácter de detenido e incomunicado.-Esta simulación originaria, anterior a serles permitida la entrada por Rivas Graña a ambos, adquiere singular valor en el estudio de la cuestión, puesto que en definitiva, tal circunstancia será una de las que permitirá dilucidar si el legítimo derecho a la reserva domiciliaria de Rivas Graña ha resultado lesionado o no. El correcto entendimiento de la previsión constitucional señalada y de la legislación consecuente, permite determinar que la tutela a la reserva domiciliaria, puede ceder ante el interés social de la represión delictiva, sólo en la forma y medios establecidos legalmente. Fuera de estos casos, únicamente es la voluntad del titular del derecho la que puede franquear el ingreso de terceros a su domicilio.-Si esta voluntad se ve impedida de pronunciarse libremente, por encontrarse doblegada por cualquier medio, es indudable que el derecho amparado constitucionalmente, se verá afectado.-En el caso, Rivas Graña permitió la entrada a su residencia a su amigo Fernández y a quien lo acompañaba, pero desconociendo que aquel estaba sometido a detención, y que este era un policía que además de ocultar su condición, lo llevaba aprehendido.-Conforme a este orden de ideas, y por el modo en que Armentano logró entrar al domicilio de Rivas Graña, podría llegar a suponerse que ocurrió un concreto desprecio de la voluntad del ex-cónsul, único que podía o no autorizar el ingreso, habida cuenta que tanto se puede contrariar la determinación de quien expresamente prohíbe la entrada a su vivienda, como la de quien no puede manifestarse libremente, por ser víctima de una situación engañosa.-Al respecto señala Carrara ("Programa...", T. IV, pág. 455. Depalma. 1945): "...Cuando la introducción sea clandestina o insidiosa, la misma pone en claro que el invasor, al usar de artificios o malicia para introducirse subrepticamente en la casa ajena, debió tener la conciencia de que contradecía la voluntad del habitante de la casa, y vanamente alegaría luego, que no había recibido la prohibición. Para esto valdría la regla de sentido común por la cual el impedimento para hacer la prohibición equivale a la prohibición; y bien podría decirse que ha impedido la prohibición el que ha buscado introducirse en la casa ajena de modo que el inquilino no adquiriese conocimiento de ello".-De allí es que se puede afirmar, que la violación de domicilio es "invito domini", y quien incurre en ella, debe conocer la voluntad contraria del titular del domicilio o bien presumirla, por la circunstancia que en el caso domina, emplea o aprovecha. (Daniel P. Carrera, nota en J.A., 1958 II, abril-junio, pág. 21).-Se podría concluir por lo tanto, que si Armentano pudo impedir la libre exteriorización de la voluntad de Rivas Graña cuando ingresó a su domicilio, por hacerlo ardidamente, disfrazando su condición de policía en acto de servicio y ocultando además que Fernández estaba detenido, habría violado la intimidad de la morada en la que se introdujo, puesto que la admisión que logró, habría resultado fruto de una voluntad viciada por el error al que él mismo indujo con su conducta.-Pero a partir de esta conclusión primitiva, válida según lo contemplado en este primer estadio del itinerario racional que se sigue para el estudio de esta cuestión, cabe continuar analizando el resto de los ingredientes que componen el hecho en su conjunto.-Tres de ellos contienen un alto valor convictivo, que harán que en definitiva, vista la conducta en análisis en su integridad, conformen un cuadro al que le confieren juridicidad.-

1) Armentano si bien ocultó su profesión de policía o al menos no la exteriorizó no fingió ser otra persona distinta, que por tal condición, tuviera expedito el acceso al domicilio de Rivas Graña;

2) Este, por su parte, no se interesó en modo alguno en averiguar sobre quién era el desconocido a quien invitó a entrar, conformándose en que lo hiciera en compañía de su conocido Fernández, a quien acompañaba, sin preguntar, siquiera, su nombre, ni mucho menos, su profesión; dejándose constancia de que como lo reconoce Rivas en su indagatoria. Fernández le preanunció su visita ("que iba a retirar la caja que le dejara") lo que aceptó sin problema alguno (fs. 108 vta.), lo que también recepta el fallo impugnado (fs. 68). -

3) El comportamiento de Armentano fue totalmente pasivo, tanto dentro como fuera del ámbito privado, sin

realizar ningún acto que pueda señalarse como de activa turbación de la reserva domiciliaria a que Rivas Graña tiene derecho, ya que se limitó a presenciar la entrega de la caja con estupefacientes de uno a otro cómplice, durante el breve lapso en que accedió -solamente- hasta la sala de recibo, en la entrevista previamente concertada telefónicamente por Rivas y Fernández.-Por ello, Rivas Graña tuvo absoluta libertad de movimiento dentro de su morada, alejándose inclusive hacia sus dependencias internas, sin ningún control de Armentano, lugar desde el cual regresó con los estupefacientes.

Es decir, si bien podría reprochársele al comisionado policial, su originario silencio sobre su profesión y sobre el estado de su acompañante, como ingrediente que pueda haber conducido a error a Rivas Graña, no aparece el mismo como determinante de la decisión permisiva de éste, quien desprecio, posiblemente por haberse convencido de una supuesta seguridad e impunidad que le brindaba su cargo consular, inquirir sobre la personalidad y motivos que traían hasta su domicilio a sus dos visitantes nocturnos.-Tampoco empecé a este razonamiento que conduce a legitimar el resultado del obrar policial, la circunstancia de la privación de libertad e incomunicación de Fernández, puesto que al merituar tal condición, no debe perderse de vista que el objeto del instituto de la incomunicación de un detenido, encuentra su razón de ser en impedir que sea obstaculizada la acción de la justicia, entorpeciendo la tarea de la investigación de un hecho ilícito, por el contacto que el aprehendido pueda efectuar con sus cómplices. En el caso, y por el contrario, la actividad de Fernández (que de todas formas nunca puede ser considerada como agravante de los derechos de Rivas Graña, por haberla desarrollado durante su incomunicación) permitió la continuidad exitosa de la pesquisa.

Se resalta aquí, que Fernández en ningún momento procesal dice haber actuado presionado, sino que su actividad fue fruto de una personal decisión, no motivada por terceros, siendo totalmente aventurado presumir tal cosa, o sea, repítese, que Fernández, en una conducta procesal irreproachable, actúa en plena voluntad, contribuyendo a la obtención de elementos que, sin perjuicio de involucrar a Rivas, también constituyen probanzas en su contra. Su decisión de colaborar con la investigación no se ve perturbada por elemento convictivo sospechoso alguno.-Es por todo ello que la voluntaria conducta de Rivas Graña, cuando libremente decidió entregar a su cómplice la mercadería ilícita que almacenaba, según espúeos acuerdos preestablecidos, no fue en forma alguna condicionada por la presencia de un policía a quien él mismo invitó a ingresar a su morada, sin interesarle en absoluto de quién se trataba.-Concluyó, por consiguiente en que la supresión de la prueba de que se trata, en el razonamiento del decisorio recurrido, se ha efectuado merced a un erróneo entendimiento del principio plasmado en el art. 18 de la Constitución Nacional y a una equivocada adecuación a la norma, de los hechos comprobados en la causa.

La fundamental importancia de la evidencia así ignorada, en cuanto hace a la atribución de responsabilidad criminal al encartado Rivas Graña, se destaca con su inclusión hipotética en el cuadro probatorio, circunstancia

a que se menciona en el mismo fallo en crisis.-Debo señalar que para arribar a tal conclusión, no he dejado de sopesar cuidadosamente, que el instituto que se pretendió violado, ha visto la luz normativa en los días precursores de la organización de la Nación, adquiriendo progresivamente su tutela, una de las más significativas exteriorizaciones de la sana y limitada exaltación de los derechos individuales, razón está por la cual comparto totalmente y sin reserva alguna la tesis que invalida la adquisición de cualquier medio de conocimiento al que se hubiere arribado merced al desconocimiento de éste u otros derechos fundamentales.

Pero también estimo que en el caso, esa concreta violación no ha ocurrido, puesto que en definitiva quien pudo ejercerlo, no lo consideró necesario, exhibiendo voluntariamente su delincuencia a la visión pasiva de aquél a quien había invitado a ingresar a su ámbito tutelado.-La consecuencia inmediata de la entrega dolosa de Rivas Graña a Fernández, fue la obtención por parte de la comisión policial, de manos de éste y ya en la vía pública, del paquete que encerraba la cocaína.-De esta tradición, constatada al arribar los empleados a su sede por el secretario del Tribunal interviniente, no existe una evidencia que se refleje en un acta de secuestro labrada en el mismo lugar en que ocurrió, lo que aparece como natural según la secuencia de los hechos: No podían detenerse los policías, frente mismo a la vivienda del cómplice de Fernández, en la calle y en horas de la noche, a redactar y cumplir las formalidades para conformar el acta respectiva la que se podía llenar una vez a buen recaudo y alejada la posibilidad de alertar a quienes aún no habían sido aprehendidos.

Tampoco se les puede exigir -como lo hace la resolución recurrida-, que soliciten la presencia y rúbrica en el acta del ex-cónsul, porque éste estaba en el interior de su domicilio, y el secuestro se efectuó cuando Fernández y

Armentano, ya se encontraban en el exterior de la vivienda.-Dentro del razonamiento seguido y sin descuidar la visión del plexo probatorio en su conjunto -defecto que si se puede señalar en la sentencia en crisis- cabe observar que el itinerario seguido por la prevención, estaba originariamente dirigido al desbaratamiento del plan delictuoso que llevaban a cabo Fernández y Chaar, guiado por sus insospechadas confesiones y afianzado por la incontestable obtención de los elementos propios del delito.

Se observaron respecto a los confesos, las garantías estatuidas en tutela de sus derechos como judiciales y cuando posteriormente ingresa en el ámbito de sospecha el ex-cónsul, aquellos actos originarios cumplidos antes de su sindicación, deben también, sin cortapisa alguna, integrar el cuadro probatorio apto para juzgar su conducta. No encuentro que ello obre en desmedro de su defensa en juicio.-La adquisición de esta prueba resulta, por lo tanto, legítima, quedando sujeta a valoración dentro del conjunto probatorio colectado, ya que la falta de acta de secuestro del objeto del delito, no constituye un vicio en el procedimiento cuando fue imposible su redacción en el lugar donde aquél se produjo.-En síntesis: al margen de la inexistencia del requisito formal del acta inmediata, se demuestra por vía testimonial indubitable, la realidad del procedimiento que ingresa a autos, la caja que contenía cocaína. Lo acepta Rivas, lo testimonia personal policial y lo ratifica el codelincuente Fernández. Se trata nada más, ni nada menos, que, de nueve kilos de droga, es indubitable que un supuesto celo policial por involucrar a Rivas, sería algo exagerado y en modo alguno surge de autos animosidad procesal hacia el encartado.-Por lo expuesto, y las sólidas razones esgrimidas por el Sr. Fiscal de Cámara en su escrito de interposición sostengo así el recurso. -

TERCERO. - Además de la firme apoyatura que logra el sentenciante de primera instancia, cuando estudia acabadamente el probatorio reunido en la causa, -considerandos VI a VIII (fs. 837/851)-. y la medulosa valoración del mismo efectuada por el Dr. Romano, se puede agregar lo siguiente:

1. Ha quedado categóricamente demostrada la vinculación delictiva que unió a los condenados Fernández y Pérez, y ello lo ha sido en virtud de sentencia firme. No se puede olvidar la condena de Fernández y Chaar, fallo donde los excusados de intervenir, Dres. Endeiza y Mestre, adelantan opinión sobre la coparticipación en el delito investigado por parte de Rivas. El único medio por el que Pérez y Fernández pudieron entablar su relación delictiva, fue a través de la presentación mutua que efectuara Rivas Graña, cuando viajó, en compañía de Fernández hasta la ciudad de San Juan, donde se domicilia Pérez. El hecho de la nula actividad comercial de Fernández, y los pésimos antecedentes de Pérez en ese mercado, desvanecen la excusa en que intenta situarse Rivas Graña en el sentido de que la presentación obedeció a tales razones. -

2. También está judicialmente aceptado, por esta sentencia firme anterior, que tanto Fernández como el también condenado Chaar, efectuaron en conjunto actividades reprimidas por la Ley 20.771. En este caso, como en el anterior, incuestionablemente su conocimiento recíproco provino de la gestión de Rivas Graña, conforme lo reconocen ambos; en el caso de Chaar, con sindicación delictuosa directa del ex-cónsul, ya que afirma que fue buscado expresamente para participaren la venta de estupefacientes. -

3. Rivas Graña pertrecha a su cómplice Fernández, extranjero y transitoriamente en la Argentina, de un arma de fuego con una caja completa de proyectiles, que éste, que obviamente carece de cualquier permiso o autorización de guarda o portación de armas, esconde entre sus ropas en el hotel donde se aloja.-Tal entrega encuentra lógica razón en las actividades vinculadas al narcotráfico que ambos realizaban, y por el contrario, no se justifica dentro del cuadro de normalidad comercial en que se escuda el ex-cónsul.-

4. Rivas Graña acepta, según refiere al ejercer su defensa material, el depósito de una caja, pensando primero, que contiene valiosas artesanías, para luego sospechar que puede contener oro. Para dejársela, Fernández le habría hablado de la inseguridad de su hospedaje y del alto valor de la mercadería (cada pieza podía costar quinientos dólares estadounidenses, y la caja contendría muchas). A fs. 108 menciona que ab-initio tuvo sospechas respecto al contenido de esa caja que tan generosamente recepta en depósito de un connacional virtualmente desconocido. Cabe aquí reflexionar sobre la realidad de la existencia de esa caja con nueve kilogramos de cocaína. No proporciona el fallo elemento descalificatorio alguno que pueda hacer presumir con licitud que el contenido se introdujo con posterioridad a su entrega voluntaria y probada por Rivas. Esto unido a la valoración correcta del llamado en codelincuencia de Chaar y Fernández, (que en nada se benefician trayendo a proceso a Rivas) conduce necesariamente a la realidad de una prueba suficiente para condenar como pretende el Sr. Fiscal. No es en modo alguno cierto lo sostenido por el defensor de que en el sub-judice hay una carencia total de prueba. -

5. La Cámara ha asignado singular valor al dicho del abogado Comejo Stewart, cuando depone en otro proceso -seguido en su contra-, como sospechoso de haber quebrantado la incomunicación a que se hallaba sujeto su cliente Fernández. En efecto, a fs. 33 del expediente N° 74.581 A, realiza una serie de consideraciones relativas a la persona de su ex-defendido, que pueden ser atribuidas a la necesidad de ejercer su defensa material respecto de la acusación de que era objeto, pero que constituyen revelación de secretos adquiridos en el ejercicio de su profesión de abogado. Lo que resulta incomprensible -y que es precisamente a lo que la sentencia del recurso adjudica relevancia- es que, so pretexto de proteger derechos afectados, el nombrado profesional afirme que su ex-cliente mentía cuando sindicaba a Rivas Graña como participe en los hechos de la causa, puesto que esta afirmación, no tan sólo resulta indiferente para el objeto de su declaración, sino que obra en directo perjuicio de la persona que había depositado su confianza en la obligación de silencio de su abogado defensor, y finalmente, obra en sospechoso beneficio de Rivas Graña.-Aun cuando la conducta del letrado pudiese encontrar resguardo y justificación en el campo jurídico, sólo lo sería respecto a su autodefensa, y aun así resulta reprochable en el más amplio continente que rige la ética del abogado, pero la valoración de sus dichos, fuera de su necesidad de dar respuesta a una acusación, repugna totalmente a las garantías de la defensa en juicio.-Encuentro, por todo lo expuesto, razones suficientes para sostener el recurso en todos sus aspectos, ya que la presente no puede tenerse como una mera cuestión de apreciación de pruebas, materia reservada a los jueces de la causa, y por ello no susceptible de revisión en este estadio procesal, sino que no existe obstáculo para que V.E. pueda conocerla, toda vez que sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas, sin incurrir en omisión de valorar prueba fundamental, y constituyan derivación razonada del derecho vigente según las circunstancias comprobadas.-Advierto, como ya se expresó, que la sentencia apelada presenta este vicio, pues sus fundamentos son aparentes, al haberse valorado sólo parcialmente elementos de juicio, con supresión de aquellos que revisten importancia fundamental para la conclusión condenatoria a que se habría arribado de tenerlos correctamente en consideración, prescindiendo, además, de la necesaria visión de conjunto y de la correlación de los testimonios e indagatorias entre sí, y fundamentalmente, con elementos indiciarios que tienen aquí, carácter necesario.-

II. FALLO

A mérito de lo expuesto, opino que debe revocarse el fallo apelado

Vistos los autos: "Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771".-

Considerando:

PRIMERO: Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza -Sala B- que, al revocar la dictada en primera instancia, absolvió al acusado Ricardo Eduardo Rivas Graña de los delitos de introducción, almacenamiento y tráfico de estupefacientes -agravados por el concurso de más de tres personas- por los que había sido condenado a siete años de prisión, multa de ciento veinte australes, accesorias legales y costas, interpuso el señor Fiscal de Cámara recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 862/7S, 981/97 y 1018/27).-

SEGUNDO: Que de las constancias del proceso surge:

a) que personal de la Policía Federal, notificado por información confidencial, llevó a cabo un procedimiento en el bar del hotel "Huentala" en cuyo transcurso detuvo al ciudadano de origen boliviano Víctor Hugo Fernández y secuestró 380 gramos de cocaína que tenía dispuesta para la venta y procedía de su país natal;

b) que, por manifestaciones del detenido, pudo saberse que en las inmediaciones del lugar se hallaba estacionado el automóvil de su amigo Fuhad Carmelo Chaad, a cuya detención también se procedió al haberse encontrado otros dos paquetes conteniendo 300 gramos de cocaína y una balanza para pesar esa sustancia;

c) que, ante los dichos de Fernández, en el sentido de que en una casa de la zona de Godoy Cruz, se guardaba el resto de la droga traída de Bolivia -otros nueve paquetes de un kilogramo- uno de los policías se trasladó, en compañía del nombrado, hasta la mencionada vivienda, en cuya fachada lucía un cartel y escudo que la identificaba como la sede del Consulado de la República de Bolivia. Ya en el lugar, Fernández llamó a la puerta y fue atendido por su conocido, el cónsul Ricardo Eduardo Rivas Graña, quien lo hizo pasar junto con el policía, que no se presentó como tal y, a requerimiento del primero, el funcionario extranjero le entregó una caja con el contenido ya especificado, la que fue trasladada al asiento policial donde se confeccionó el acta de estilo;

d) que el sospechoso Rivas Graña fue llamado a concurrir a un lugar público, so pretexto de asistir al connacional Chaad, y en esas circunstancias detenido. -

TERCERO: Que el Tribunal a quo entendió, con base presunta en la jurisprudencia de esta Corte (Fallos: 46:36; 303:1938; 306:1752; 308:733; y causas R.524.XX, "Ruiz, Roque A. s/hurtos reiterados"; F. 103.XIX, y F. 477.XIX, "Francomano, Alberto José y otros .s/ inf. ley 20.840", del 17 de septiembre y del 19 de noviembre de 1937). que la incautación de nueve kilogramos de cocaína, extraídos de la morada de Rivas Graña -a la vez casa habitación de él y su familia y sede de la oficina consular de Bolivia en Mendoza- debía ser excluida del proceso como prueba por haberse obtenido en infracción a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional). Estimaron los jueces que ello era así porque el coprocesado Fernández y el oficial de policía ingresaron en el domicilio del acusado sin orden de allanamiento y en circunstancias tales que no hacían excepción a la necesidad de obtenerla; y en cuanto al consentimiento prestado por Rivas Graña, lo consideraron viciado, "... al hacérsele creer que el acompañante de su conocido Fernández era un amigo de este y ocultársele que en verdad Fernández estaba privado de su libertad y que quien lo acompañaba era un policía que fingía...". Por esta razón y porque, además, la Cámara destacó la falta de cumplimiento de normas procesales vinculadas con la forma en la que debe documentarse un secuestro con fines probatorios, declaró nulo el practicado en la vivienda del cónsul e ineficaz su resultado. -Por otra parte, los magistrados de la instancia anterior concluyeron en que, apartada la prueba obtenida -a su juicio- de manera ilegal, la remanente no alcanzaba, sin hesitación para responsabilizar al procesado. Para sostener tal conclusión señalaron que la prevención policial ha incurrido en "... inexactitudes o desprolijidades que, a la postre, han quedado en descubierto y restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales...". Así aludieron los jueces al origen anónimo de la denuncia que determinó la actuación policial, el que encubriría la actividad de confidentes; la huida del "comprador" de la cocaína que portaba Fernández, sin explicación valedera, lo que permitiría barruntar que aquél fue nada más que un señuelo; la no común colaboración supuestamente espontánea de Fernández para lograr el decomiso del estupefaciente almacenado en la casa de Rivas Graña; la forma incompleta y poco veraz, en la que fue documentada esa diligencia durante el sumario de prevención; la manera en la que se logró la detención del imputado, quien salió de su casa hasta el lugar donde lo esperaba la policía creyendo que iba a prestar asistencia a un connacional. Además, pese a reconocer que contra la negativa de Rivas Graña se alzan las imputaciones de los coprocesados Fernández y Chaad, los jueces dieron razones, mayormente apoyadas en conjeturas, para restarle mérito. Respecto de Fernández -porque aparece como colaborador de la policía en la incautación de la droga que tenían tanto Chaad como Rivas Graña-; y de Chaad -porque intervino para facilitar la detención del cónsul-, dijeron los magistrados que "aparecen pues estos dos personajes delinquiendo, colaborando y disimulando su decisión de involucrar al prójimo. No son, por lo expuesto, dos coprocesados cuya versión por lo espontánea, coincidente y desinteresada pueda merecer especial confianza, sino que se cuenta con expresiones de quienes han delinquido en infracciones gravemente penadas y ayudan a la policía, traicionando a sus sospechados cómplices. Si a ello agregamos las dudas que surgen de lo actuado por algunos policías que auxiliaron a la justicia en la prevención, no es descartable que hayan declarado ante ella bajo presión o instados por alguna promesa de mejorar su situación si colaboraran..." Finalmente, los jueces desecharon el valor probatorio de la mendacidad con la que se produjo el procesado Rivas Graña, según el magistrado de primera instancia, porque, aún cierta, no deja de ser una indicación equívoca; y declararon que aunque la íntima convicción les pudiera indicar lo contrario, el sistema de la prueba tasada y de la sana crítica racional al que debían sujetarse les imponía adoptar la solución liberatoria, de conformidad con el art. 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal. -

CUARTO: Que el recurrente sostiene que la sentencia es arbitraria por contener dos vicios fundamentales: el primero, vinculado con la presunta violación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18 de la Constitución Nacional); y el segundo, que atañe a la irrazonabilidad en la interpretación de los hechos de la causa. - En cuanto al tema de la exclusión del secuestro de nueve kilos de cocaína porque se la habría incautado en el curso de un allanamiento ilegal, el apelante señala que al procedimiento realizado en la casa del cónsul boliviano se lo consideró como pesquisa domiciliaria o allanamiento cuando, en realidad, no tuvo ese alcance. De acuerdo con lo probado, el acceso a la vivienda y la entrega de la droga se obtuvo como consecuencia de la amistad preexistente entre el morador y su coprocesado Fernández, sin otra intervención del policía que no fuese meramente pasiva y que, por lo tanto, "no conmocionó, alteró o siquiera rozó la intimidad de la vivienda del cónsul", que es lo que protege la garantía constitucional. Consecuentemente -dice el fiscal- si no hubo pesquisa o visita domiciliaria, no son exigibles los requisitos de los arts. 211, 407, 408 y 409 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Y la posibilidad admitida por la Cámara de que entre el momento en el que fue entregada la

droga por Rivas Graña, y aquel otro en el que se documentó el hecho en la sede policial se hubiese cambiado el contenido de la caja respectiva, no reviste la más mínima confrontación con la realidad. Ello es así, porque lo revela imposible el millonario valor de la mercadería y el hecho de que no pudo haberla obtenido la policía en otros procedimientos, puesto que una de las circunstancias probadas en el proceso es la de que en la provincia de Mendoza no había mercado suficiente como para ubicar sin dificultades tanta cantidad de droga. - En lo atinente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba independiente de la obtenida en el domicilio de Rivas Graña, se puntualizan en el recurso los siguientes vicios:

a) la sentencia se sustenta -a criterio del apelante- en "una serie de juicios erráticos que nada tienen que ver con la prueba incorporada a la causa y con el análisis que realiza el señor juez federal de primera instancia". Así -se dice- el tribunal dedica su esfuerzo en resaltar presuntas irregularidades policiales en aspectos "pueriles y hasta microbianos" para teñir con ellas una supuesta falta de seriedad en todo el accionar de los preventores que compromete al cónsul procesado. Se "supone" que la policía trató de proteger su fuente de información y se "sospecha" de complaciente la huida de uno de los intervinientes en el primer canje de cocaína comprobado, todo lo cual se califica de "inexactitudes o desprolijidades... que restan veracidad a los asertos de los funcionarios policiales", por lo que "pareciera... que aquí se ha juzgado a la policía y no al cónsul que entregó los nueve kilos de cocaína", afirma el fiscal. -

b) con igual método hipotético -existencia de posibles promesas policiales de ayuda- el fallo resta valor a las imputaciones en codelincuencia de Fernández o Chaad. -

c) omisión de tratamiento de las serias contradicciones en que incurrió el procesado Rivas Graña al declarar, las que constituyen indicios graves de su mendacidad. En tal sentido, señala el recurrente que no ha extrañado a los jueces: 1º) que el imputado abriese las puertas de la oficina consular a hora intempestiva para entregar a un connacional lo que, según él, era una mercadería desconocida; 2º) que haya interrumpido la iniciación de la cena con el alegado propósito de asistir al coprocesado Chaad para otorgarle asilo por razones políticas, función ajena a la propia de .su cargo; 3º) que si el acusado sospechaba del contenido de la caja, como lo dice, no se impusiera de su contenido, máxime cuando aquélla estaba abierta; 4º) que si Rivas Graña creía, como también lo afirma, que se trataba de artesanía boliviana que negociaría con Fernández, menos se explica que no revisase lo que contenía el paquete; y, 5º) que si con el último de los nombrados sólo lo ligaba una relación comercial, no se explica por qué le prestó un televisor para que no se aburriese en su estadía en el hotel, y una pistola valiosa porque se la había obsequiado el presidente de su país; y

d) descalificación de los dichos imputativos de los coprocesados Chaad y Fernández sobre la base de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo legal, tales como eludir el valor objetivo de sus versiones porque provendrían de "delincuentes", o empañar su colaboración en el esclarecimiento judicial del caso con el insólito argumento de la traición a sus cómplices, en abierta oposición con el art. 26 del Código Penal que manda observar "la actitud del condenado posterior al delito", comprensiva de la espontánea confesión de su responsabilidad y la cooperación en la investigación de la verdad. -

QUINTO: Que, a partir del caso registrado en Fallos: 306:1752 y con cita a los precedentes de Fallos: 46:317 y 177:390, esta Corte estableció el criterio según el cual suscitan cuestión federal bastante planteos como los sometidos a su decisión en el recurso que se examina pues aun cuando atañen por lo general a temas de hecho y de derecho procesal, sustancialmente conducen a determinar el alcance de la garantía de la inviolabilidad del domicilio. -

SEXTO: Que ya en el recordado caso de Diego Enrique Fiorentino se dejó establecido que, fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 del Código de Procedimientos en lo Criminal, o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa. Esta doctrina fue reafirmada en las sentencias dictadas en las causas L. 105. XXI. "López, Eduardo Adolfo s/encubrimiento de contrabando", del 10 de diciembre de 1987, y F. 305. XXI. "Fato, Juan José y otros/infr. ley 20.771", del 24 de mayo de 1988; y precisada aún más en el fallo recaído en la causa R.1.XXII, "Romero, Héctor Hugo y otros s/infr. Ley 20.771" del 1º de diciembre de 1988 -criterio recientemente reiterado al resolver in re: F. 65. XXIII, "Ferrer, Florentino Clemente s/infr. art. 189 bis del Código Penal", del 10 de julio de 1990- donde el Tribunal determinó que no cabe construir

una regla abstracta, a partir del precedente de Fallos: 306:1752, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido.-

SÉTIMO: Que en el sub examen, al no darse ninguna de las excepciones del citado art. 189 del Código Procesal, ni ser jurídicamente posible la obtención de orden de allanamiento en virtud de la inviolabilidad del local consular, donde también se domiciliaba el imputado (art. 31 de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, aprobada por la ley 17.081, que admite la visita con el consentimiento del jefe de la oficina consular pero no su requisita), la situación es diferente a la contemplada en los precedentes de esta Corte en los que se apoyó la sentencia recurrida. A lo que cabe añadir que, como se verá en lo que sigue, el procedimiento fue resuelto por la autoridad policial sin afectación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, como se verá en lo que sigue. -

OCTAVO: Que si bien es verdad que el ingreso del coprocesado Fernández y del oficial que lo acompaña encubría un procedimiento policial, no es menos cierto que aquél se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, circunstancia favorecida por el ilícito negocio en el que estaban embarcados. No hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, ya que ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda. Bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido, y que se le presentase al acompañame como un amigo para que se les franquease la entrada. Y, después de esta última, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisita, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid o aprovechamiento del descuido del morador, sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad. -

NOVENO: Que, además, si está probado que el imputado y titular del derecho de exclusión, permitió el acceso a su casa de dos personas -una de las cuales desconocía- sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido; y, pese a ello, con entera libertad y desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, recorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.-

DÉCIMO: Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar. Por tal razón, una interpretación prudencial de las garantías procesales contenidas en la Constitución Nacional permite aceptar, bajo ciertas restricciones, el empleo de agentes encubiertos de modo similar al que se lo admite en otros países en los que las reglas del Estado de Derecho prescriben garantías análogas a las que rigen en la República Argentina: entre los cuales cabe citar a los Estados Unidos (confr. "Lewis v. U.S.", 385 US 206) y a la República Federal de Alemania (confr. BGH Gr. S. St. 32,115,122: BverfGE 57,250.284, y la decisión del GBH en NSTZ, 1982,40).-

ONCEAVO: Que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de Derecho (así lo sostuvo en Alemania el BGH, confr. decisión en NSTZ 1984,78), lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentando a personas inocentes a cometer esas violaciones (confr. "Sorrels v. U.S.", 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuesto a cometer el delito, de los que son "producto de la actividad creativa" de los oficiales que ejecutan la ley (confr. además del caso citado de 287 US 435, "Sherman

v. U.S.", 356 US 369 y "Hampton v. U.S.", 425 US 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad "criminógena" de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment (confr. "Woo Wai v. U.S.", 223 US 412 y "U.S. v. Russell. 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).-

DOCEAVO: Que las constancias de la causa reseñadas en los considerandos de la presente permiten descartar que la policía haya tenido una actitud creadora del crimen que motiva estas actuaciones. Al contrario, el ocultamiento de la identidad policial sólo ha tenido por objeto tomar conocimiento de un hecho que fue realizado libremente, y sin coacciones por parte del imputado Rivas Graña, que tenía el derecho constitucional de excluir del acceso a su morada al desconocido, e incluso, al no haberlo hecho, decidió libremente realizar ante sus ojos la transacción criminal con desprecio del riesgo de delación que ello podría involucrar. En esas condiciones no puede sostenerse seriamente que la presencia pasiva del policía encubierto en el domicilio del imputado haya violado su derecho constitucional a la intimidad. Aquí son totalmente aplicables las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos in re "Hoffa v. U.S.", 385 US 293. En electo, lo sostenido por ese supremo tribunal con relación a la Cuarta Enmienda es plenamente aplicable a la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Al decir de esta Corte, "lo que protege la Cuarta Enmienda es la seguridad en la que descansa un hombre cuando se coloca a sí mismo o a su propiedad en un ámbito protegido constitucionalmente". Pero ello supone una actitud del individuo celosa de su intimidad, y hay que distinguir entre los actos de una persona que se realizan en la seguridad constitucionalmente protegida contra intrusiones indeseadas en el ámbito del domicilio, de los realizados voluntariamente ante terceros en la errónea confianza de que estos no revelarían su delito. -

TRECEAVO: Que, en consecuencia, hay que distinguir también los casos en que el agente encubierto o colaborador sólo se limita a reproducir para el proceso aquello de lo que fue testigo por la actitud voluntaria de quien tenía el derecho de exclusión sobre su ámbito constitucionalmente protegido, de aquéllos en los que se configura una verdadera intrusión a la intimidad excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño. Tal sería el caso en que, con ocasión de un ingreso autorizado por el interesado, el agente encubierto realizara pesquisas, inspecciones, registros, secuestros, etc., de manera subrepticia y más allá de lo que pueda considerarse comprendido dentro de la renuncia a la intimidad del interesado. Este es el modo en que también ha sido entendida la garantía constitucional de la intimidad del domicilio por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en un caso en el que un agente federal de narcóticos, haciéndose pasar por un consumidor de drogas, expresó al sospechoso su interés en comprar esas sustancias, y en tales circunstancias fue invitado por el imputado a su casa, donde tuvo lugar la transacción ("Lewis v. U.S.". 385 US 206). Allí la Corte admitió la validez del testimonio inculpatario en el juicio que se siguió al traficante sobre la base de que el imputado "invitó" al agente encubierto a su domicilio con el propósito de ejecutar una venta ilícita de drogas, "y que en ninguna de sus visitas el agente vio o tomó algo distinto de lo considerado y de hecho querido por el imputado como parte necesaria de su negocio ilegal".-En definitiva, este modo de entender el alcance de la protección constitucional de la intimidad reposa en la premisa de que el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esta forma, tomó conocimiento de ellos (confr. mutatis mutandi "López v. U.S.". 373 US 427).-

CATORCEAVO: Que, en síntesis, en el sub lite se ha demostrado que al imputado nada se le ocultó porque nada indagó, no se hizo un despliegue de medios engañosos para ingresar a su morada, esta última no fue objeto de requisita y que, en definitiva, la presencia de terceros en su hogar se debió a la forma en que discrecionalmente ejerció su derecho como titular del domicilio. Si esto es así, no parece ciertamente razonable ni menos compatible con el sentido común entender que, en las circunstancias comprobadas en este proceso, se hubiese visto comprometida la garantía de la inviolabilidad del domicilio. Esas mismas circunstancias evidencian que el ingreso descalificado por el tribunal a quo -realizado en un domicilio jurídicamente imposible de allanar, pero con el consentimiento del jefe de la oficina consular- fue ejecutado con el máximo respeto de tan eminente garantía individual y de las obligaciones internacionales, concertándolas con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas, que, al fin y al cabo, es el logro del delicado equilibrio entre tan preciados valores que esta Corte siempre ha procurado resguardar.-A este respecto, ha de recordarse que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (caso "José Tibold", Fallos: 254:320, consid.

13). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (C.S. de EE.UU., "Stone vs. Powell", 428 U.S. 465.1976, en pág., 488, y la cita de D.H. Oaks en nota 30, pág. 491). De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales. -

QUINCEAVO: Que la solución alcanzada en lo que antecede hace innecesaria la consideración de los restantes agravios traídos a la instancia con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

04.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Órgano	: Tribunal Constitucional Peruano
Jurisdicción	: Penal
Nº de Expediente	: 04750-2007-PHC/TC
Tipo de Resolución	: Sentencia
Ponente	: Thays Penélope Rodríguez
Fecha	: 09 de enero de 2008
Resumen	: Recurso de agravio Constitucional

Sumilla: Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Renato Escobedo Marquina, abogado defensor de doña Thays Penélope Rodríguez contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 290, su fecha 27 de junio de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Lima 09 de enero de 2008.

Landa Arroyo
Mesía Ramírez
Vergara Gotelli
Beaumont Callirgos
Calle Hayen
Eto Cruz
Álvarez Miranda..
ANTECEDENTES

Con fecha 16 de abril de 2007 doña Thays Penélope Rodríguez interpone demanda de hábeas corpus y la dirige contra los vocales integrantes de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Juan Pablo Quispe Alcalá, Ana Espinoza Sánchez y Aldo Martín Figueroa Navarro; y contra los vocales integrantes de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, señores Roger Herminio Salas Gamboa, Hugo Herculano Príncipe Trujillo, Pedro Guillermo Urbina Ganvini, Pastor Adolfo Barrientos Peña y Josué Pariona Pastrana, alegando la vulneración de su derecho constitucional al debido proceso, más específicamente a la defensa, así como del principio de presunción de inocencia, relacionados con la libertad individual.

Sostiene que mediante sentencia de fecha 6 de enero de 2006, recaída en el Expediente N.º 212-2004, ha sido condenada por el delito de tráfico ilícito de drogas agravado (artículo 297º, incisos 6 y 7, del Código Penal) a 22 años de pena privativa de la libertad, rebajada mediante ejecutoria suprema de fecha 21 de diciembre de 2006 a 17 años de pena privativa de la libertad, sobre la base de un audio y video obtenido mediante el procedimiento especial de “agente encubierto”, pese a que, según refiere, no participó en las respectivas diligencias

de transcripción y visualización, como tampoco se realizó la pericia de reconocimiento de su voz; sostiene que igualmente no se realizó el reconocimiento o contradicción en la etapa de la instrucción y tampoco han sido incorporados al juicio oral, esto es, no han sido sometidos al contradictorio. Agrega que la incorporación de la prueba audiovisual al debate oral es una actividad que debe ser desarrollada por el juzgador, ya que éste solo puede formarse convicción sobre la base de la prueba producida oralmente y directamente percibida, lo que a su criterio no ha ocurrido.

Realizada la investigación sumaria y recibidas las declaraciones explicativas, la accionante se ratifica en todos los extremos de su demanda. Por su parte, los magistrados emplazados coinciden en señalar que el juicio oral se ha desarrollado conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales, respetando las garantías del debido proceso y que la condena impuesta a la recurrente ha sido el resultado del análisis pormenorizado de lo actuado y probado en el proceso.

El Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de mayo de 2007, declaró infundada la demanda por considerar que no se encuentra acreditada en forma objetiva la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

La Tercera Sala Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada declaró improcedente la demanda por considerar que el audio y video mencionados no fueron objeto de cuestionamiento por la accionante, de modo que mantienen su legitimidad.

I. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

- El objeto de la demanda de hábeas corpus es que este Tribunal Constitucional declare: i) la nulidad de la sentencia de fecha 6 de enero de 2006 en el extremo que condena a la accionante a 22 años de pena privativa de la libertad, y ii) la nulidad de la ejecutoria suprema de fecha 21 de diciembre de 2006 en el extremo que condena a la recurrente a 17 años de pena privativa de la libertad, y que en consecuencia se realice nuevo juicio oral, alegándose que tales resoluciones vulneran su derecho constitucional al debido proceso, más concretamente a la defensa, y el principio de presunción de inocencia, conexos a la libertad individual.

Considerando el contenido y la naturaleza de la pretensión formulada, en el presente caso constitucional nos encontramos ante un modelo típico de “hábeas corpus conexo”, por lo que previamente resulta conveniente señalar el contenido constitucional, legal y jurisprudencial de este tipo de hábeas corpus.

Hábeas corpus conexo

- El hábeas corpus conexo procede ante la amenaza o violación de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. En el Perú ha sido la Ley N° 23506 la que implícitamente ha dado lugar al hábeas corpus conexo, al establecer de modo enunciativo en su artículo 12º que el hábeas corpus procede en los diecisiete supuestos mencionados, de los cuales no todos estuvieron referidos en estricto a la libertad individual, sino también a derechos constitucionales conexos a ella.
- La Carta Política de 1993 (artículo 200º, inciso 1), acogiendo una concepción amplia del proceso de hábeas corpus ha previsto que este proceso constitucional de la libertad procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella.
- A su turno, el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC. Fundamento 6. h) ha precisado que, el hábeas corpus conexo “cabe utilizarse cuando se presentan situaciones (...) como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad

física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados”.

5. El Código Procesal Constitucional en la misma tónica que la Ley N.º 23506 ha establecido en su artículo 25° que el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que enunciativamente conforman la libertad individual, también en los diecisiete supuestos mencionados; incluso ha ido más allá, pues en su parte *in fine* ha establecido que el hábeas corpus procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio.

En este caso concreto se alega la afectación del derecho constitucional al *debido proceso*, más concretamente a la defensa, y del principio de presunción de inocencia, relacionados con la libertad individual.

El Estado peruano y la lucha contra el tráfico ilícito de drogas

6. Antes de evaluar la pretensión que se postula en la demanda de autos este Tribunal Constitucional, consciente de la problemática del país y de la política de interés nacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, considera pertinente en el presente *caso constitucional* efectuar algunas precisiones sobre determinadas instituciones que recoge la normatividad procesal penal en general, y en especial la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo N.º 824). Y es que el delito de tráfico ilícito de drogas, por la afectación que produce al cuadro material de valores que consagra la Constitución es considerado como uno de los ilícitos penales más graves. Es un delito de acción múltiple que socava las bases culturales, políticas y económicas de la sociedad, pues su existencia y propagación afecta de grado sumo diversos valores e instituciones básicas de todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1°), la familia (artículo 4°), la educación (artículos 13° a 18°), el trabajo (artículos 22° y 23°), la paz social (inciso 22 del artículo 2°), entre otros.
7. En efecto, uno de los problemas más serios de nuestro mundo actual, al que ningún país ha sido ajeno, incluso ni con el uso de sofisticadas formas de control y fuertes cantidades de dinero asignados para librarse de él, qué duda cabe, es el tráfico ilícito de drogas [delincuencia organizada o institucionalizada de tráfico ilícito de drogas]. Se trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia y enfrentar públicamente a los gobiernos, atacando a las fuerzas armadas, a los miembros del sistema judicial y a la policía, y atentando contra las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evadir sanciones [los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades], y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo.
8. Bajo esta perspectiva el artículo 8° de la Constitución ha establecido que es obligación del Estado peruano combatir y *sancionar* el tráfico ilícito de drogas. Para tal efecto la propia Norma Fundamental ha conferido atribuciones a órganos autónomos como es el caso del Ministerio Público, que en cuanto titular de la acción penal pública y titular de la carga de la prueba tiene por función conducir [dirigir] desde su inicio la investigación del delito, siendo en este caso la Policía Nacional la entidad obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función (artículo 159°, *incisos* 4 y 5, de la Constitución). Es función de la Policía Nacional del Perú prevenir, investigar y combatir la delincuencia (artículo 166°, de la Constitución).
9. La irrenunciable obligación constitucional del Estado peruano de combatir y *sancionar* el tráfico ilícito de drogas tiene sustento, además, en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada el 22 de julio de 1964, cuyo artículo 2°, *inciso* 5.b, establece que los Estados Partes *prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las*

condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias, únicamente para la investigación médica y científica (...). Asimismo, el artículo 4, *incisos* a) y c), de la referida Convención establece que es obligación general del Estado Parte adoptar las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de dicha Convención en sus respectivos territorios, así como para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio y el uso y la posesión de estupefacientes.

10. De modo similar, el artículo 3°, *inciso* 1, *literales* a. i) y ii), de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por el Estado peruano el 16 de enero de 1992 establece que cada uno de Estados Partes adoptará las medidas para tipificar como delitos en su derecho interno cuando se cometa intencionalmente la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la entrega en cualquiera de sus condiciones, la importación o la exportación, la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica. Asimismo, el artículo 6° de la referida Convención establece que: *“Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales conformes a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados (...), se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión, respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo (...)”*.
11. De forma más específica el artículo 20°, *inciso* 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo), ratificada por el Estado peruano el 19 de noviembre de 2001 establece que *cada Estado parte adoptará dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y cuando lo considere apropiado la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada*.

La “obligación constitucional” del Estado peruano de diseñar una política criminal eficiente para sancionar el tráfico ilícito de drogas

12. El marco constitucional e internacional aludido implica que la obligación constitucional del Estado peruano de *sancionar* el tráfico ilícito de drogas no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello. Y es que no debe olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del Estado. Se trata, en definitiva, de una tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano para que adopte las diversas medidas legislativas y administrativas destinadas a *sancionar* eficazmente el tráfico ilícito de drogas.
13. Precisamente, una de las medidas legislativas diseñadas por el Estado peruano para *sancionar* el tráfico ilícito de drogas ha sido el Decreto Legislativo N.º 824°, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que entre otras cosas regula los procedimientos especiales de investigación policial, tales como el de *agente encubierto* y la remesa controlada, cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, según sea el caso, al Ministerio Público o a la autoridad judicial.
14. Esta técnica especial de investigación también ha sido recogida por el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (de vigencia progresiva en el país), al establecer en su artículo 341° que el Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a la Policía Nacional (*agente encubierto*), mediante una *disposición* y teniendo en cuenta la necesidad de los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta.

Conviene puntualizar que, a diferencia del Decreto Legislativo N.º 824º que confiere al Fiscal o Juez – *según la etapa del proceso* – la facultad de autorizar y controlar el procedimiento de agente encubierto y la remesa controlada, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 solamente ha conferido dicha autorización al Representante del Ministerio Público.

El agente encubierto

15. El agente encubierto o secreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen. Y es que, estando a que hay delitos que son susceptibles de ser descubiertos y probados sólo si los órganos encargados de la investigación son admitidos en el círculo en el que ellos tienen lugar, resulta necesario su empleo para que de modo encubierto se introduzcan [como un integrante más] en el corazón mismo de dicha organización criminal, a fin de proporcionar [desde su interior] información sobre sus integrantes, funcionamiento y financiación.

Desde el punto de vista operacional, el procedimiento de "agente encubierto" lo realiza [por lo general] un policía seleccionado y adiestrado, que ocultando su identidad se infiltra en una organización criminal con el propósito de determinar su estructura e identificar a sus dirigentes, integrantes, recursos, "*modus operandi*" y conexiones con otras asociaciones ilícitas. Su actividad es desarrollada a corto o largo período y participa en algunos casos con los miembros de la organización en hechos específicos que sean necesarios para su permanencia en dicha organización.

En concreto, el empleo del agente encubierto es una técnica de investigación eficaz para la obtención de evidencias probatorias e identificación de los involucrados en el delito, toda vez que el agente, al lograr infiltrarse de manera clandestina a la escena misma del crimen, observa *in personam* los hechos delictivos practicados por los autores y partícipes de la organización criminal.

16. Conviene precisar que agente encubierto no es lo mismo que agente provocador. El *agente provocador* interviene para inducir o incitar a cometer el delito [para provocar la realización del delito] y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no tenían propuesto realizarlo con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación; mientras que el *agente encubierto* se infiltra a una organización criminal para determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes, esto es, para demostrar o acreditar que una o varias personas tenían ya la predisposición de realizar actividades ilícitas, o que continúan practicando dichas actividades y cuyo descubrimiento se pretende. El conocimiento y la voluntad de dirigir el comportamiento hacia la realización del hecho delictivo surge en este caso en la persona del autor vinculado al crimen organizado y no en el agente encubierto.

El control de la actuación del agente encubierto y los principios que fundamentan su empleo

17. El uso de esta técnica especial de investigación requiere necesariamente la autorización de la autoridad competente ante la existencia de indicios razonables de la comisión de un delito por la persona vinculada al crimen organizado, o que continúa realizando dicha práctica criminal [cuyo descubrimiento se pretende]; es decir, supone el conocimiento de hechos que revistan las características de delito y suficientes circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia; a partir de ello el agente encubierto tiene la facultad para actuar con identidad supuesta, entre otras actividades, en el tráfico jurídico y social, participar en las reuniones de trabajo y desarrollar las demás actividades vinculadas al delito de que se trate.

Desde luego la autoridad que autorizó es quien tiene la obligación de señalar el período de duración y los límites de actuación del agente (el respeto a los derechos fundamentales), efectuando para dicho efecto la supervisión y control de sus actuaciones y, eventualmente, dar por concluido su empleo. Se concluye pues que el agente encubierto no tiene el libre albedrío para desarrollar sus actuaciones, sino que se encuentra bajo la supervisión y control de la autoridad que la autorizó, a quién está obligado a proporcionar la información obtenida.

18. El procedimiento especial de agente encubierto evidentemente no puede ser utilizado en todos los casos, sino que debe sustentarse fundamentalmente en los principios de subsidiariedad y necesidad, entre otros.

- **Principio de subsidiariedad.** - Según éste, el empleo del agente ocurre sino existen métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus autores identificados, esto es, si los medios de prueba no pueden ser obtenidos por los llamados "métodos tradicionales de investigación". Por cierto, esto no implica el agotamiento previo de todas las alternativas investigativas para luego acudir a dicha técnica, sino que la autoridad competente deberá evaluar si no cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la investigación.

- **Principio de necesidad.** - De acuerdo a este principio, el agente se utilizará atendiendo a los fines de la investigación en relación con la gravedad del delito [delitos cometidos por organizaciones criminales o criminalidad institucionalizada]. Se entiende por organización criminal al grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de otro orden. Pertenecen a este grupo de delitos el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de armas, terrorismo, trata de personas, secuestro, entre otros.

El agente encubierto y la legitimidad constitucional de su intervención

19. Desde una perspectiva de validez constitucional el empleo de esta técnica especial de investigación no deviene en inconstitucional, entre otros fundamentos porque:

- i) Se trata de un imperativo constitucional exigible al propio Estado a partir de lo establecido en el artículo 8º de la Constitución (es deber constitucional del Estado peruano diseñar su política criminal frente al tráfico ilícito de drogas). En efecto, esta norma impone al Estado la obligación constitucional de *sancionar* el tráfico ilícito de drogas, lo que ha quedado plasmado en el Código Penal y en las leyes especiales en los cuales se criminaliza el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen; evidentemente, que para llegar a dicho cometido se impone la necesidad de adoptar procedimientos de investigación eficaces, siendo uno de ellos, sin duda, el del agente encubierto;
- ii) Su empleo requiere el conocimiento de hechos que revistan las características de delito, de este modo que no se amenace o vulnere derechos fundamentales de las personas. Tal proceder no constituye la amenaza o afectación a la privacidad y desde luego a la dignidad del ser humano, puesto que no existe el derecho a no ser visto públicamente en el momento de realizar un comportamiento ilícito.
- iii) Se adecua a los instrumentos jurídicos internacionales de los que el Perú forma parte, principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000. Se armoniza también con lo que el derecho comparado establece, pues legislaciones como las de Alemania, España, Francia e Italia, o en nuestra región las de Argentina, Colombia y Chile, han hecho causa común en el empleo de esta técnica especial de investigación, con el objeto luchar eficazmente contra el crimen organizado.

En definitiva, el *agente encubierto* es un procedimiento auxiliar indispensable para superar las dificultades que se presentan en las formas ordinarias de recabar información en esta clase de delitos (crimen organizado) y constituye una medida legislativa destinada a combatir eficazmente el tráfico ilícito de drogas.

Análisis de la controversia constitucional

20. Del análisis de los argumentos expuestos en la demanda se advierte que lo que en puridad pretende la accionante es que este Colegiado se arrogue en las facultades reservadas al juez ordinario y proceda a efectuar una serie de diligencias que no le competen, pues aduce que no ha participado en las diligencias de transcripción y visualización del audio y video obtenidos mediante el procedimiento especial de “*agente encubierto*”, que no se ha realizado la pericia de reconocimiento de su voz y que el audio y video no han sido materia de reconocimiento o contradicción en la etapa de instrucción. Lo solicitado resulta pues manifiestamente incompatible con la naturaleza de este proceso constitucional de hábeas corpus, y a que, como es obvio, el juez constitucional no puede realizar actividades de investigación o de valoración de pruebas, por ser aspectos propios de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional. Dicho de otro modo, la realización de actos de investigación y/o de valoración de pruebas excede del objeto de los procesos constitucionales de la libertad como es el hábeas corpus. Por tanto, la demanda en este extremo debe ser rechazada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 5º, *inciso* 1, del Código Procesal Constitucional.
21. De otro lado la recurrente pretende que este Tribunal Constitucional disponga la realización de un nuevo juicio oral, alegando que el audio y video que sustentan su condena no han sido incorporados al juicio oral, no habiendo sido sometidos a contradictorio, por lo que se ha vulnerado su derecho constitucional al debido proceso, más específicamente a la defensa y al principio de presunción de inocencia, relacionados con la libertad individual.

Del estudio de lo actuado en las instancias judiciales así como de la documentación que corre en el cuadernillo de este Tribunal Constitucional, se advierte que el juicio oral seguido a la recurrente ha sido llevado a cabo respetando las garantías del debido proceso y que la negación a la visualización del video *per se* no puede ser considerada arbitraria, a menos que no exista justificación alguna, lo que no ha ocurrido en el proceso penal que dio origen a este proceso constitucional; en todo caso de la simple lectura de la sentencia de fecha 6 de enero de 2006 (fojas 100), se desprende que la condena impuesta a la recurrente en su condición de miembro de la organización internacional de tráfico ilícito de drogas denominada “*Los Boliches*” no se ha fundado exclusivamente en los documentos audiovisuales a que hace mención la accionante, sino en otras pruebas de cargo autónomas, válidas e independientes que llevaron a la Sala emplazada a adoptar dicha decisión, y que no obstante haber sido impugnada dicha condena con argumentos y fundamentos similares a los ahora invocados [en este proceso constitucional de la libertad], fue oportunamente confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante ejecutoria suprema de fecha 21 de diciembre de 2006 (fojas 187). Por tales razones este Colegiado considera que las resoluciones impugnadas recaídas en el Exp. N.º 212-2004 que condenan a la recurrente a la pena privativa de la libertad no son incompatibles con la Constitución y las leyes pertinentes, pues no se advierte que afecten los derechos constitucionales conexos a la libertad individual invocados por la recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo que pretende la realización por parte del juez constitucional de diligencias y/o de valoración de pruebas, conforme al fundamento 20.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los demás extremos.

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA**

**ACUERDO
PLENARIO 08-
2019/CIJ-116**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 08-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
ASUNTO: Diferencias hermenéuticas entre organización criminal, banda criminal y delitos cometidos por integrantes de una organización criminal

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal — dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial —abierto al efecto— al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante LOPJ— y la aprobación de Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. ∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias, respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **A.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **B.** Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. **C.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **D.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **E.** Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. **F.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **G.** Viáticos y delito de peculado. **H.** Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos, los siguientes:

1. Michael Jaime García Coronel — Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.
2. Taller de Dogmática Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
3. Cristhian Joel Pineda Villanueva — Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a las diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos: **A.** Arturo Mosquera Cornejo (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada), **B.** Irene Mercado Zavala (Fiscal perteneciente a la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa contra la Criminalidad Organizada); y, **C.** Michael Jaime García Coronel — Área de Crimen Organizado del Ministerio del Interior.

6.º La tercera etapa radicó, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. ANTECEDENTES

8.º La regulación de delitos de organización criminal no ha sido homogénea en el contexto internacional a pesar de que la mayoría de Estados y legislaciones han buscado adaptar sus normas a las propuestas emergentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional [Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO: *Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú*, IDEMSA, Lima, 2019, pp. 275 – 306]. En el caso peruano la situación normativa no ha sido ajena a todas esas variantes y dilemas técnicos o hermenéuticos. Es así que la legislación penal vigente contiene hasta cuatro clases de preceptos que hacen referencia directa o indirecta a la delincuencia organizada. Sobre todo a la criminalización de delitos de organización criminal y al tratamiento penal que debe aplicarse a los delitos cometidos desde una organización criminal.

∞ En efecto, en primer lugar, está el delito de organización criminal tipificado en el artículo 317 del Código Penal, el cual ha sido construido como un tipo penal autónomo, de peligro abstracto, que sanciona los actos de constituir, organizar, promover o integrar una organización de tres o más personas destinada a cometer delitos. A esta disposición legal se le agregó, en segundo lugar, con el Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, otro tipo penal contenido en el artículo 317-B para reprimir un inedito delito de banda criminal, y que se regula de manera subsidiaria o alterna al delito de organización criminal.

9.º Además, en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno igualmente se incluyeron circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de diferentes delitos realizados desde una organización criminal. Estas agravantes toman en cuenta, para su configuración y eficacia punitiva, que la realización de tales hechos punibles haya sido ejecutada por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal. Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 186, párrafo segundo, inciso 2 (delitos de hurto); 189, párrafo *in fine* (delitos de robo); 297, inciso 6 (delito de tráfico ilícito de drogas); 10, inciso e, de la Ley 28008 (delitos aduaneros) y 4, inciso 2, del Decreto Legislativo 1106 (delitos de lavado de activos).

∞ Y, finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella este compuesta por "tres o mas personas". Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto meramente operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal —este último no es una ley penal en blanco—. Es más, la función de la Ley 30077 es (i) delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y (ii) establecer un régimen procesal especial para la investigación y el juzgamiento de organizaciones criminales que cometan los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, instituye solo para tales hechos punibles, algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta Ley

10.º Esta difusa pluralidad de disposiciones legales, dirigidas a regular la relevancia penal de las organizaciones criminales y de su actividad delictiva, ha promovido también un interés criminológico y dogmático dirigido a establecer y explicar las funciones y diferencias que subyacen entre todas ellas. Esto es, delimitar con meridiana precisión cuáles son sus características, sus efectos y sus componentes normativos.

∞ En la doctrina nacional, por ejemplo, se ha intentado establecer algunas distinciones entre los conceptos de organización criminal, banda criminal o concierto criminal. En ese sentido, por ejemplo, CASAS RAMÍREZ ha propuesto algunos criterios de diferenciación bastante confusos y que aluden a la estructura, la permanencia operativa, el número de integrantes e incluso la conexión sistemática del concepto de organización criminal con la parte general o parte especial del Derecho Penal. Según dicho autor: "La diferencia entre la categoría jurídica denominada banda criminal y organización criminal radica en que en la primera no existe la característica de la 'estructura'; en lo concerniente a la característica de "permanencia", en la banda criminal es solo parcial, muy débil e incipiente; en cuanto a la característica de número y magnitud del delito', la banda criminal puede cometer delitos graves y simples, la categoría de la organización criminal mantiene como elemento numérico un mínima de tres personas, mientras que la categoría de banda criminal acepta la posibilidad que sea desde dos personas; en lo concerniente a la característica de 'distribución', esta se presenta en la organización criminal, mientras que en la banda criminal no aparece toda vez que los miembros actúan de manera más espontánea" [CASAS RAMÍREZ, WILFREDO: *Organización Criminal y su Deslinde con Otras Aceptaciones Semejantes*. En: Actualidad Penal 41, Noviembre, 2017, pp.180-181].

11.º Ahora bien, la discusión hermenéutica sobre la presencia e intervención de organizaciones criminales en casos judiciales posee también importantes antecedentes en la construcción y producción de jurisprudencia de eficacia vinculante. Efectivamente, sobre dicha materia se han expedido Acuerdos Plenarios que han abordado diferentes aspectos relacionados con la función y utilidad del artículo 317 del Código Penal, que tipifica el delito de organizaciones criminales así como de aquellos que regulan la configuración y alcances de las circunstancias agravantes específicas prevista para determinados delitos, cuando estos hayan sido cometidos por quien actuó como "integrante de una organización criminal".

∞ Pero, también, a través de estos precedentes jurisprudenciales, se ha distinguido y delimitado la operatividad y eficacia de otra circunstancia agravante específica referida a la ejecución de hechos punibles por una pluralidad de agentes que actúan conjuntamente en concierto criminal.

12.º Sobre la línea evolutiva jurisprudencial descrita, cabe mencionar lo establecido en el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, de 16 de noviembre de 2007. En dicho precedente de eficacia vinculante se debatieron y resolvieron tres problemas específicos. En primer lugar, se analizaron las diferencias entre las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración en una organización criminal, reguladas en el artículo 189 del Código Penal. En segundo lugar, se examinó la posibilidad de considerar la segunda de estas circunstancias agravantes en concurso ideal con el delito tipificado por el artículo 317 del Código Penal. Y, en tercer lugar, se discutió sobre las opciones del hecho punible tipificado en este último dispositivo legal, para la realización de un concurso real de delitos homogéneo cuando el mismo agente integró varias organizaciones criminales.

13.º Los Acuerdos y criterios hermenéuticos adoptados fueron los siguientes:

1. Las circunstancias agravantes por pluralidad de agentes y por integración a una organización criminal son incompatibles. La primera se configura sólo a partir de un supuesto de autoría funcional o coautoría, por lo que exige la intervención concertada y con co-dominio del hecho de dos o más agentes en la ejecución del robo. La segunda, en cambio, demanda siempre la actuación del agente como integrante de una organización criminal; esto es, ejecutando, aún de manera individual, los designios de una estructura criminal a la cual pertenece.
2. La realización del robo con el agravante de ser integrante de una organización criminal, excluye la posibilidad de un concurso ideal con el delito de peligro abstracto contemplado en el artículo 317 del Código Penal. Es más, el delito de integración en una organización criminal, que prevé dicho artículo, sólo puede operar como tipo penal subsidiario del delito de robo con agravantes.
3. El artículo 317 del Código Penal permite el concurso real homogéneo de delitos, siempre que una misma persona integre de modo sucesivo o simultáneo varias organizaciones criminales independientes.

§2.SOBRE LA PROBLEMÁTICA HERMENÉUTICA ACTUAL

14.º Con la promulgación del Decreto Legislativo 1244, de 27 de octubre de 2016, se introdujeron modificaciones significativas en la redacción típica del artículo 317 del Código Penal que criminalizaba la organización criminal. Paralelamente, dicho cambio legal fue acompañado también de la inclusión de un nuevo delito de "banda criminal" regulado en el artículo 317-B del Código Penal. ∞ Lamentablemente, en ambos casos, la técnica legislativa empleada fue muy deficiente e imprecisa, lo que ha dado origen al surgimiento de diferentes conflictos y dudas jurisdiccionales sobre sus componentes normativos, su oportunidad y presupuestos de aplicación. En efecto, por ejemplo, no ha quedado claro para los jueces y fiscales nacionales, las diferencias que cabe establecer operativa y legalmente entre la organización criminal tipificada en el artículo 317 del Código Penal y el innovado delito de banda criminal que se describe en el artículo 317-B del Código Penal. Fundamentalmente, debido a que este último artículo establece como un presupuesto negativo que otorga tipicidad propia a la banda criminal únicamente cuando ella no reúna "[...] alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317".

15.º No obstante, el delito de organización criminal regulado por el artículo 317 del Código Penal, al ser objeto de modificaciones en su redacción precedente al Decreto Legislativo 1244, también se ha complejizado con una reformulación legal recargada de elementos normativos e innecesarios que aluden a varios componentes típicos que en realidad constituyen semánticamente sinónimos de una misma conducta o característica típica —sobre características típicas y circunstancias agravantes de este delito [PRADO SILDARRIAGA, VICTOR: *Ob. Cit.*, pp. 337-349]—. Por ejemplo, cuando se exige en la norma que se trate de "una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos [...]".

16.º En resumen, los nuevos conflictos hermenéuticos detectados podrían plantearse y debatirse a partir de las siguientes interrogantes:

1. ¿Qué características no deben concurrir en una organización criminal para que ella no resulte subsumible en los alcances del artículo 317 del Código Penal y pueda ser identificada como una banda criminal en los términos descritos por el artículo 317-B del citado Código?
2. ¿Qué diferencias cabe establecer entre el delito de banda criminal y las circunstancias agravantes específicas que la legislación vigente regula para cuando el delito sea ejecutado por quien actúa en calidad de integrante de una organización criminal; o en concierto criminal o pluralidad de agentes que concurren funcionalmente a la ejecución de un hecho punible?

∞ En torno, pues, al problema planteado corresponde fijar los siguientes criterios de desarrollo jurisprudencial, los cuales se han construido en base a una reflexión hermenéutica que se sustenta en la fuente legal extranjera seguida por el legislador nacional para la redacción del artículo 317-B del Código Penal, así como en las referencias y contenidos afines a dicho precepto que son mencionados para justificar su incorporación al Código Penal en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244.

§ 3. ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE BANDA CRIMINAL DEL ARTÍCULO 317-B DEL CÓDIGO PENAL

17.º El inédito delito de bandas criminal fue regulado a partir de una propuesta generada por el Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú. Dicha iniciativa legislativa respondía a la frustración institucional generada por el archivamiento de los procesos penales derivados de la detención de personas que habían ejecutado conjuntamente delitos comunes, mayormente violentos, como el robo, la extorsión o el secuestro, y a los cuales el Ministerio Público o los órganos jurisdiccionales no podían vincular típicamente con la realización del delito de organización criminal —mal llamado "asociación ilícita para delinquir"—, previsto por el artículo 317 del Código Penal.

∞ Sobre estos aspectos resulta pertinente citar los siguientes pasajes de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1244:

"Dar por sentado algunos puntos sobre su configuración y su relación con el delito de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo 317, del código penal, todo ello con la finalidad de aterrizar en el objetivo del presente documento, cual es, dar cuenta de la carencia o la inexistencia de un tipo penal que sancione a aquellos grupos criminales que, sin presentar la complejidad de las grandes organizaciones criminales de corte empresarial en su conformación, la permanencia en su duración y la periodicidad en su accionar ilícito, afectan con macho mayor ámbito, frecuencia y rigor a nuestra sociedad"

"el 73% de la carga [...] Está conformada por casos donde no existen elementos para poder acreditar la existencia de organizaciones criminales, debido a que el grueso de estos casos son bandas, las cuales no presentan las características de alta complejidad de su composición en el número de sus integrantes, organización, permanencia y estabilidad [...]"

Segundo, que al no existir un tipo penal que sancione a las bandas criminales, los operadores de justicia aplican el tipo penal más cercano que es asociación ilícita para delinquir, trayendo como consecuencia que en el transcurrir del tiempo dichos casos sean archivados en tanto nunca se configuró el citado delito, dejando así impune las conductas criminales o sancionándolas por conductas más leves"

"Asimismo, este estudio nos permitió darnos cuenta que si realmente se quiere luchar contra la criminalidad, debe crearse un tipo penal que sancione a las bandas (delincuencia común), ya que esta figura no necesita estructura tan compleja como el delito de asociación [...]"

Este tipo penal asimismo se presenta como una propuesta normativa novedosa, toda vez que se incorpora un ilícito que no estaba previsto en el código penal cubriendo así un vacío normativo, y no limitándose a aumentar penas de otros delitos ya establecidos. Es decir, este tipo penal no presenta lo que la opinión pública conoce como 'más de lo mismo', y por tanto creemos que políticamente será bien tomado por la ciudadanía"

18.º Ahora bien, otro instrumento de doctrina policial sobre organizaciones criminales es el Glosario Policial de la materia, que permite detectar la preocupación de la agencia policial por diferenciar a las organizaciones criminales de las bandas criminales [cfr.: MINISTERIO DEL INTERIOR: *Megaoperativos contra el Crimen Organizado* — Primer Año de Gestión, MININTER, Lima, 2017, pp.183-186]. En dicho documento se alude a las organizaciones criminales a partir de su mayor capacidad operativa y complejidad organizacional, lo que les permite activar economías ilegales o procesos de producción de bienes y servicios ilegales propios del crimen organizado. La existencia, pues, de un proyecto criminal de tales características, determine, además, la necesaria continuidad operativa de esta modalidad de organizaciones criminales y su permanencia en el tiempo. En ese sentido, por ejemplo, el concepto policial de crimen organizado es el siguiente:

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

19.º En el mismo documento citado, se busca, igualmente, relacionar a las organizaciones criminales del artículo 317 del Código Penal con la realización de los "Megaoperativos" y con la ejecución de delitos graves propios del crimen organizado a los que se refiere la Ley 30077. En torno a estas categorías criminalísticas y criminológicas, el aludido Glosario Policial desarrolla las siguientes nociones:

"Megaoperativo una operación policial que: i) involucra la acción de un mínimo de dos unidades policiales; ii) que supone la participación de unidades de inteligencia, que suministraron la información necesaria para la planificación de la operación; que cuenta con la participación del Ministerio Público, para garantizar el respeto de la ley y los derechos fundamentales de las personas durante la operación; iv) que tenga por objetivo la persecución de delitos vinculados al crimen organizado (Ley 30077) o terrorismo y que, por lo tanto, permita desbaratar en parte o completamente a una organización."

Organización criminal: cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3, de la Ley 30077."

20.º Por consiguiente, es de destacar y precisar que la banda criminal es igualmente una estructura criminal pero de menor complejidad organizativa que la que posee una organización criminal (artículo 317 del Código Penal) y que ejecuta un proyecto delictivo menos trascendente y propio de la "delincuencia común urbana". La banda criminal, por tanto, no se dedica a activar y mantener negocios o economías ilegales; no es, pues, una organización criminal "productiva" sino simplemente "de despojo mayormente artesanal y violenta". Esto es, de aquellas que producen inseguridad ciudadana a través de su actuación en la comisión reiterada de robos, secuestros, extorsiones o actos de marcaje y sicariato. De allí que un número de integrantes puede ser reducido y su *modus operandi* suele ser rutinario y basado mayormente en la sorpresa y el asalto o en el empleo de medios violentos como la agresión física o la amenaza.

21.º En lo que concierne a la fuente legal extranjera que siguió el legislador nacional para introducir un delito de banda criminal en el artículo 317-B del Código Penal, ella se detecta en el artículo 570 ter del Código Penal español vigente, que tipifica el delito de "grupo criminal". En efecto, en el párrafo final de dicha disposición legal el legislador hispano se preocupó también en distinguir al grupo criminal de la organización criminal, por lo que precisó lo siguiente: *"A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos"*.

∞ A ello hay que agregar que el artículo 570 bis del Código Penal Ibérico, había colocado también como una nota distintiva de la organización criminal, el que se trate de una *"agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos"*. Esto es, los mismos rasgos de caracterización que asimiló el legislador peruano para reformar el texto legal del artículo 317 de nuestro Código Penal Nacional.

22.º Por lo demás, en torno a la aludida fuente legal, utilizada para construir el artículo 317-B de nuestro Código Penal y la tipicidad de la banda criminal, en España se ha cuestionado y criticado lo poco trascendente y residual del delito de grupo criminal y de sus semejanzas con la codelinuencia o concierto criminal. En torno a ello, por ejemplo, LLOBET ANGLI ha señalado que "es realmente difícil diferenciarlo de la mera *codelinuencia*" [LLOBET ANGLI, MARIONA: *Delitos Contra El Orden Público*. En: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (Dir.)—RAGÜÉS I VALLÈS, RAMÓN (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Quinta Edición, Atelier, Barcelona, 2018, p. 443].

∞ Por su parte MUÑOZ CONDE ha destacado que *"menos prolifa es la descripción de la conducta típica en el art. 570 ter, que solo recoge las conductas de constitución, financiamiento o integración en el grupo criminal. Pero dada la estrecha relación del grupo con la organización criminal, es probable que los casos más relevantes de constitución o financiación del grupo sean reconducibles a la organización criminal, mientras que, si no llega al nivel de concertación y coordinación que exige ésta ni tiene una cierta permanencia en el tiempo, no tiene por qué ser tratado de forma diferente a las distintas formas de codelinuencia, sean estas constitutivas de coautoría, cooperación necesaria o complicidad, o la preparatoria de conspiración"* [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal— Parte Especial*, 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 773].

∞ Ahora bien, en lo que concierne al ámbito de la jurisprudencia española también se han sugerido algunas alternativas hermenéuticas para marcar las diferencias del grupo criminal con la organización criminal. Es así que en la Sentencia del Tribunal Supremo 134/2018, se ha llegado a sostener que *"mientras que la organización criminal requiere necesariamente la concurrencia de ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas, el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurre ninguno de ellos, o cuando concurre uno solo"* (citado por LLOBET ANGLI, MARIONA: *Obra citada*, p. 443).

∞ Atendiendo, pues, a lo antes expuesto, cabe señalar que la figura delictiva del artículo 317-B del Código Penal, referida a la banda criminal, solo debe de aplicarse para sancionar a las estructuras delictivas de constitution básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayormente violentos como el robo, la extorsión, el secuestro, el marcaje o el sicariato, entre otros.

§ 4. **BANDA CRIMINAL Y CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS**

23.º En torno a la eficacia de la conducta delictiva establecida por el artículo 317-B del Código Penal como banda criminal, es de precisar que se trata, al igual que el artículo 317 del referido Código, sobre el delito de organización criminal, de un tipo penal de peligro abstracto y de operatividad estrictamente residual frente a aquellos delitos comunes que sean ejecutados por sus integrantes. Esto significa que si quienes componen la banda criminal cometen un delito de hurto, de robo o de marcaje-reglaje en calidad de integrantes de esta modalidad de organización criminal, se debiera tipificar dicha conducta como delito de hurto, robo o marcaje reglaje pero, además, con la concurrencia de la circunstancia agravante específica que regula la legislación vigente para tales casos (confróntese: artículos 186, 189 y 317-B del Código Penal).

24.º Ahora bien, en aquellos delitos comunes que ejecute la banda criminal y en los cuales no exista la agravante específica por organización criminal, en los términos antes referidos, se podrá calificar a tales conductas punibles como constitutivas de un concurso real de delitos y aplicarse las reglas y efectos que el artículo 50 del Código Penal establece para tales casos. Dicha situación puede ocurrir, por ejemplo, en el delito de secuestro que no contempla tal circunstancia calificante (confróntese: artículo 152 del Código Penal).

25.º No obstante, cuando hechos punibles como el hurto, robo o similares, hayan sido ejecutados por una pluralidad de agentes que actúan en concierto criminal, pero entre los cuales no existe adscripción o dependencia alguna a una banda criminal, tales actos ilícitos serán reprimidos únicamente como delitos de hurto o robo, etcétera, respectivamente, con la concurrencia de la agravante específica o genérica (artículo 46, numeral 2, literal 'i', del Código Penal), que también para esos supuestos de coautoría funcional ha consignado el legislador nacional como "pluralidad de agentes" para ejecutar conjuntamente el delito cometido.

III. DECISIÓN

26.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 17.º al 26.º del presente Acuerdo Plenario.

28.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tacitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

HÁGASE SABER.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTANEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTANEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LOPEZ

CHAVEZ MELLA

