

COMITÉ EDITOR:

Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

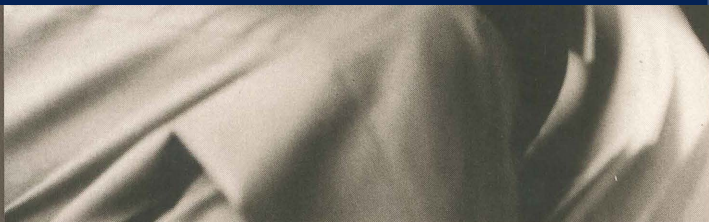
Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

*Homenaje  
a  
Jorge  
Avendaño*



**Capítulo 21**



Pontificia Universidad Católica del Perú  
FONDO EDITORIAL 2004

Homenaje a Jorge Avendaño  
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña  
Alfredo Bullard González  
Luis Pizarro Aranguren  
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica  
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima  
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411  
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:  
ISBN: 9972-42-645-9  
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo I: 9972-42-646-7

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

# Derecho Penal, política y moral

José Hurtado Pozo

LA PRIMERA DIFICULTAD que se presenta cuando hay que escribir una contribución en homenaje de un distinguido colega es la de encontrar el tema que corresponda a la personalidad del homenajeado. La de Jorge Avendaño se ha manifestado tanto en la docencia universitaria como en la vida política. La primera se extiende durante décadas; la segunda, durante los últimos años, en los cuales el país ha experimentado una grave crisis general. Teniendo en cuenta todo esto, me ha parecido conveniente dedicarle estas páginas, en las que trataré de presentar, de manera sucinta y simple, algunos temas penales con la finalidad de poner de manifiesto sus aspectos políticos, jurídicos y morales. Espero que el resultado contribuya a rendir el merecido homenaje a Jorge Avendaño, amigo y colega.

## 1. Introducción

La corrupción, durante el período fujimorista, alcanzó un grado de amplitud y de intensidad sin precedentes. No se trató solo del deterioro moral en el manejo del aparato estatal, sino que afectó a todo el sistema social en sus diferentes niveles. Su influencia marcó el funcionamiento de diversas empresas dedicadas al comercio, la industria, la comunicación y los servicios, así como el comportamiento individual de gran número de personas. La obtención de beneficios económicos y personales ha constituido el móvil egoísta que ha impulsado el com-

portamiento de muchos actores sociales en contra de reglas morales y de civilidad elementales. Este hecho fue reforzado por la actitud pasiva o impotente generalizada; incluso, se llegó, muchas veces, a considerar al comportamiento corrupto como el mejor para subir en la escala social o, al menos, para sobrevivir. Esta situación ha persistido y se ha desarrollado sin que se inicie una reacción concreta y efectiva.

Si bien esta crisis está condicionada por la inestabilidad política y económica, la pobreza y la injusticia endémicas no pueden ser consideradas como condicionantes absolutas de los comportamientos económicos, políticos, y laborales, así como la riqueza tampoco comporta un indicio de integridad moral y política. Dicho de otra manera y más directamente, no toda persona que carece de los medios financieros suficientes para realizar sus proyectos de vida comete robos, estafas o actos de corrupción ni tampoco quien los tiene deja de cometerlos. Existen pautas éticas de comportamiento que deberían constituir barreras eficaces contra la comisión de comportamientos perjudiciales a los intereses de la comunidad y de terceros. En esta perspectiva, la conocida y siempre citada interrogante «¿en qué momento se jodió el Perú?» no solo se refiere al aspecto material, sino, quizá, sobre todo, al aspecto moral, es decir, al momento en que no se llegó a alcanzar o en el que se perdió la fuerza espiritual individual y colectiva necesaria para avanzar o superar crisis.

Frente a los actos de corrupción, abuso de poder y violación de los derechos humanos cometidos por los responsables del régimen y de sus comparsas, se plantea la cuestión de la responsabilidad por lo sucedido. Sin duda alguna, en un nivel primario, los autores y partícipes de comportamientos tipificados como delitos en la ley penal responden penalmente en su condición de delincuentes. Sin embargo, no basta con quedarse en este nivel de responsabilidad. Asimismo, hay una responsabilidad política no solo de quienes ejercían el poder, sino también de todos aquellos que de una u otra manera lo ejercían, directa o indirectamente. El cierre del Parlamento, la toma del aparato judicial con la participación de magistrados serviles, el sometimiento del órgano garante de la corrección de los procesos electorales, el control de la mayor parte de los medios de comunicación, entre otras medidas antidemocráticas, no solo fueron posibles por el ejercicio abusivo del poder ejecutivo, sino también estuvieron condicionados, por un lado, por la incapacidad e ineficacia de los miembros de la oposición para contrarrestar dichos abusos de poder y, por otro lado, por el apoyo popular que recibieron, durante un buen tiempo, las medi-

das dictatoriales, incluso aquellas que violaban los derechos humanos. Este apoyo puede ser explicado por los resultados que se lograron tanto en la lucha contra el terrorismo como en la disminución de la hiperinflación, pero no puede ser justificado moralmente en la medida en que se aceptaba con entusiasmo, al mismo tiempo, el ejercicio abusivo del poder. Por último, hay una responsabilidad moral por los perjuicios causados, directa e inmediatamente, a los derechos de terceros, así como por aquellos daños que comprometen los intereses de las generaciones futuras. Respecto a estos últimos, pensamos, en particular, en los que permiten la organización de un Estado de Derecho eficaz para administrar correctamente el patrimonio humano, cultural y económico del pueblo peruano.

Estos aspectos referentes a la ética y responsabilidad de los miembros de la comunidad pueden ser evidenciados en relación con la manera como se abordan los problemas concernientes al sistema de control penal. Muchos ejemplos pueden darse; sin embargo, nos limitaremos a presentar brevemente algunos que nos parecen interesantes.

## 2. Código Penal de 1991

La elaboración de una ley tan importante como un Código Penal supone la determinación de los valores que, conforme a la Constitución y a los convenios internacionales, deben ser reforzados para que la vida comunitaria se desarrolle debidamente. Asimismo, supone una voluntad política para aplicarlo debida y eficazmente. El primer aspecto se dio, aparentemente, cuando el Poder Ejecutivo, presidido por Fujimori, en virtud de una delegación de facultades legislativa de parte del Parlamento, dictó el Código Penal de 1991, en el que se previeron los principios básicos de un derecho penal liberal, como, por ejemplo, los principios de legalidad, culpabilidad, etc. Sin embargo, el segundo no existió, como ha quedado demostrado tanto por las contradicciones contenidas en el mismo Código y las modificaciones que se le practicaron sucesivamente con el fin de acentuar su carácter represivo, como por la manera en que se promovió su aplicación por un sistema judicial al que se sometió mediante la corrupción. La dación del código aparece, desde esta perspectiva, como un acto destinado a dar la imagen de un régimen interesado en proteger a las personas, respetuoso de los derechos fundamentales, preocupado por fortalecer las instituciones democráticas, cuando, en realidad, el proyecto político

era el de establecer un régimen de fuerza apoyado por las Fuerzas Armadas y por el Sistema de Inteligencia del Estado. Este hecho quedó evidenciado con el golpe de Estado que, contra sí mismo, llevó a cabo al año siguiente. Un antecedente de esta actitud política fue el abandono de las promesas políticas hechas para ganar las elecciones presidenciales y la adopción del programa económico del candidato vencido. Todo esto es una manifiesta falta de ética política que ha inspirado también la adopción del Código Penal de 1991. En este contexto, qué pensar de quienes colaboraron en la elaboración del texto definitivo de dicho código. Suponemos que lo hicieron con buena fe en la medida en que este código, inicialmente, no se caracterizaba por su carácter autoritario. Pero, también es de preguntarse si, a veces, a pesar de la experiencia política con que se cuenta o de nuestros vínculos con el régimen, no participamos conscientemente en la mascarada con el afán de inmortalizar nuestras concepciones en un monumento legislativo. Al respecto, cabe preguntarse si cumplimos con nuestra ética profesional marcada, sobre todo, por nuestra manifestación de fe en favor del Estado de Derecho.

### 3. Código del niño y del adolescente

Si se tienen en cuenta los criterios establecidos en el Código Penal, sorprende enormemente la manera como han sido ignorados en la elaboración del denominado Código del niño y del adolescente. Por ejemplo, cómo conciliar las nociones de persona y vida admitidas en la ley penal común con el artículo primero del Título Preliminar de este último código, primer párrafo, en el que se dice: «Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad». Y agrega, luego, en el segundo párrafo que «el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece» y, en el artículo 1, que «el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción». De este modo, si el embrión o el feto es un niño, cómo no derogar consecuentemente las disposiciones sobre el aborto para que se apliquen las normas referentes al homicidio, pues el niño es una persona y, por tanto, víctima de este delito previsto en el artículo 106 del Código Penal. Si no se ha procedido de esta manera, se debe a que se trata de un acto ambiguo, demagógico, inspirado o dirigido a satisfacer a quienes estiman que todo aborto cons-

tituye un asesinato y hasta un acto que, junto a los demás abortos que se realicen, implica un genocidio.

También, resulta sorprendente que se conciba al niño, incluso al embrión y al feto, como autor de infracciones de la ley penal (artículo IV) y como sujeto, conjuntamente a los adolescentes, de medidas socioeducativas. Estas mismas son reguladas como si estuvieran destinadas, sobre todo, a la protección de los menores y adecuadas a su personalidad. Sin embargo, su aspecto punitivo no puede ser ocultado por la simple terminología utilizada. Por ejemplo, designar una de las sanciones con la expresión libertad restringida es solo un eufemismo, que, en realidad, corresponde a una privación de libertad restringida. En consecuencia, se trata de una pena a igual título que las penas privativas de libertad del Código Penal. Este es el mismo caso, solo que de manera más evidente, de la internación en establecimiento para tratamiento. Esta medida, según las circunstancias, puede durar hasta seis años (artículo 195) y ha sido prevista para diversos casos: el denominado pandillaje pernicioso (artículos 193 a 199), la comisión de un «acto infractor doloso, que se encuentra tipificado en el Código Penal y cuya pena sea mayor de cuatro años» (artículo 237, literal a), la «reiteración en la perpetración de otras infracciones graves» (artículo 237, literal b) y el «incumplimiento injustificado y reiterado de la medida socio-educativa impuesta» (artículo 237, literal c).

Los dos últimos casos constituyen violaciones flagrantes de los principios del derecho penal liberal y su carácter represivo supera al del derecho penal de adultos. En este, no solo no se admite la reiteración, sino que se excluye la reincidencia como circunstancia agravante. Tampoco se considera como delito el no sometimiento a la ejecución de una pena o medida de seguridad, como lo hace el Código comentado, al violar el principio de la legalidad.

Atención particular y condena firme merece la regulación del denominado pandillaje pernicioso (artículos 193 a 199). La definición de este pandillaje contradice el principio de la legalidad. En el artículo 193, se estatuye que «se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 años y menores de dieciocho que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados utilizando armas de fuego, armas blancas, material inflamable, explosivos u objetos contundentes, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas». La ambigüedad de la redacción permite comprender que basta que los agentes considerados constituyan, aun

ocasionalmente, una pandilla y cometan actos tendientes a (elemento subjetivo del tipo legal) realizar uno de los comportamientos enumerados, sin que sea necesario que lo consuman realmente. La medida prevista para esta figura delictiva básica es la de internación no mayor de tres años y, en el caso agravado del artículo 195, de hasta seis años. Según el artículo 235, «la internación es una medida privativa de libertad»; por tanto, no difiere de una pena privativa de libertad por más que se la llame medida sociocurativa.

La trapacería legislativa es doble. Por un lado, se intenta ocultar la represión presentándola como medida de protección, y tratamiento y, por otro, pasar de contrabando una figura delictiva que está estrechamente vinculada a actividades subversivas y desvirtuar lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 26447, que dejó, sin efecto, la disminución a 14 años del límite de la capacidad penal, fijado en 18 años en el artículo 20, inciso 2 del Código Penal. Se trata de un acto de politiquería criminal criolla, encubierta en un discurso de política criminal tuitiva. Este proceder muestra falta de ética, además de ignorancia y desconocimiento de la técnica legislativa, de quienes favorecieron este tipo de disposiciones.

#### **4. Corrección del proceso de legislar**

El ejercicio del poder legislativo está enmarcado por diversas normas que van desde las previstas en la Constitución hasta los reglamentos concernientes a las labores parlamentarias. Se trata de garantizar, entre otros aspectos, la expresión correcta de la voluntad popular mediante los representantes elegidos por los electores. El hecho de que la Constitución autorice la delegación de facultades legislativas en favor del Poder Legislativo no significa que el Parlamento abandone totalmente sus facultades y, en particular, las referentes a la delegación misma y al control que debe ejercer sobre la manera como el Poder Ejecutivo cumple con el poder que se le ha delegado. De este modo, el proceso de elaboración y dación de las leyes debe conservar la transparencia debida para que también los ciudadanos puedan controlar que se cumpla con las reglas democráticas.

Todo esto resulta ilusorio cuando, por ejemplo, las comisiones encargadas de elaborar un anteproyecto o un proyecto de ley no consiguen sus debates y los resultados alcanzados en procesos verbales, o cuando se produce la intervención, a último momento, de alguien

que no tiene competencia alguna para hacerlo y que se materializa en la modificación de la última versión que solo faltaba ser aprobada y promulgada como ley. Por ejemplo, en un punto tan delicado como la represión del aborto, el proyecto establecido por la comisión revisora constituida por parlamentarios, y representantes del Poder Ejecutivo y de los colegios de abogados, publicado en el Diario Oficial el 17 de julio de 1990, preveía la no represión del aborto, practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, en tres casos: cuando hay razones terapéuticas, cuando el embarazo es el producto de una violación sexual fuera de matrimonio y cuando el ser en formación adolece de graves taras físicas y psíquicas (artículo 120). El 20 de enero de 1991, se publicó, en el mismo diario, sin indicar quiénes eran los autores, un nuevo proyecto en el que se mantenía la impunidad solo del aborto terapéutico (artículo 119) y se establecía la represión en los dos otros casos mencionados en el artículo 120 del proyecto de 1990 con la pena privativa de libertad no mayor de un año. Sin embargo, en el texto definitivo del Código de 1991, artículo 120, este máximo es disminuido a tres meses.

Sin juzgar el fondo del problema, hay que destacar el proceder anómalo en la elaboración del texto legal que queda definitivamente establecido por la intervención providencial de un legislador sin rostro. Dicho hecho recuerda la manera indebida como un jugador de fútbol da la victoria a su equipo metiendo un gol con la mano de modo tal que el referí no se da cuenta y que, luego, justifica su *viveza* diciendo que todo fue obra de la mano divina. Esta misma falta de corrección ética se da en las modificaciones de último minuto del texto establecido por la comisión revisora del Código Penal. Lo mismo se puede decir de las modificaciones que fueron realizadas inmediatamente después de publicado el Código de 1991 mediante la simple publicación de una larga lista de fe de erratas. Así, el ejercicio del poder de legislar es desnaturalizado en la medida en que es ejercido por personas que no han sido elegidas por los ciudadanos. La falta de respeto a este criterio básico del Estado de Derecho no es debido a una incompleta formación dogmática jurídica o una defectuosa técnica legislativa, sino más bien a una manifestación clara de falta de ética en el ejercicio del poder público. Sin embargo, proceder de esta manera no solo es percibido como eficaz, sino como adecuado al sistema corrupto institucionalizado.

## 5. Código Procesal Penal

La falta de voluntad política para proceder a una renovación democrática y liberal del sistema de control penal quedó demostrada en la reforma de la legislación procesal penal. Como en el ámbito penal, después de un largo proceso de elaboración, se adoptó un nuevo Código Procesal Penal, inspirado fundamentalmente en el principio del proceso debido y en el sistema contradictorio. De esta manera, se manifestaba la voluntad de respetar mejor los derechos tanto del imputado como de la víctima. Sin embargo, este código no ha sido hasta ahora puesto en vigencia, salvo algunas de sus disposiciones referentes a la privación preventiva de la libertad del sometido a proceso. El pretexto invocado fue la falta de medios materiales y procesales de parte del Ministerio Público, a quien se encargaba la realización de la investigación necesaria para sostener o no la acusación durante el juicio oral ante el juez competente y, en igualdad de condiciones, con la defensa y la parte civil.

El factor decisivo, en nuestra opinión, de este bloqueo fue el hecho de que se considerase a la nueva ley procesal como medio poco conveniente y eficaz para reprimir, especialmente, a los sospechosos de haber cometido actos de terrorismo. Frente a ello, se optó por dictar leyes previendo juicios expeditivos a cargo de jueces sin rostro o por someter a los procesados a la administración de justicia militar. Si a esto agregamos la abdicación de la Corte Suprema en casos de conflictos de competencia y en favor del fuero privativo, tenemos los elementos esenciales del sistema procesal contrario al Estado de Derecho que se instauró con la finalidad de combatir el terrorismo aún violando los principios esenciales del proceso. En este caso, también la manera de proceder adolece de una falta de ética en la medida en que, de manera simbólica y demagógica, se adopta un código liberal y se le reemplaza subrepticamente por un sistema autoritario. Constituye, en realidad, una manipulación política de la ley procesal penal que sacrifica el debido proceso en aras de una represión expeditiva.

## 6. Facultades de los procuradores de la República

La creencia muy extendida de que el Derecho es un instrumento útil para resolver los problemas sociales inspira y refuerza el afán constante de modificar la legislación. El mismo efecto tiene la mentalidad

legalista imperante que considera, por un lado, que en la ley se encuentran las respuestas a todos los problemas y, por otro lado, que, si estas no se deducen fácilmente del texto legal, debe dictarse una nueva ley para aclarar o completar su sentido. Sin embargo, esta voracidad reformadora no siempre se manifiesta a pesar de que la ley es deficiente y de que, por sus orígenes, sus fines no parecen tan claros. Por ejemplo, el decreto ley 17537 del 25 de marzo de 1969 fue dictado por el Gobierno de Velasco Alvarado para modificar la legislación referente a las procuradurías generales de la república. Esta modificación fue justificada afirmándose que esa legislación «era antigua, dispersa y deficiente, resultando en consecuencia inadecuada para el momento actual», es decir, para concretizar los objetivos revolucionarios que el régimen se había propuesto alcanzar. Asimismo, se afirmaba que era «necesario propender al mejoramiento de la defensa del Estado dotándole de los medios adecuados para ello».

Teniendo en cuenta que los diversos gobiernos, constitucionales o de facto, que desde entonces se han sucedido no han revisado ni derogado ese decreto ley, hay que suponer que este fue correctamente concebido y que sigue siendo la base legal adecuada para que actúen los procuradores de la república. Con arreglo a este decreto ley, intitulado «De la representación y defensa del Estado en Juicio», «la defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercen judicialmente por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios» (artículo 1). Estos funcionarios tienen «la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil» (artículo 10). Se trata, fundamentalmente, de abogados del Estado y, por consiguiente, sin facultades para asumir algunas de las atribuciones propias de los jueces o de los fiscales.

A diferencia de los abogados de las personas privadas, los procuradores, en materia penal, «actuarán como denunciadores o constituyéndose en parte civil, según sea el caso, sin que las limitaciones que señalan el Código de Procedimientos Penales y el Código de Justicia Militar para la actuación de la parte civil, en la etapa de la instrucción, puedan restringir su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado» (artículo 14). Así, por ejemplo, podrán pronunciarse sobre las pruebas de cargo contra el procesado o sobre la pena que debe serle impuesta. El ejercicio de sus facultades, tanto normales como excepcionales, debe tener lugar en el marco del proce-

so judicial. Este sentido es evidenciado cuando, al final del citado artículo 14, se dispone que, para llevar a cabo su labor de cautela y de defensa de los derechos e intereses del Estado, los procuradores «podrán informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas». Por el contrario, ellos no son competentes para practicar estas diligencias de manera autónoma.

Sin embargo, cabe preguntarse si para denunciar delitos cometidos en agravio del Estado pueden realizar, por ejemplo, indagaciones consistentes en interrogar personas sospechas de haberlos cometido o de haber ayudado a sus autores, o conseguir piezas a convicción para fundamentar la denuncia. La respuesta puede ser positiva a condición de que estas actividades no signifiquen el ejercicio de un poder de persecución que solo compete a jueces instructores o fiscales, así como a las comisiones investigadoras parlamentarias. En este ámbito, en consecuencia, no tienen mayores derechos o facultades que las de cualquier abogado defensor, el cual, según el caso, también está interesado en presentar pruebas de descargo o referentes a los perjuicios sufridos por la víctima.

Si estas reflexiones son correctas, se plantea, entonces, la cuestión de por qué el decreto ley 17557 no ha sido modificado, completado o, al menos, armonizado con la Constitución de 1979 o con la de 1993. Las normas dictadas en relación con dicho decreto ley no han modificado substancialmente el papel atribuido a los procuradores. Así sucede, por ejemplo, con el decreto ley 18411, el decreto supremo 019-82.JUS y las leyes 26718, 27378 (artículos 9 y 14), 27379. El proyecto de ley 2236, de noviembre de 1996, aún en trámite en el Parlamento, tampoco aporta modificaciones esenciales a la función de los procuradores. Por el contrario, en consideración a la época en que fue propuesto, implicaba un cambio significativo el planteamiento, hecho en 1976, de unificar la Procuraduría con el Ministerio Público, por entonces integrado en el Poder Judicial. Los argumentos avanzados eran que ambas instituciones defienden un solo interés, es decir, el del Estado y de la sociedad; que se duplicaban inútilmente esfuerzos, personal y gastos; y que el Ministerio Público debía ser independizado del Poder Judicial. Esta propuesta no tuvo mayor eco, pero es de interés tener en cuenta la manera cómo se concebían las funciones de los procuradores.

Una de las razones para no derogar o modificar substancialmente el decreto ley 17537 puede ser el interés práctico de todo régimen de contar con los medios necesarios para defender lo que ellos conside-

ran como intereses del Estado y que, muchas veces, se trata, en buena cuenta, de la defensa de sus propios intereses políticos, como, por ejemplo, la persecución de los miembros de la oposición. Esto fue lo que se reprochó al régimen militar de Velasco y, en particular, a quienes ejercieron el cargo de procuradores. En todo caso, esta pasividad legislativa, incoherente con el dinamismo inútil de algunos parlamentarios en el ámbito penal, muestra una insensibilidad ética en la manera en que se mantienen normas autoritarias por razones de Estado. El hecho de que estas sean alegadas por un régimen parlamentario para reprimir a los corruptos funcionarios del régimen autoritario precedente no explica ni justifica la falta de voluntad política para derogar o reformar substancialmente un instrumento legal no plenamente conforme con el Estado de Derecho, sobre todo cuando se invoca la finalidad de moralizar el ejercicio del poder estatal. Esto resulta aun más evidente cuando se constata que, desde 1995, se han planteado alrededor de 1.500 iniciativas de modificación del Código Penal, el cual se quiere ahora reformar sustancialmente.

## 7. Colaboración internacional en materia penal

La necesidad de reprimir a los responsables de los numerosos delitos cometidos durante el régimen fujimorista ha puesto en evidencia el desconocimiento tanto de las normas que rigen la ayuda internacional en materia penal como de su real funcionamiento. Esta deficiencia ocasiona graves consecuencias para los intereses nacionales, así como para la administración de justicia en particular. Respecto a este problema, las instituciones encargadas de la formación de juristas y de jueces tienen una gran responsabilidad. Tratar los diversos aspectos de este problema sobrepasa los límites de este trabajo. A manera de ejemplo, vamos a plantear algunas cuestiones relativas a la recuperación de capitales depositados en cuentas bancarias en el extranjero por los autores de tales delitos.

En Zurich, Suiza, un procurador, al sospechar el origen ilícito de diversas sumas de dinero e, igualmente, que el verdadero propietario era Vladimiro Montesinos, inició un procedimiento penal por delito de lavado de dinero. Para evitar que el dinero depositado en bancos suizos sea transferido al extranjero, dispuso el bloqueo de las cuentas bancarias respectivas. Con la finalidad de avanzar en la investigación, el procurador suizo, por medio de las vías administrativas co-

rrespondientes, solicitó la colaboración de las autoridades peruanas competentes. A su vez, estas iniciaron diversos procesos penales y pidieron también ayuda a las autoridades helvéticas.

A Suiza interesaba, primero, reunir los elementos suficientes para afirmar que, en su territorio, se ha blanqueado dinero e individualizar a los posibles responsables; segundo, obtener ayuda internacional penal de parte de las autoridades peruanas; y, tercero, precisar el origen ilícito del dinero depositado en los bancos suizos para determinar si procede o no ordenar el decomiso o la confiscación del mismo. Este último interés está directamente vinculado al problema del destino de los valores patrimoniales ilícitos, objeto o producto de la actividad delictuosa. Dicho problema depende de si las autoridades suizas son competentes tanto para perseguir los delitos como para decomisar o confiscar los bienes ilícitos que se encuentran en su territorio.

Según el artículo 59 del Código Penal suizo, si se trata de valores patrimoniales, la confiscación procede cuando constituyen el resultado de un delito, o están destinados a incitar a un tercero para que se decida a cometer un delito o a recompensarlo por haberlo cometido. Conforme a la jurisprudencia del tribunal federal y la mayor parte de los juristas, las autoridades suizas solo pueden aplicar esta disposición cuando son competentes para reprimir al responsable del delito en cuestión. Esta competencia depende, por una parte, de que el delito haya sido cometido en Suiza o de que, cuando haya sido ejecutado en el extranjero, el autor o la víctima sean de nacionalidad suiza. Asimismo, depende de que Suiza se haya comprometido a reprimir el delito mediante una convención internacional, sin interesar el lugar de comisión ni la nacionalidad de la víctima o del autor. Muy raras son las excepciones a esta dependencia de la confiscación de valores patrimoniales ilícitos con relación a la competencia para reprimir al delincuente. Un buen ejemplo es la excepción establecida en el artículo 24 de la ley federal sobre estupefacientes. Según esta disposición, «los beneficios pecuniarios ilícitos que se encuentran en Suiza pertenecerán igualmente al Estado cuando el delito hubiera sido cometido en el extranjero».

Las autoridades penales suizas no son competentes para reprimir los delitos de corrupción, tráfico de drogas o de armas cometidos en el Perú, ya que no existe ningún elemento que los vincule con Suiza (nacionalidad del autor o de la víctima, entre otras). En consecuencia, tampoco son competentes para confiscar los valores patrimoniales resultantes de dichos delitos cometidos fuera de Suiza. Por el contra-

rio, son competentes plenamente en caso de blanqueo de dinero, porque el delito ha tenido lugar en su territorio (los valores ilegales han sido depositados a nombre de un tercero en Suiza). El bloqueo del dinero en las cuentas bancarias procede en aplicación del artículo 59.

Aún en relación con el lavado de dinero, la cuestión no es tan simple. Dificultades se presentan por la manera como este delito ha sido definido en el artículo 305bis del Código Penal suizo. De conformidad con esta norma, el lavado de dinero consiste en obstaculizar la determinación del origen, el descubrimiento o la confiscación del producto de un crimen cometido en Suiza o en el extranjero. De lo que se trata es entonces de sancionar, por un lado, a quien obstaculiza la labor de las autoridades destinada a establecer la relación entre el crimen previo al blanqueo y su producto, que es el objeto del lavado, y, por otro lado, a quien dificulta que el producto del delito caiga en poder de las autoridades.

En caso de depósitos de valores ilegales en cuentas bancarias en Suiza, la jurisprudencia y la doctrina predominante afirman que no se realiza el crimen de blanqueo de dinero cuando el delincuente hace esos depósitos en cuentas bancarias abiertas a su verdadero nombre. El crimen es, por el contrario, realizado cuando estas cuentas figuran a nombre de terceros. Por lo tanto, si el procesado depositó los valores patrimoniales obtenidos mediante su actividad delictuosa a su nombre en bancos suizos, no cometa lavado de dinero. Tampoco incurriría en simulación de bienes ilícitos, ya que, según la legislación suiza, este delito solo se da cuando los valores simulados son el fruto de delitos contra el patrimonio. Además, la aplicación del artículo 305bis plantea otro problema de interpretación, de cuya solución depende la amplitud de su aplicación. La cuestión es saber si el comportamiento delictuoso cometido en el extranjero y el origen de los valores ilegales constituye o no un crimen tanto en Suiza como en el país donde se cometió (en nuestro ejemplo, el Perú).

Si el delito preliminar al blanqueo fue, por ejemplo, un homicidio, una estafa o una falsificación de documentos, se puede afirmar que el responsable puede ser reprimido tanto en el Perú, donde delinquiró, como en Suiza, de haber actuado en este país. Se trata, pues, de crímenes que, tanto formal como concretamente, son punibles en ambos países. Los actos de blanqueo del fruto pecuniario de estos delitos, cometidos al depositarlo en cuentas bancarias en Suiza, caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 305bis y, por lo tanto, sus autores pueden ser perseguidos penalmente por las autoridades suizas y

los valores ilegales, confiscados. Sin embargo, si el crimen, producto de los valores ilegales, es el de corrupción, el blanqueo de dinero no se da. Según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, las disposiciones del Código suizo que reprimen los casos de corrupción no son aplicables cuando el funcionario es un extranjero, ya que dichas normas solo tienen la finalidad de proteger el buen funcionamiento de la administración helvética. Por consiguiente, el depositar en Suiza las sumas de dinero obtenidas por un funcionario corrupto no constituye blanqueo de dinero. Por lo tanto, el dinero no puede ser confiscado.

Para remediar estas insuficiencias, se ha propuesto una interpretación diferente del artículo 59 del Código suizo. La finalidad es admitir que se pueden confiscar valores ilegales independientemente de que las autoridades suizas sean o no competentes para reprimir a los responsables de los delitos que los han producido. De esta manera, la doble incriminación sería determinada por el simple hecho de que, formalmente, las dos legislaciones (la suiza y la peruana) reprimen penalmente el comportamiento del origen de dichos valores, sin que sea, por tanto, indispensable que las autoridades suizas puedan realmente perseguir a los delincuentes. Esta interpretación no sería incompatible con la legislación suiza en la medida en que se admite, por ejemplo, la confiscación sin que la autoridad suiza sea competente para reprimir el delito en cuestión (artículo 24 de la ley federal sobre estupefacientes, antes citado) y los acuerdos entre los Estados sobre la repartición de los valores patrimoniales decomisados (*sharing*). Esta propuesta ha encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia, pero el Tribunal Federal no ha tomado posición clara en su favor, lo que significa que los jueces federales mantienen el criterio de que la confiscación (artículo 59) solo procede si la jurisdicción suiza es competente para reprimir al delincuente.

De la manera como el responsable material del Servicio de Inteligencia Nacional ha organizado y dirigido las actividades delictuosas, que son imputadas tanto a él como a los miembros bajo su control, surge la posibilidad de que haya incurrido en crimen de pertenecer o apoyar una organización criminal. En esta perspectiva, hay que tener en cuenta que las personas que intervinieron lo hicieron en el marco de una organización estructurada de manera secreta, la cual tenía la finalidad de realizar actos violentos y fraudulentos para obtener beneficios indebidos. En este caso, según el artículo 59, inciso 3, del Código suizo, se presume que todo valor patrimonial del que disponga la organización criminal, primero, es de origen delictuoso y, segundo,

que servirá para cometer nuevos delitos, por lo que debe ser confiscado. En este sentido, es considerado también como sometido al poder de la organización criminal todo valor que pertenezca a una persona que ha participado en la organización criminal o la ha apoyado, salvo prueba contraria. De allí, el interés de precisar si ha existido una organización criminal.

Es evidente que la realidad es más compleja que la descrita aquí y el mecanismo judicial (nacional e internacional) más complicado que la imagen resultante de nuestras sucintas explicaciones. Sin embargo, creemos que estas pueden ser útiles para comprender algunos aspectos de los problemas relativos a la recuperación de las sumas de dinero bloqueadas en los Bancos suizos. Esta no depende de la simple buena voluntad de las autoridades suizas, tampoco bastan los esfuerzos entusiastas de las autoridades peruanas, ni una campaña de imagen y relaciones públicas mediante la prensa. Antes bien, depende de los resultados que se alcancen en los procesos judiciales tendientes a establecer la comisión de los delitos, la responsabilidad de los procesados, y el vínculo entre dichas sumas de dinero y la actividad delictuosa de la que provienen. En cuanto al Perú, esperamos, para bien del Estado de Derecho y de las arcas nacionales, que los encargados de tan difícil y compleja tarea hayan contado —y cuenten— con la suficiente información y capacidad para iniciar y orientar las diversas vías procesales y administrativas que pueden llevar a recuperar una buena parte de dichos caudales. Es evidente que todo esto no depende simplemente de la capacidad jurídica de los órganos competentes, en diversos ámbitos y niveles, sino, fundamentalmente, de su voluntad política y entereza ética.

## 8. Respeto de diferencias culturales y del Derecho Consuetudinario

Tanto a nivel constitucional como legislativo, se ha logrado imponer la exigencia de que se tengan en cuenta las diferencias culturales que existen entre los diversos grupos sociales, en especial las relativas a las poblaciones nativas (comunidades andinas y de la amazonía). A pesar de las deficiencias de la regulación del Código de 1924, fue posible tener en cuenta estas diferencias en relación con la represión de determinados delitos. Por ejemplo, en los delitos sexuales, se reconoció la costumbre matrimonial andina del *servinacuy* como circunstancia que excluye la represión del varón que mantiene relaciones sexuales

con mujer menor de 14 años y con la que cohabita conforme a dicha costumbre. En el Código de 1991, artículo 15, se mejoró, en parte, la regulación del código anterior en la medida que, menos etnocentrista, dispone que no es reprimido quien, por razones de cultura o costumbres, es incapaz, al momento de cometer un delito, de comprender el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación.

Los motivos y la finalidad de tal regulación son desvirtuados si se la aplica para justificar la impunidad de comportamientos promovidos o tolerados en un contexto social y político particular. De esta manera, los órganos judiciales no solo demuestran una falta de conocimientos jurídicos o de argumentación, sino también ponen de manifiesto que sus decisiones han sido inspiradas o condicionadas por razones no jurídicas. Así, resulta también evidente la carencia de ética en la aplicación de la ley.

Un caso notable es el referente a los hechos siguientes. Rosa, esposa de Mauro, abandonó su hogar, marido y ocho hijos, porque este la maltrataba. Se trasladó a un pueblo vecino, donde se unió con Teodosio. Los procesados, actuando como ronderos de la localidad, detuvieron a Rosa y Teodosio, los sometieron a tratos humillantes e inhumanos, los obligaron a pagar una suma de dinero y, por último, impusieron a Rosa que entregue a su esposo la casa que ella había heredado de su padre.

La Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ancash falló absolviendo a los procesados. La Sala Penal de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, basándose en el dictamen emitido por el Fiscal Supremo en lo penal. Este último argumentó diciendo que los procesados actuaron con la «finalidad de poder resolver [la] denuncia conyugal –familiar» interpuesta por Mauro contra su esposa Rosa, «aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral». Estas, según el mismo fiscal, «se encuentran contempladas en el artículo 149 de la Constitución Política». Si bien admite que «al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, [...] debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos». Asimismo, indica que los procesados, con posterioridad, «han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias» a los agraviados, lo que da «a entender de que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia». Finalmente, señala que, por estas circunstancias, «se podría tomar como un error cultural condicionado».

La Corte Suprema, sin entrar en el fondo del asunto, se limitó a confirmar la absolución y a corregir el error en que había incurrido el Tribunal Correccional al escribir el nombre de uno de los procesados. Sin la lectura del dictamen fiscal, esta decisión hubiera ido a formar parte de las innumerables decisiones de simple trámite. Este hecho se debe a que, contra lo que manda la Constitución y principio del proceso debido, los jueces de la Corte Suprema, con frecuencia, no fundamentan sus resoluciones; por el contrario, se amparan en el anacrónico reenvío al dictamen fiscal, que no es siempre publicado.

Los hechos, a los que fiscal califica de «excesos contra los agraviados», comprueban que los comportamientos cometidos por los procesados forman parte de diversos tipos legales (infracciones contra el honor, la integridad corporal, la libertad individual, el patrimonio). Afirmar que no actuaron con malicia resulta vago, ya que no se sabe si se hace referencia a un simple elemento subjetivo del tipo o constituye una negación de que los agentes actuaron con dolo. Esto resulta difícil de admitirlo, porque está claro que obraron con conciencia y voluntad de humillar, maltratar, coaccionar y despojar de bienes a los agraviados. De este modo, objetiva y subjetivamente, se dan los tipos legales.

La circunstancia de que, con posterioridad, hayan pedido disculpas a los agraviados y les hayan devuelto sus pertenencias no tiene influencia alguna en la calificación y comprobación de los comportamientos perjudiciales. Para absolver a los autores, era indispensable invocar una causa de justificación o de falta de culpabilidad. Así, habría podido plantearse si actuaron conforme a la ley (artículo 20 n.), ya que el fiscal afirma que los procesados actuaron conforme a «normas del derecho consuetudinario y ancestral». Sin embargo, fuera de esta afirmación general y vaga, no se menciona cuáles son las normas consuetudinarias que permiten a los ronderos humillar, maltratar de manera inhumana, imponer pagos de dinero coactivamente y despojar de bienes inmuebles a las personas. A lo más, tal vez, se hubiera podido afirmar que los ronderos intervinieron según normas que han surgido y se han consolidado desde que este medio de autodefensa surgió en el Perú. Sin embargo, esto no es suficiente para justificarlos o exculparlos por los abusos que cometieron.

El hecho de que el fiscal invoque el Derecho Consuetudinario y el artículo 179 de la Constitución hace pensar que ha tenido en cuenta el artículo 15 del Código Penal, lo que explicaría que haga referencia al ámbito cultural y geográfico (Acopara-Distrito de Huántar) en que

sucedieron los hechos. En cuanto a la norma constitucional, hay que señalar que la permisión que contiene sobre la aplicación del derecho consuetudinario está limitada a que esta suceda respetando a los derechos humanos. Ahora bien, se viola estos últimos cuando se humilla, maltrata de modo inhumano, coacciona y priva de su patrimonio a una persona. La dignidad humana es directamente atacada. Por tanto, las referencias a dichas disposiciones no podían constituir la base para absolver a los inculpados.

En cuanto al artículo 15, no invocado expresamente, hay que destacar que, en ningún momento, se ha afirmado que, por su cultura o costumbres, los autores eran incapaces de comprender el carácter ilícito de sus actos o de determinarse según esta apreciación. Del dictamen fiscal no se deduce que ellos mismos hayan invocado esta incapacidad. En realidad, todo lleva a admitir que tenían plena conciencia de la índole de sus comportamientos.

Tampoco, admitiendo la equivocada idea de que el artículo 15 prevé el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, se puede llegar a explicar y justificar la absolución. Este tipo de error supone que el autor sepa que su comportamiento está jurídicamente prohibido, pero estima, por equivocación, que existe una causa de justificación o que los límites de aplicación de esta son más amplios que los establecidos en la ley. Al respecto, no basta que se alegue «haber creído actuarse conforme a derecho», sino que deben indicarse las razones decisivas que permitan creerse en derecho de obrar de la manera como se hizo. Esto resulta muy difícil de admitir cuando se trata de violaciones graves de derechos fundamentales, como la dignidad, libertad, integridad corporal, honor y patrimonio de las personas. Dicho de otra manera, resulta imposible admitir que los ronderos pensasen que maltratar de manera inhumana a los agraviados o despojar de su casa a la agraviada no fueran comportamientos prohibidos. Tampoco es posible aceptar, al menos en la medida en que no se ha establecido en qué normas de derecho ancestral basaron sus comportamientos, que creyeron que estaban actuando conforme a derecho. Esto es válido afirmarlo tanto respecto al derecho conformado por la Constitución y las demás normas establecidas o reconocidas por el Estado, como las supuestas normas consuetudinarias y ancestrales, las cuales no han sido debidamente determinadas en el dictamen fiscal.

La constatación de que, cuando sucedieron los hechos, no existía juez de paz ni gobernador, puede explicar que «los encausados se

avocaron a resolver dicho caso» debido a un vacío de poder y a la necesidad de resolver los conflictos personales de los pobladores. No obstante, nunca puede servir para justificar que tal intervención se haga abusando del poder y violando los derechos fundamentales de las personas. Si se admite esto, no solo se trata de una abdicación del ejercicio legítimo y democrático del poder, sino del abandono de la protección de los derechos humanos. Por último, hay que indicar que se llega al absurdo cuando se recurre también al argumento de «mantener unida la familia», ya que esta se encontraba en crisis, porque el marido maltrataba físicamente a la agraviada, maltratos señalados en el mismo dictamen. En realidad, los agraviados son, por un lado, la mujer que abandona a su marido violento y, por otro, el amante de la primera.

La aceptación sin comentario alguno de los argumentos del Fiscal muestra la ligereza con que se administra justicia al más alto nivel del aparato judicial. Esta ligereza es evidente en la medida que la intervención de los ronderos se enmarca en un tenso contexto social, que se caracteriza por la falta de presencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y por su incapacidad para brindar la seguridad indispensable a los pobladores, quienes tuvieron que organizarse y armarse para protegerse. Esta iniciativa fue instrumentalizada por el Estado, con frecuencia, para luchar contra la subversión armada. Si se tiene en cuenta esta realidad, resulta más fácil comprender por qué, en el caso dado en ejemplo, se declaró la impunidad de los procesados. Sin embargo, en ningún caso, se puede considerar que se aplicó conveniente la ley penal. El supuesto respeto de la cultura y costumbres de los agentes solo constituye un argumento retórico que invoca indebidamente las normas constitucionales. Además de la torpeza en el razonamiento y la ignorancia jurídica, una decisión de esta naturaleza revela una real falta de ética profesional y política. De esta manera, no se favorece el reforzamiento del respeto de las diferencias culturales al elaborarse y aplicarse la ley penal, sino que se la debilita y desacredita.

## 9. A manera de conclusión

En el período crucial que vive el país, y con la finalidad de promover el establecimiento de un real Estado de Derecho, resulta más conveniente y eficaz preocuparse por restablecer los mecanismos democrá-

ticos destruidos por el autoritarismo y la corrupción. En el campo del sistema de control penal, es mucho más importante prestar atención al funcionamiento del sistema que al perfeccionamiento formal del ordenamiento legal. En otras palabras, la reorganización de la administración de justicia, el mejoramiento de sus recursos materiales y personales, y la democratización del fuero privativo de justicia para restringirlo a sus justas proporciones en el seno del sistema judicial común tienen la prioridad. Aunque el análisis de cuestiones dogmáticas o la promoción de debates sobre corrientes de ideas penales no deben ser descuidados, ambos aspectos no son la panacea para mejorar y limpiar el sistema vigente.

Un cuidado especial, hasta ahora omitido, merece, por un lado, la capacitación de jueces y fiscales para que tengan mayor creatividad y respeten mejor los derechos humanos tanto en la interpretación de las disposiciones legales, como en su aplicación efectiva. Por otro lado, es necesario el desarrollo de un sentimiento ético que refuerce la dimensión técnico-jurídica de los órganos del sistema de control penal y de quienes intervienen como políticos o expertos en la elaboración de las normas legales. La cuestión de la persona, profesional y éticamente solvente, es el factor decisivo, aunque no único, para comenzar a salir de la crisis actual.