

LA CRIPTOMONEDA

Cibercrimen y el lavado de activos

Págs. 2-3 Gerardo Luis Lamas Suárez



Pág. 4-5
INICIATIVA REGIONAL. Venezuela y la CPI: límites del Estatuto de Roma y la cooperación para la protección de las víctimas. **Salvador Herencia.**

Págs. 6-7
EL PROFESOR ANTONY DUFF. Una visión filosófica del derecho penal democrático para ciudadanos. **José Ávila Herrera.**

Pág. 8
SEGURIDAD JURÍDICA. Las sentencias del Tribunal Constitucional ante la falta de claridad del derecho. **Javier Valdarrago Z.**

ALERTA EN EL SISTEMA FINANCIERO SOBRE LOS RIESGOS DE ESTA MONEDA

Cibercrimen, la criptomoneda y el lavado de activos



GERARDO LUIS
LAMAS SUÁREZ

Abogado. Socio del estudio Lamas Puccio & Abogados.

Para comprender la fenomenología de la cibercriminalidad –actualmente en boga y con particular ímpetu de proyección hacia el futuro–, debemos entender el espacio de acción propio en el que se ejecutan ese tipo de ilícitos penales. La evolución de las denominadas nuevas tecnologías y el desarrollo formidable de la comunicación en todo su contexto suponen la creación de un lugar de comunicación social de naturaleza transnacional distinto al tradicional, que se encuentra en permanente evolución y al que se le denomina ciberespacio, que aparece estructurado a partir de un conjunto de protocolos implementados y codificados en un software del propio ciberespacio, que son los que determinan cómo las personas interactúan, y como existen, todo ello en un espacio virtual.

El ciberespacio

El ciberespacio no se encuentra situado en ningún sitio concreto; en un sentido funcional, está en todos lados y en todas partes, pero físicamente no se encuentra en ningún lugar en particular. Es muy común utilizar como sinónimo del ciberespacio al espacio virtual, y como antítesis de este el espacio real. Físicamente el espacio vir-

tual no existe, pero en la mente de los seres humanos se da un proceso por medio de los sentidos que nos permite transformar parte de esta realidad virtual en una real. Para Martínez Hernández: “El ciberespacio se ha convertido en una metáfora para la sociedad digital, hecha posible mediante computadoras y redes de computadoras”.

A diferencia del espacio físico real en el que se relacionan las personas como lo estamos haciendo en este momento, el cual seguirá existiendo antes y después de un punto de encuentro, el ciberespacio agota su existencia en cuanto cumple con su finalidad de comunicación. No obstante ello, el ciberespacio requiere necesariamente de puntos de encuentro con el espacio terrestre, sino sería materialmente imposible que los usuarios

EN EL CASO DEL PERÚ, HASTA LA FECHA NO EXISTE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL ANTI LAVADO NINGUNA REGULACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO EN RELACIÓN CON EL USO ILÍCITO DE CRIPTOMONEDAS.

podieran acceder a la red. Es allí donde las terminales de acceso a internet cumplen un rol de suma importancia, dependiendo de la regulación que tenga cada Estado.

Aunado a ello, tenemos el wifi, que es una red de comunicaciones de datos gratuita que permite conectar servidores, PC, impresoras, celulares, etcétera, en cualquier lugar del planeta, con la particularidad de que no tiene cableado. Dentro de sus componentes básicos tiene un punto de acceso (AP) y una antena, con lo cual la *conditio sine qua non* sobre la existencia de un lugar físico fijo para ingresar al ciberespacio ha sido superada por la tecnología que actualmente ofrece el wifi. En cualquier lugar del planeta puede ser accesible sin mayores esfuerzos y costos.

La nueva era del lavado de activos

El lavado de activos es un delito complejo que por su naturaleza jurídica y operatividad sobrepasa las fronteras. Su dinámica delictiva ofrece a las organizaciones criminales y a personas en general un abanico amplio de posibilidades para obtener dinero de forma rápida y eficaz, resultado de las distintas actividades criminales precedentes, enmarcadas en la estructura de lo que se denominan como organizaciones criminales transnacionales (OCT). Existe un amplio catálogo de delitos relacionados con el lavado, que van en aumento como la corrupción, el tráfico de drogas, la trata de personas, prostitución a gran escala, el tráfico de órganos, en cuyo contexto el lavado de activos aparece como el último eslabón al ser catalogado como el “delito estrella”, que es donde se suscita la apariencia legítima a todos los bienes, dinero, efectos o ganancias que fueron obtenidas ilegalmente producto de dichas actividades delictivas.



Como refiere Fabián Caparrós: “El reciclaje de dinero sucio es una actividad que se apoya en la multiplicidad de interrelaciones sostenidas en diversos agentes económicos, ya que su propia operatividad se encuentra condicionada a diversos instrumentos jurídicos, económicos y tecnológicos”.

Se sabe que los lavadores profesionales asesorados por expertos en nuevas tecnologías buscan desviar sus fondos ilícitos a países o jurisdicciones que tienen normativas débiles y flexibles en materia de control y represión de lavado de activos, con la finalidad de camuflar la ruta del “dinero electrónico”, entorpeciendo y dificultando el hallazgo y decomiso de bienes ilegales y otras fuentes. En muchos casos, gracias a la cooperación judicial internacional y la detección o control de operaciones sospechosas financieras bancarias, se ha logrado desbaratar organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos. Sin embargo, los lavadores profesionales están recurriendo a nuevas formas de tecnología, que sean inalcanzables, indetectables e irrastreables por el sistema financiero global y de persecución penal. El bitcoin aparece y es incontrolable.

Las criptomonedas bitcoin

En el 2008, una persona o varias personas

El caso peruano

En el caso del Perú, hasta la fecha no existe en la legislación nacional antilavado ninguna regulación en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento al terrorismo en relación con el uso ilícito de criptomonedas. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, mediante la Resolución SBS N° 6338-2012, modificada por la resolución SBS N° 1201-2018, en concordancia

con la resolución SBS N° 798-2018, aprueba regular las normas del Registro de empresas y personas que efectúan operaciones financieras o de cambio de moneda, supervisadas en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones,

mediante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como lo referente a sujetos obligados. Sin embargo, no se incluye en dicha modificación normativa ningún acápite referido a las criptomonedas o monedas virtuales, como es el caso que analizamos, por lo que aún queda un largo camino en materia de diseñar legislación al respecto en el Perú.

con el seudónimo de Satoshi Nakamoto (verdadera identidad desconocida) diseñó el bitcoin, conocido también como un tipo de criptomoneda o moneda digital. Se creó un *software* libre que permitiera la gestión y funcionamiento de dicha moneda virtual, que trabaja a la par con una red de usuario denominada P2P (peer to peer) o red de pares, que le da soporte al *software*.

La principal característica del diseño creado por Nakamoto se basa en una forma de criptomoneda imposible de monopolizar, irrastreable y que blinda a sus usuarios con un total anonimato. Pero lo más trascendente es que este medio de pago digital no requiere de intermediarios ni está sometido a ningún tipo de control bancario o estatal. Los bancos se encuentran al margen.

El principal mecanismo de seguridad que tienen las criptomonedas es el denominado *blockchain*, en el que se registran todas las transferencias de los bitcoins, ya que ese registro es inmutable y permanente, por lo que es invulnerable a cualquier tipo de manipulación o falsificación. Los monederos donde se guarda el dinero son virtuales.

El Banco Mundial y diversos gobiernos han mostrado su rechazo al uso de bitcoins como medio pago, ya que no se trataría de una moneda de curso legal y que cuente con algún tipo de respaldo fiduciario. A pesar de estas aparentes inconsistencias formales, en cuanto al respaldo financiero y de regulación estatal, que harían pensar que dicho medio de pago digital sería de nula aceptación por la comunidad mundial, en la actualidad todo tipo de bienes y servicios son intercambiados mediante bitcoins; por esa razón, está creciendo el número de adeptos que la utilizan para adquirir desde prendas de vestir, alimentos, artículos electrónicos hasta automóviles, apartamentos, servicios de hosting, programación, diseño, etcétera.

Existen diversas plataformas *exchange* que facilitan el intercambio de todo tipo de divisas por medio del bitcoin y admiten diversos métodos de pago para adquirirlas: dinero en efectivo, depósitos bancarios, transferencias e incluso la utilización de la tarjeta de crédito. Cualquier medio de transferencia es factible.

Si bien en Estados Unidos y Europa ya existen algunas regulaciones preventivas en materia de adquisición de criptomonedas, el principal problema de este fenómeno global de la era tecnológica digital es la carencia de una regulación de control antilavado efectivo al momento en que el usuario obtiene la criptomoneda, ya que el acto posterior de conversión y transferencia o tenencia de la criptomoneda se hace prácticamente indetectable e imposible de rastrear por medios electrónicos tradicionales.

En términos sencillos, “cualquier persona” en “cualquier parte del planeta” puede enviar, transferir y recibir criptomonedas (bitcoins) sin tener que pedir ningún tipo de autorización ni ser sometido a ningún tipo de fiscalización ni intervención estatal, por lo que el bitcoin se estaría convirtiendo en la moneda favorita de los criminales y gente inescrupulosa, ya que mediante esta forma de pago virtual se pueden lavar en el ciberespacio millones de dólares sucios obtenidos en actividades criminales previas. Sumado a ello, la criptomoneda es utilizada como una herramienta para el comercio de bienes y servicios ilegales como la extorsión de los *hackers*, la trata de personas, la compra de armas ilegales, el tráfico o comercio de drogas, la pornografía infantil, la venta de documentos falsos, etcétera.

No obstante ser un tema novedoso, que podría en un futuro revolucionar el pago de servicios en el ámbito mundial, este avance de la tecnología no deja de poner en alerta al sistema financiero mundial sobre el mal uso que se le está dando a la criptomoneda con fines de contenido ilícitos, relacionados con el lavado de dinero, entre otros delitos. ■

VENEZUELA, LÍMITES DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA COOPERACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS

La Corte Penal Internacional



SALVADOR HERENCIA CARRASCO

Abogado. Director de la Clínica de Derechos Humanos del HRREC de la Universidad de Ottawa.

El 25 de septiembre, seis países de las Américas remitieron a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) una comunicación oficial solicitando que se investigaran los presuntos crímenes de lesa humanidad que se cometen en Venezuela. Esta solicitud fue firmada por los jefes de Estado de Argentina, Chile, Colombia, Paraguay y el Perú, así como por el primer ministro de Canadá (1), durante la 73ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). El 30 de septiembre, el Gobierno francés emitió un comunicado apoyando esta remisión (2) y no se descarta que otros países hagan lo mismo.

La respuesta oficial de la Fiscalía de la CPI fue comunicada el 27 de septiembre, en la cual explica el procedimiento por seguir en el caso de situaciones bajo examen preliminar. (3) Un aspecto importante por tener en cuenta es que el 8 de febrero de este año (4) la fiscal ya había abierto un examen preliminar sobre la situación en dicho país. La remisión del mes pasado solo contribuye a mostrar el consenso sobre la gravedad de las violaciones a los derechos humanos que se cometen en Venezuela.

El informe de la OEA

Más allá del examen que la Fiscalía vaya a realizar, el fundamento utilizado por estos países para remitir la situación de Venezuela a la CPI se basa principalmente en el informe del panel

independiente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), encargado de investigar la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. (6)

Este informe utiliza testimonios y documentación entregada por organismos internacionales y organizaciones de derechos humanos para concluir que hay indicios de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, dirigido a opositores del Gobierno. (7) Esto cumpliría con el umbral del tipo penal del artículo 7 del Estatuto de Roma. El informe de la OEA, además, hace referencia al denominado Plan Zamora, del gobierno del presidente Nicolás Maduro, en la cual participan miembros de la fuerza pública y grupos civiles armados.

El informe precisa que hay indicios de la comisión de los siguientes crímenes: (i) asesinato; (ii) detenciones arbitrarias; (iii) torturas; (iv) violaciones sexuales; (v) persecución de grupos o colectividades; y (vi) desapariciones forzadas. Una preocupación que se presenta en el informe de la OEA es la falta de independencia de la judicatura, lo que hace inefectivo cualquier recurso para proteger la vida e integridad de las personas. La situación de las cárceles y el ataque hacia periodistas y líderes políticos demuestran la degradación del Estado de derecho en Venezuela.

La carta de remisión también hace referencia a las dificultades que tienen los organismos internacionales para monitorear la situación o de brindar ayuda humanitaria. Toda esta información es importante, pues se utilizará para determinar si es que el Poder Judicial de Venezuela está en la capacidad de investigar estos crímenes. A todas luces, no.

La CPI investiga la responsabilidad de personas y no de Estados. Por más que se hable de la situación de Venezuela, la Fiscalía podrá abrir investigaciones contra individuos por la perpetración de crímenes de lesa humanidad específicos. En este punto empiezan los problemas.

La remisión e imparcialidad en la investigación fiscal

De acuerdo con el artículo 13 del Estatuto de Roma, hay tres formas bajo la cual la CPI puede iniciar una investigación: (i) que esta sea remitida por un Estado parte; (ii) que el Consejo de Seguridad de la ONU remita una situación que pueda afectar la paz y seguridad internacionales –es decir, bajo el Cap. VII de la Carta de la ONU–; o (iii) que la Fiscalía abra una investigación de oficio.

La remisión de un Estado parte está regulada en el artículo 14 del Estatuto de Roma. Desde su entrada en vigor el 1º de julio del 2002, este ha sido el mecanismo más utilizado por los Estados para que la CPI ejerza su competencia sobre casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Eventualmente esto se podrá dar en torno al crimen de agresión.

Hasta la fecha, Comoras, Gabón, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Palestina y Uganda han hecho uso de esta potestad,

pero siempre con respecto a posibles crímenes internacionales cometidos en su territorio o jurisdicción. La remisión de la situación de Venezuela por parte de estos seis países representa la primera vez que este mecanismo es utilizado frente a un tercer Estado. Como se puede observar en el Art. 14 del Estatuto, dicha norma no hace ninguna distinción entre remisiones y “auto-remisiones”:

Artículo 14 Remisión de una situación por un Estado Parte
1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.
2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el

Estado denunciante. No existe ningún inconveniente de que Venezuela esté bajo examen preliminar por la remisión de los Estados así como por la investigación propia de la Fiscalía. Procesalmente, el único beneficio que una remisión trae es que no se necesita de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación. (5) Pero más allá de esto, es importante resaltar que la Fiscalía es libre para conducir su investigación, sin ningún tipo de condicionamiento. Esto incluye la identificación de posibles crímenes cometidos, los hechos concretos en los que se priorizará la investigación y la determinación de posibles responsabilidades penales. La remisión no afecta ni condiciona la imparcialidad o autonomía de la Fiscalía, debiendo recordar que la CPI solo puede asumir jurisdicción cuando un Estado no pueda o no tenga la voluntad de administrar justicia.



El deber de cooperar y las víctimas

Como se mencionó anteriormente, una de las dificultades que organismos internacionales y humanitarias han tenido en Venezuela ha sido el ingreso para realizar investigaciones, particularmente en cárceles, establecimientos de la fuerza pública y las zonas de frontera. A medida que avanzan las investigaciones, esta dificultad de acceso y colaboración se hará más evidente.

El otro reto será el acceso y tratamiento de la información que organismos de derechos humanos o grupos de víctimas puedan tener. Al investigar conductas personales, mucha de la información suministrada puede contribuir a establecer el contexto, pero no es seguro que

esta permitirá establecer la responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad. De ahí la importancia de trabajar con estas organizaciones para que la información que puedan presentar contribuya a los intereses de la justicia.

Este es un punto que merece especial importancia y en el cual los seis países que remitieron la comunicación a la CPI pueden tener un papel importante. La cooperación en la parte IX el Estatuto de Roma está prevista para regular la relación entre la CPI y el Estado. Sin embargo, las organizaciones y representantes de las víctimas necesitan apoyo financiero y político para poder

realizar su trabajo. De ahí la importancia de que las embajadas de estos países en Caracas sirvan de apoyo, en el caso de que la vida e integridad de estas personas corran peligro. La responsabilidad de los Estados no terminó con la remisión a la CPI, sino que fue un primer paso para apoyar los principios de justicia y verdad.

Siendo realistas, el escenario no es alentador. En caso de que la CPI avance con las investigaciones y que se tengan indicios de una posible acusación contra un alto mando del Gobierno o de las Fuerzas Armadas, no se debería descartar la posibilidad de que Venezuela denuncie el Estatuto de Roma, tal como lo hicieron con la Convención Americana de Derechos Humanos en septiembre del 2012. Si bien eso no impide que la investigación siga su curso, esto generaría mayores problemas de cooperación y posibles ataques a las víctimas.

El otro aspecto que hay que tener en cuenta es que, en la práctica, el número de personas que podrían ser procesadas por la CPI es bajo. Desde su entrada en vigor, la CPI solo ha iniciado 26 casos y, por lo general, estos juicios han tenido varias dificultades. Por esto hay que ver esta remisión como un componente de una política de protección de los derechos humanos de estas personas.

La CPI no puede frenar la crisis alimentaria o la ola de migración, pero los Estados, particularmente los que apoyan esta remisión, tienen un compromiso con las víctimas. De ahí la importancia de que estos lideren iniciativas regionales en torno a la migración e integración, la asistencia técnica a las organizaciones que construyen potenciales casos y la presión política en todos los foros multilaterales. La remisión es solo un primer paso. ▀

[1] Se puede consultar el contenido de la carta en el siguiente enlace: <http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/carta-dirigida-corte-penal-internacional-parte-argentina-colombia-chile-paraguay-peru>

[2] Se puede consultar el comunicado oficial de la Cancillería francesa en el siguiente enlace: <http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/communiqué-relatif-a-la-situation-au-venezuela/>

[3] El texto del comunicado de la Fiscalía de la CPI puede ser revisado en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish>

[4] El texto del comunicado sobre la apertura de una situación preliminar en Venezuela puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=Spanish>

[5] Se puede consultar la política de la Fiscalía sobre situaciones preliminares en el siguiente enlace: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-SPA.pdf

[6] Se puede acceder al informe de la OEA en el siguiente enlace: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-SPA.pdf

[7] El presente suplemento ha permitido explicar el alcance de este informe de la OEA sobre Venezuela. Ver: <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/698/web/pagina02.html>

EL PROFESOR
ANTONY DUFF,
UNA VISIÓN
FILOSÓFICA

Un derecho penal democrático para ciudadanos



**JOSÉ ÁVILA
HERRERA**

Abogado. Magister en Derecho Penal y PhD. Centros de Estudios en Filosofía y Derecho. Facultad de Derecho. Universidad San Martín de Porres.

El derecho penal es una práctica social que ha dado lugar a investigaciones filosóficas, desde la discusión sobre fines, fundamentos, esencia, justificación del castigo, responsabilidad, el tema de la proporcionalidad hasta la relativamente reciente explosión del área de investigación, denominadas, precisamente, visiones de la filosofía del derecho penal. Las interrogantes sobre estos temas del derecho penal se han convertido en un asunto medular dentro de los estudios contemporáneos respecto

de la materia, pues se reconoce hoy en día que es a partir de la respuesta a estas que se puede asumir la tarea de construir un sistema.

En esta ocasión, quiero ofrecerles a los amables lectores otra de esas visiones de la filosofía referida al derecho penal: “Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad” (1), del filósofo Antony Duff, (2) visión filosófica que aporta argumentos que nos aproximan a una mirada contemporánea sobre el derecho penal.

Una cuestión previa

Ahora veamos una mirada al sistema penitenciario que hay detrás de las celdas (3). Siempre se ha intentado explicar a la sociedad peruana que las prisiones no pueden ser solo espacios de reclusión y exclusión. Por eso, nuestro sistema penitenciario se sitúa en la orientación a la reinserción y el respeto a los derechos de las personas privadas de libertad. Para una sociedad política civilizada, las penas y la cárcel

LA OBRA DEL PROFESOR ANTONY DUFF AYUDAN A REPENSAR LOS FUNDAMENTOS DE ESTA DISCIPLINA EN MATERIA PENAL, TAN DELICADA POR SU ESTRECHA VINCULACIÓN CON LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS.

debieran ser legítimas y servir para algo (4). Estos son los dos términos del asunto que deben marchar juntos si no se quiere que el tren de la pena se descarrile.

La delincuencia proviene de la voluntad

de alguien de violar las normas sociales. Esa responsabilidad existe. Las decisiones humanas son libres y responsables. Ni problemas de salud, ni drogodependencias, ni dificultades económicas y, mucho menos, concepciones religiosas o políticas pueden justificar que se cometan ilegalidades, injusticias o crímenes. Nada justifica la violencia, el robo, la extorsión o los ataques a la libertad de nuestros semejantes.

Pero es necesario hacer hincapié en el hecho que nos revelan las frías estadísticas: que en las prisiones en nuestro país, y también en el conjunto de los países de la región, un alto porcentaje de internos sufre enfermedades mentales, padece de drogodependencia, presenta un bajo nivel educativo, con antecedentes de fracaso escolar; hay muchos pobres, excluidos, marginados, la mayoría no ha tenido nunca un empleo estable y muchos han padecido en su infancia abusos, malos tratos, abandonos, etcétera. En resumen, en la cárcel se concentra mayoritariamente el resultado de muchos

fracasos de nuestras sociedades. El problema no está en las cárceles; el problema es afuera, en la sociedad, en el sistema que obliga a delinquir para subsistir, las cárceles son solo el reflejo de los males que afectan a la sociedad. No importa cuán amplias o cómodas sean si la calle es otra gran cárcel sin rejas, cuando se vive en aparente libertad, pero en condiciones inferiores a cualquier cárcel.

La «orientación filosófica» en la visión del derecho penal del profesor Antony Duff. Desde los años setenta, el profesor Duff ha logrado construir un derecho penal a partir de un diálogo con los aportes y conocimientos de la filosofía política y la filosofía jurídica. Como señala (R. Gargarella, P. Bergallo: 2013), propuso anclar el derecho penal en el pensamiento igualitarista proveniente de autores como John Rawls o Ronald Dworkin, y a la par de ellos conectó la reflexión penal con ideales como el de “igual consideración y respeto”.

En otra ocasión, el profesor Roberto Gargarella (6) resaltó que el profesor Antony Duff realizó aportes extraordinarios, mostrando una apertura inusual en la doctrina penal para pensar intersecciones entre el derecho penal y la filosofía política. “Como pocas personas, ha sabido conectar reflexiones en materia de derecho penal y castigo con preocupaciones de teoría democrática”. Señaló también que, en particular en teoría democrática, Duff desarrolló un enfoque muy novedoso, el cual es presentado como un acercamiento comunicativo al derecho penal (7).

Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad (8). La obra realiza contribuciones para reflexionar sobre el derecho penal, refiriéndose al sistema legal inglés, escocés y norteamericano, pero que significan aportes para repensar el contexto actual de nuestra justicia penal. Está concebido en cuatro secciones, en las cuales propone categorías conceptuales que posibilitan pensar los sistemas de justicia actuales a partir de las nociones de ciudadanía activa, inclusión/exclusión, responsabilidad penal (precondiciones/condiciones) y comunidad política, desde una perspectiva relacional y comunicativa.

La investigación se dirige hacia la construcción de un derecho penal democrático para ciudadanos, es decir, un derecho penal que hable el lenguaje de la comunidad. Esta propuesta, que atraviesa transversalmente la obra del autor, brinda herramientas para poner en cuestión la exclusión social del delincuente tanto material, legal como simbólica de la participación en la vida de una comunidad política.

Dicha exclusión puede tornarse permanente para el excondenado aun después de cumplida la condena, a partir de las consecuencias colaterales que conlleva el castigo, relativizando de esta forma la finitud de la sanción. En el primer capítulo, el profesor Duff desarrolla que la lógica excluyente es constitutiva de la retórica política del derecho penal. Tanto es así que “el castigo penal es algo que “nosotros”, los ciudadanos cumplidores de la ley, les imponemos a “ellos”, los otros peligrosos de quienes debemos estar protegidos” (Duff, 2015:24).

Plantea también la necesidad de tener una



Breve nota biográfica

El profesor Duff, nace en Escocia, país en el que estudió Derecho y Filosofía, y donde es profesor desde 1970, en la Universidad de Stirling. También es profesor de la Universidad de Minnesota (Estados Unidos). Gran parte de su obra está dedicada al estudio de los fundamentos de la pena, de la función y el lugar que ocupa en la sociedad moderna. Es profesor emérito por el Departamento de Filosofía de la Universidad de Stirling (Escocia). Es un destacado experto en la filosofía del castigo y es reconocido internacionalmente por su experiencia

en derecho penal y su estructura. Sin duda alguna, es una de las figuras principales, en las últimas cuatro décadas, sobre un fecundo género de indagación teórica y filosófica en las bases, la estructura y el funcionamiento de los sistemas de derecho penal que se enmarcan en la tradición del common law, cultivado por filósofos y juristas de habla inglesa (5). Realizó contribuciones y problematizaciones sustanciales para reflexionar sobre el derecho penal en general, refiriéndose al sistema legal inglés, escocés y norteamericano, pero que significan aportes

para repensar el contexto actual del derecho y la justicia penal en cualquier país democrático. Su persistente vocación de incorporar preguntas, reflexiones y conocimientos usualmente ajenos a la tradición dogmática del derecho penal se plasma en una riqueza inusual. Para una disciplina que exhibe cierta pretensión de autosuficiencia, sus enfoques y reflexiones abren las ventanas para que entre una corriente de aire fresco en un espacio donde los olores son conocidos, las discusiones parecen las mismas y las posiciones resultan más o menos predecibles.

NO IMPORTA CUÁN AMPLIAS O CÓMODAS SEAN SI LA CALLE ES OTRA GRAN CÁRCEL SIN REJAS, CUANDO SE VIVE EN APARENTE LIBERTAD, PERO EN CONDICIONES INFERIORES A CUALQUIER CÁRCEL

actitud crítica con respecto al derecho y comenzar a hablar de observancia en lugar de obediencia. Por ello, a lo largo del libro, indaga sobre el papel de los ciudadanos en la creación del derecho y en cómo debería ser el derecho penal para que exprese y respete nuestra ciudadanía. Discute entonces con la idea de que el

delincuente pierda la condición de ciudadano en cuanto si ya no es ciudadano, ¿cuál sería el motivo por el que aceptaría la autoridad del sistema que lo castiga y le niega derechos? De esta forma, y problematizando el carácter pasivo que se les atribuye a los delincuentes, propone asignarles un carácter activo y cívico como ciudadanos.

En otra parte del libro, se pregunta si es posible construir un castigo menos duro y excluyente, pero que al mismo tiempo muestre que el delincuente es castigado como ciudadano. Al indagar en esta tensión, entre ciudadanía y castigo, el profesor Duff propone la preservación del derecho al voto, ya que si las personas dejan de votar, dejan de ser ciudadanos plenos mientras se encuentran en prisión, pues queda suspendido el estatus cívico.

En otro capítulo, analiza las “[...] condiciones para la rendición de cuentas o precondiciones de la responsabilidad penal” para que un juicio tenga legitimidad; es central en su

propuesta cómo se inscribe esta cuestión en contextos de extrema pobreza, desigualdad e injusticia política y social. Puntualmente menciona: “Cuántos de los condenados y sentenciados en nuestros tribunales que reciben lo que se supone es su merecido han sido por su parte víctimas de una injusticia persistente y sistemática por obra de la comunidad política de la que presuntamente son ciudadanos” (Duff, 2015:93).

Para esbozar algunas posibles respuestas, hace hincapié en que los ciudadanos no responden ante un tribunal en tanto “autoridad moral” en sí misma, sino en cuanto representante de una comunidad política porque es su derecho y deber como ciudadanos responder al “pueblo”, a la “comunidad”. Es decir, en este capítulo, el profesor Duff se interroga sobre los requisitos políticos y sociales que deben cumplirse para juzgar a un miembro de una comunidad (Duff, 2015:129). Sobre este tema, trabajó de modo muy cuidadoso sobre la idea según la cual, en condiciones de injusta desigualdad, la fuerza autoritativa del derecho penal se debilita (9).

Finalmente, podemos ver que los apuntes reseñados sobre la obra y propuestas del profesor Antony Duff no solo aportan novedad en materia penal, sino que sobre todo ayudan a repensar los fundamentos de esta disciplina tan delicada por su estrecha vinculación con la libertad de las personas, permitiendo encontrar bases y fundamentos más interesantes, novedosos, mejor justificados y que deben merecer un análisis y debate en nuestro ambiente académico y, por qué no, también en la agenda pública. ▀

[1] En el presente año académico se trabajó esta visión filosófica durante el dictado de las clases en la Maestría de Derecho Penal en la Universidad San Martín de Porres. [2] Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad. Editorial Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, 176 páginas. [3] Estas reflexiones me vienen luego de una labor de supervisión de casi quince años (1996-2013) y de reuniones que tuve con Jorge Santisteban de Noriega†, Walter Albán Peralta, Beatriz Merino Lucero y Wilfredo Pedraza Sierra, cuatro excelentes personas y profesionales de quienes aprendí mucho. [4] Cfr. John Pratt. Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios. Gedisa Editorial. Barcelona. 2002. pág. 16. [5] La editorial de la Universidad Externado publicó un libro titulado “Discusiones sobre la Filosofía del Derecho Penal”. El contenido del libro lo integran trabajos presentados por algunos de los más importantes filósofos anglosajones del derecho penal, todos ellos profesores en el Reino Unido. Dichos trabajos fueron discutidos por penalistas, filósofos y criminólogos de habla hispana provenientes de España, Argentina y Chile. [6] El profesor argentino Roberto Gargarella apoya muchos de sus pensamientos sobre el castigo y el uso del derecho penal en los textos del filósofo Antony Duff. La influencia del pensamiento de Duff en los escritos de Gargarella es muy notoria en muchos aspectos. Según el profesor argentino, el profesor Duff representa, en la literatura actual, el mejor intento de articular cuestiones básicas del derecho penal y la teoría democrática. [7] Esta presentación se hizo en el marco del Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política del profesor Roberto Gargarella en la Universidad de Buenos Aires, Argentina (17 de junio del 2014). [8] Antony Duff. “Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad”. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, 176 páginas. [9] Gargarella, Roberto. El punto de encuentro entre la teoría penal y la teoría democrática de Carlos Nino. Consulta en web: <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=340042713002>.

IMPACTO DE LA SENTENCIAS INTERPRETATIVAS Y MANIPULATIVAS

Las decisiones del TC



JAVIER
VALDÁRRAGO
ZUZUNAGA

Magistrado. Fiscal
adjunto superior titular
Juanjui-San Martín.

En principio, toda Constitución no es solo el documento político que reconoce los derechos fundamentales de las personas para protegerlas, sino también el que organiza políticamente a la sociedad, a fin de garantizar la paz y respeto entre sus integrantes y lograr su desarrollo y bienestar.

Sin embargo, su operatividad y concreción no se ha dado de inmediato, sino por medio, precisamente, del control de constitucionalidad de las leyes hechas por los jueces constitucionales, ya sea mediante las salas especializadas de la Corte Suprema –en los países con este sistema– o el Tribunal Constitucional, como en el caso peruano, y el control difuso que la justicia ordinaria ejerce en los países bajo el ámbito del Common Law: Reino Unido, los Estados Unidos de Norteamérica y otros.

En el Perú, el proceso de constitucionalización es de reciente data. En efecto, “es a partir del año 2000 con la reincorporación de sus magistrados destituidos que se inicia una etapa de fortalecimiento del Colegiado, la que se refuerza con el Código Procesal Constitucional del año 2004” (Landa Arroyo, Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Palestra Editores, tercera edición, Perú 2007:111); ello ha permitido y permite la emisión de las sentencias interpretativas y manipulativas.

El derecho penal regula las conductas de las personas y, eventualmente, las sanciona cuando se afecta o amenaza bienes jurídicos protegidos por la normativa, como es la vida, la integridad física, la libertad, la indemnidad y libertad sexual, entre otros. Ello, sin duda, requiere que el Legislativo dicte leyes claras y precisas, a fin de que estas sean interpretadas y aplicadas de manera correcta por los operadores del derecho.

En la práctica, muchas veces, el legislador emite leyes en el ámbito del derecho sustantivo penal que adolecen de ambigüedad, son imprecisas y producto de la presión mediática y los acontecimientos del momento que afectan a la sociedad; por ello, no pueden ser interpretadas adecuadamente o son contrarias a la Constitución y, en consecuencia, no son aplicables en casos concretos o, peor aún, los operadores del



La Constitución Peruana

La Constitución es el documento jurídico-político más importante de una nación, no solo porque consigna principios y valores que inspiran el quehacer del Estado y su relación con los ciudadanos; sino también porque contiene normas

de aplicación directa e inmediata. “El derecho constitucional se rejiriza, ya no estamos más ante un catálogo de recetas políticas de carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el derecho. Estamos

ante el derecho de la Constitución, cuyos artículos reciben interpretación y aplicación por parte del juez constitucional”. (García de Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, 1985:31).

derecho se pronuncian de manera distinta en casos similares, lo cual afecta los principios de seguridad jurídica y predictibilidad que todo Estado constitucional y democrático de Derecho debe cumplir.

Es preciso resaltar que las leyes sustantivas penales en nuestro sistema de justicia tienen como principios, entre otros, el de legalidad (literal d) numeral 24 del artículo 2 de la Constitución y artículo II del Título Preliminar del Código Penal), en cuya virtud “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley”. Ello deriva del brocardo *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, es decir, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera

expresa, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

De este principio, a su vez, se deriva el subprincipio de reserva de la ley, esto es que “solo mediante ley se puede crear delitos y establecer las penas, lo que quiere decir que la única fuente autorizada para crear delitos y establecer penas es la ley escrita” (Carpio Marcos, Edgar, Principio de legalidad de las sentencias manipulativas, en USMP, Vox Juris N° 21, 2011: 217-218), y estas solo pueden ser dictadas por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo previsto en la Constitución.

Las leyes penales son abstractas porque establecen conductas y sanciones de manera genérica, entendiéndose, por tanto, que cuando el legislador las dicta deben ser precisas, claras y objetivas, lo que en muchos casos no ocurre;

este es un problema que requiere solución en el ámbito jurídico y de acuerdo con los principios que la Constitución prevé.

Es en este escenario que el Tribunal Constitucional (TC), en su calidad de órgano de control de la Constitución (artículo 201), frente a una demanda de inconstitucionalidad de una ley penal respecto de la ambigüedad u oscuridad de las que adolecen, emite las sentencias interpretativas y manipulativas (reductoras, sustitutivas y aditivas); estas últimas son las que generan mayor polémica en la doctrina especializada porque, a diferencia de las dos primeras, el Colegiado adiciona al texto original la parte que falta para que la disposición cuestionada sea conforme con la Constitución.

Si bien es cierto que las leyes en todas las ramas del derecho pueden ser interpretadas por el Colegiado mediante sus sentencias, en el caso de las leyes penales existe una peculiaridad y ello implica cierta dificultad para la procedencia de su interpretación por el TC, en razón de que tienen entre sus características el principio de legalidad, así como el de reserva de la ley, esto es que solo por ley se pueden crear delitos y establecer sanciones –no mediante sentencias del TC–. Y si esta prerrogativa solo está asignada al Legislativo, aquí surge el problema; por tanto, se requiere dar una respuesta a la pregunta, ¿cómo y con qué facultad el TC emite este tipo de sentencias?; y al hacerlo, ¿invade o no las prerrogativas del Legislativo y se afecta dichos principios?; y por último, ¿son en verdad las sentencias interpretativas una respuesta adecuada a la falta de claridad en leyes penales?

Desde nuestro punto de vista, el TC tiene legitimidad para emitir sentencias interpretativas y manipulativas en el ámbito del derecho sustantivo penal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, ello de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución, artículo 1 de su Ley Orgánica.

Por otro lado, también debemos señalar que con las sentencias interpretativas y manipulativas del TC no se afecta el principio de legalidad de las leyes penales, lo que el Colegiado hace es coadyuvar en la creación de leyes.

Por último, debemos precisar que con las aludidas sentencias no se afecta el principio de reserva de la ley, en cuya virtud solo el legislador está facultado para dictar leyes penales.

Esta importante labor que el TC desarrolla por medio de sus sentencias interpretativas y manipulativas –llamadas también sentencias de principio–, que desde el 2000 en adelante ha dictado, permite unificar criterios en los operadores del derecho, particularmente en el derecho sustantivo penal, y hacer realidad los principios de predictibilidad y seguridad jurídica en los procesos judiciales en nuestro país. ▀