

 **20**
conadepc 10

 **20**
conadepc 10

Ponencias Estudiantiles y
Mesas de Debates

CARLOS ALBERTO PINEDO SANDOVAL / FRANCISCO VALDEZ SILVA
ERICK RONY VÁSQUEZ GUEVARA / FRANCISCO R. HEYDEGGER
JHULIANA C. ATAHUMÁN PAUCAR / JORGE LUIS RÍOS SÁNCHEZ
HUGO YATACO / EIFFEL RAMÍREZ AVILÉS
ELMER MARCA ROMERO / JAIME SANTIAGO PÉREZ MANRIQUE
MARCOS IVAN GALVÁN RAMOS / ALEXANDER CLAROS GRANADOS
ROCÍO ROBLES RAMOS / EDSON J. ZELADA HERRERA
G. ANDRÉ GARCÍA LEÓN / LUIS R. TEJADA ROQUE
JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO / DIANA LEONOR ALAS ROJAS
LYCETH SÁNCHEZ PONCE / R. LUIS CASTILLO BERROCAL
ELIZABETH CORNEJO ESPILCO / JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA
HAROLD JOSEPH RUIZ SOLIS / FLOR DE MARIA LA HOZ RUIZ
CLAUDIA FIORELLA FELIX PACHECO / RODIL PADILLA BERNABÉ
VÍCTOR ALBERTO VARILLAS BORJA / MARTIN MÉJICO LEAÑO
IVÁN QUISPE AQUISE / MIGUEL GIRAÓ ISIDRO
IVÁN ALFREDO GONZÁLES FÉLIX / KARIN C. CARHUAPOMA ROJAS
SANDY D. FERNÁNDEZ ROJAS / DANIEL A. ALMEYDA VELÁSQUEZ
LUIS NELSON ANCCO BARRIAL /

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA

CARLOS ALBERTO PINEDO SANDOVAL / FRANCISCO VALDEZ SILVA
ERICK RONY VÁSQUEZ GUEVARA / FRANCISCO R. HEYDEGGER
JHULIANA C. ATAHUMÁN PAUCAR / JORGE LUIS RÍOS SÁNCHEZ
HUGO YATACO / EIFFEL RAMÍREZ AVILÉS
ELMER MARCA ROMERO / JAIME SANTIAGO PÉREZ MANRIQUE
MARCOS IVAN GALVÁN RAMOS / ALEXANDER CLAROS GRANADOS
ROCÍO ROBLES RAMOS / EDSON J. ZELADA HERRERA
G. ANDRÉ GARCÍA LEÓN / LUIS R. TEJADA ROQUE
JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO / DIANA LEONOR ALAS ROJAS
LYCETH SÁNCHEZ PONCE / R. LUIS CASTILLO BERROCAL
ELIZABETH CORNEJO ESPILCO / JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA
HAROLD JOSEPH RUIZ SOLIS / FLOR DE MARIA LA HOZ RUIZ
CLAUDIA FIORELLA FELIX PACHECO / RODIL PADILLA BERNABÉ
VÍCTOR ALBERTO VARILLAS BORJA / MARTIN MÉJICO LEAÑO
IVÁN QUISPE AQUISE / MIGUEL GIRAÓ ISIDRO
IVÁN ALFREDO GONZÁLES FÉLIX / KARIN C. CARHUAPOMA ROJAS
SANDY D. FERNÁNDEZ ROJAS / DANIEL A. ALMEYDA VELÁSQUEZ
LUIS NELSON ANCCO BARRIAL /

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA
Ponencias Estudiantiles

Huacho-Perú, 3 al 6 de noviembre de 2010

ÍNDICE

PROBLEMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
CARLOS ALBERTO PINEDO SANDOVAL

13

EL DOLO: ¿UNA LECTURA DE LA MENTE O UNA IMPUTACIÓN AL
COMPORTAMIENTO? A PROPÓSITO DE UNA REVISIÓN DE SU CONCEPTO Y
DETERMINACIÓN
FRANCISCO VALDEZ SILVA

31

BIEN JURÍDICO: EVOLUCIÓN, PRINCIPALES POSTURAS
Y SU CONCEPTUALIZACIÓN ACTUAL
ERICK RONY VÁSQUEZ GUEVARA¹

49

¿LAS PERSONAS JURÍDICAS SON PENALMENTE RESPONSABLES?
FRANCISCO R. HEYDEGGER
JHULIANA C. ATAHUMÁN PAUCAR

67

LA *ACTIO ILICITA IN CAUSA*: LA PROVOCACIÓN
DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
JORGE LUIS RÍOS SÁNCHEZ

87

© 2010 7mo CONADEP
José Francisco Caballero Castillo
Coordinador

Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Perú

2010

Printed in Peru

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL HUGO YATACO	103
EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. EVOLUCIÓN, FUNDAMENTO Y FINALIDAD EIFFEL RAMÍREZ AVILÉS	115
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ELMER MARCA ROMERO	131
FINALIDAD DE LA PENA Y SU CORRECTA APLICABILIDAD DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO JAIME SANTIAGO PÉREZ MANRIQUE	153
LAS COINCIDENCIAS DE LA ESTAFA Y LA VENTA DE HUMO EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS MARCOS IVAN GALVÁN RAMOS	171
DIFICULTADES DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA EN UNA SOCIEDAD POSTMODERNA ALEXANDER CLAROS GRANADOS	185
ALGUNOS PLANTEAMIENTOS PROBLEMÁTICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO SUPUESTO DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD ROCÍO ROBLES RAMOS	199

LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS EN EL ACTUAL SISTEMA DEL DERECHO PENAL EDSON J. ZELADA HERRERA	211
TRES PROPUESTAS, UN POLÉMICO ACUERDO Y DOS REFLEXIONES: ¿UNA HEREJE INTERPRETACIÓN DEL ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE? G. ANDRÉ GARCÍA LEÓN	227
REFLEXIONES ACERCA DE LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD FRENTE A TIPOS PENALES ABIERTOS Y LEYES PENALES EN BLANCO: UN ACERCAMIENTO AL ENFOQUE GARANTISTA LUIS R. TEJADA ROQUE	245
LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COMO BISAGRA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EL DENOMINADO DELITO DE GUANTE BLANCO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CRIMINOLOGÍA JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO / DIANA LEONOR ALAS ROJAS	271
AUDIENCIA PRELIMINAR: PRUEBA DE LA NATURALEZA BIFOCAL DE LA ETAPA INTERMEDIA. LINEAMIENTOS GENERALES DE INTERPRETACIÓN LYCETH SÁNCHEZ PONCE	287
¿SE PUEDE ESTABLECER LÍMITES AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? R. LUIS CASTILLO BERROCAL	309
HACIA UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PERUANO SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL SECRETO Y LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES ELIZABETH CORNEJO ESPILCO	347

AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER: SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL PERÚ JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA	367
.....	
NORMAS RECTORAS DEL DERECHO PENAL PERUANO SISTEMATIZACIÓN Y CRÍTICA DESDE UNA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL HAROLD JOSEPH RUIZ SOLIS	389
.....	
LA PUESTA EN VIGENCIA DE LA REINCIDENCIA Y DE LA HABITUALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO FLOR DE MARIA LA HOZ RUIZ	411
.....	
PROCESO INMEDIATO Y ACUSACIÓN DIRECTA: DIFERENCIAS ENTRE AMBAS INSTITUCIONES PROCESALES CLAUDIA FIORELLA FELIX PACHECO	425
.....	
EL SECRETO DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA Y SU INFLUENCIA EN LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN RODIL PADILLA BERNABÉ	441
.....	
LA FIGURA DE LA EXTROMISIÓN APLICADA EN EL PROCESO PENAL VÍCTOR ALBERTO VARILLAS BORJA	461
.....	
LOS FINES PATOLÓGICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: EVITAR EL PELIGRO DE REITERACIÓN DELICTIVA Y LA DEFENSA DE LA SOCIEDAD MARTIN MÉJICO LEAÑO	479
.....	

¿VULNERA, LA CONDENA DEL ABSUELTO, LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS Y EL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS? ¿CONSTITUYE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS UNA GARANTÍA IRRESTRICTA DE LOS JUSTICIABLES? IVÁN QUISPE AQUISE	493
.....	
EL SISTEMA PROCESAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004: LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL SISTEMA ACUSATORIO MODERNO Y EL ADVERSARIAL SYSTEM MIGUEL GIRA O ISIDRO	517
.....	
EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE Y SUS ALCANCES. APROPÓSITO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIOS DE TRANSPORTE PUBLICO IVÁN ALFREDO GONZÁLES FÉLIX	535
.....	
NON BIS IN IDEM: PREEMINENCIA DEL DERECHO PENAL SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO VS LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i> KARIN C. CARHUAPOMA ROJAS / SANDY D. FERNÁNDEZ ROJAS	549
.....	
LA NATURALEZA COMPLEJA DEL «BENEFICIO PENITENCIARIO»: ¿ELIMINACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS? DANIEL A. ALMEYDA VELÁSQUEZ	565
.....	
LA PRUEBA EN EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DE LA CIDH LUIS NELSON ANCCO BARRIAL	579
.....	

**PROBLEMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

CARLOS ALBERTO PINEDO SANDOVAL*

* Alumno del V año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (UDEP).
Un especial agradecimiento a mi amigo de aula Éxson Vilchérrez, por la imprescindible ayuda intelectual en el desarrollo de este tema.

RESUMEN. El tema de la autoría y la participación se complica cuando nos encontramos frente a los llamados delitos especiales contra la administración pública, en los cuales se vislumbran claramente las deficiencias de la teoría tradicional seguida por nuestro CP.

La distinción entre delitos especiales – delitos comunes resulta a todas luces insuficiente para abordar la problemática, por lo cual se hace necesario asumir un criterio material antes que formal, esto es, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

A partir de esta base material, la problemática de la participación en los delitos especiales contra la administración pública encontrará una herramienta dogmática eficaz para la lucha contra la corrupción. En base a ello, y puesto que la parte de nuestro Código Penal que regula los delitos contra la Administración pública recoge en su mayoría delitos de infracción de deber, es dable agregar un artículo que faculte el hacerle responder penalmente a los *extranei*.

I. Planteamiento del problema

Nuestro Código Penal (CP) permite distinguir tres grandes grupos con respecto a los delitos contra la administración pública:

1. Delitos contra la administración pública cometidos mayoritariamente por sujetos comunes.
2. Delitos contra la administración pública cometidos mayoritariamente por funcionarios públicos.
3. Delitos contra la administración de justicia, en los cuales van a resultar implicados tanto funcionarios como particulares.

Con respecto a los delitos contra la administración pública que están estructurados como delitos comunes, no existirá mayor problemática respecto a cuál debe ser la herramienta dogmática a seguir para resolver los problemas de autoría y participación que se presenten. Bastará, en estos casos, con aplicar las reglas establecidas en los artículos 23º, 24º y 25º del CP. Esto en base a que, sobre el tema de la autoría y la participación, el CP peruano está estructurado sobre la teoría diferenciadora, a diferencia del CP italiano en el cual no hay diferencia

normativa entre autoría y participación, y donde lo único que opera es un tema de proporcionalidad para los efectos de imponer la pena.

Así, nuestro CP, asume, dentro del esquema de las teorías diferenciadoras, la elaboración roxiniana de la teoría del dominio del hecho¹, a partir de la cual distingue entre tres clases de dominio:

1. Dominio de la propia acción: autoría
2. Dominio de la voluntad del sujeto-instrumentalizado: autoría mediata
3. Dominio funcional del hecho: coautoría

Ahora bien, el tema de la autoría y la participación se complica cuando nos encontramos frente a los llamados delitos especiales contra la administración pública, en los cuales se vislumbran claramente las deficiencias de la teoría tradicional seguida por nuestro CP.

La distinción entre delitos especiales-delitos comunes resulta a todas luces insuficiente para abordar la problemática, por lo cual se hace necesario asumir un criterio material antes que formal, esto es, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

A partir de esta base material, la problemática de la participación en los delitos especiales contra la administración pública encontrará una herramienta dogmática eficaz para la lucha contra la corrupción.

II. Cuestiones previas

1. Delitos especiales contra la administración pública

Con respecto a los delitos especiales contra la administración pública, podemos distinguir dos clases:

1. Delitos especiales propios: Prevaricato (Art. 418° CP), Enriquecimiento Ilícito (Art. 401° CP), Abuso de Autoridad (376° CP), de los cuales se predica el hecho de que no tienen un equiparable entre los delitos comunes.

2. Delitos especiales impropios: Son aquellos que sí tienen delitos equiparables entre los delitos comunes. Ejemplo: el delito de concusión (Art. 382°), el cual es un delito especial impropio porque tiene su delito común equiparable en el delito de coacción. Lo cual se debe a que el núcleo duro del delito de concusión siempre va a ser el modo de comisión, esto es, la utilización de violencia moral al usuario del servicio.

¹ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1ª reimp., Civitas, Madrid, 2000, pp. 205 y ss.

Los delitos especiales, sean propios o impropios, tienen como nota característica el que solamente pueden ser cometidos por sujetos cualificados, esto es, por un sujeto que reúnen determinadas condiciones o cualidades.

2. El artículo 425° CP

El concepto penal de funcionario o servidor público es mucho más amplio que el del Derecho administrativo. En ese sentido, el artículo 425° CP está estructurado sobre la base del verbo «considerar»:

«Se consideran funcionario o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos dentro de la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Funcionarios elegidos por votación popular.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley».

Se trata de un artículo cuya base de relación es el verbo «considerar» y no el verbo «ser». Es por eso que a un testigo, emplazado o designado para ser escuchado en el juicio, se le debe considerar como servidor en esa gestión de la administración de justicia. Igual pasa, y con mucha más razón, con los peritos, y con las personas que son designadas por las partes para dirimir una contienda, esto es, los árbitros. A éstos se les considera servidores públicos porque su actividad está relacionada con una de las grandes funciones de la administración pública, esto es, la función de administrar justicia.

III. El problema de la autoría y participación en los delitos especiales contra la administración pública

Concretamente, el debate de la autoría y participación se da en el ámbito de los delitos especiales contra la administración pública, en muchos de los cuales siempre van a intervenir sujetos cualificados (*intranei*) y sujetos no cualificados (*extranei*).

Cuando en un delito especial contra la administración pública interviene un *intranei* y un *extranei*, se hace necesario establecer un criterio dogmático eficaz que nos señale cuál es el camino a seguir frente a la problemática que se presenta en este ámbito.

Al respecto, para dilucidar el tema de quién es autor y quién es partícipe en los delitos especiales contra la administración pública, se han visto enfrentadas dos grandes teorías, estas son, la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación.

1. La teoría de la ruptura del título de imputación

Según esta teoría², un *extranei* nunca podrá ser tenido como autor ni como partícipe en los delitos especiales contra la administración pública. El *extranei*, en el peor de los casos, tendrá que responder por el delito común, en caso se trate de un delito especial impropio contra la administración pública. Ello significa de plano que si el sujeto activo es un *extranei* que interviene como autor o partícipe de un delito especial propio contra la administración pública, no quedará más remedio que la impunidad.

Esta teoría de la ruptura del título de imputación nos lleva a establecer que el *extranei* no será autor ni partícipe de un delito especial propio. A lo sumo, el *extranei* responderá si se trata de un delito especial impropio que tiene un equivalente entre los delitos comunes. Si no es así, y si se trata de un delito especial propio, quedará impune.

Un primer argumento de esta teoría la encontramos en lo que señala ROBLES PLANAS³, para quien el *extranei* no puede responder por delitos especiales porque el tipo penal de éstos no lo permite. El tipo penal limitaría esa posibilidad en aras del principio de legalidad.

Un segundo argumento lo encontramos en la existencia de un límite que vendría dado por las reglas de incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales. En consecuencia, si esto es así, no se podrá tener como sujeto activo a un *extranei* en el caso de un delito especial contra la administración pública porque esta incomunicabilidad, que establece el artículo 26º CP, no lo permitiría.

² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 251.

³ ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 120. También *vid.* ROBLES PLANAS, R. y RIGGI, E., «El extraño artículo 65.3 del Código Penal», en *Indret*, (www.indret.com).

A modo de ejemplo: si un funcionario público se apropia de caudales, para lo cual recibe el apoyo de un *extranei*, según la teoría de la ruptura del título de imputación el funcionario responderá por delito de Peculado. Y como quiera que el *extranei* no pudiera ser partícipe del delito de Peculado, tendría que ser responsable penalmente a título de cómplice del delito común de apropiación ilícita.

Aquí se cumpliría la alternativa que plantea esta teoría de la ruptura del título de imputación. Es decir, el *extranei* no responde como autor porque no está considerado como funcionario ni como servidor público, y tampoco puede ser partícipe del delito de peculado porque el tipo penal no lo permitiría.

Encontramos que ese *extranei* respondería a título de cómplice de un delito que no se ha cometido. Sería partícipe del delito de apropiación ilícita, el cual no se ha cometido, puesto que lo que se ha cometido ha sido un delito de peculado.

Al parecer, esta teoría desconoce la característica más notoria de la participación, esto es, la accesoriedad. El partícipe siempre será un responsable accesorio respecto del autor.

Al revés, ¿Qué sucedería si es el *extranei* quien se apodera de una suma de dinero del Estado que está siendo administrado por un funcionario público, siendo este funcionario público el que le presta el auxilio?

De acuerdo la teoría tradicional, es el *extranei* quien tiene el dominio del hecho (llega a la caja, saca el dinero, lo pone a buen recaudo, lo traslada a su domicilio, etc.), por lo cual tendría que responder como autor del delito de Hurto (Art.), mientras que el *intranei* responderá como cómplice del delito de Peculado. Encontramos, por tanto, un desmembramiento de razones, casi inconsistentes.

Aquí es donde debemos advertir que según la teoría de la ruptura del título de imputación, en los delitos especiales propios contra la administración pública, el *extranei* siempre terminará siendo impune, nos responderá ni como autor ni como partícipe. Ejemplo de estos hay muchos: La persona que instiga a un Juez para que prevarique porque tiene interés en esa resolución, y consigue efectivamente que el Juez dicte la resolución prevaricadora, ese instigador será impune. Otro ejemplo: el particular que, a solicitud de un funcionario público, se apersona al domicilio de un usuario de la administración pública a fin de solicitarle una coima, con el compromiso de que el funcionario va a resolver a su favor, también resultará impune.

Tendríamos que concluir que esta teoría es bastante riesgosa so pretexto de ampararse en el principio de legalidad.

2. Teoría de la unidad del título de imputación

Sostiene que el *extranei* sí puede ser partícipe del delito especial contra la administración pública. Las razones serían fundamentalmente dos:

En primer lugar, la norma que subyace al tipo penal especial también está dirigida al *extranei* en materia de delitos contra la administración pública, en razón a que el bien jurídico «correcto funcionamiento de la administración pública», es un bien jurídico trascendente para la convivencia social, para la existencia y el desarrollo mismo del Estado y, en consecuencia, no solamente se debe reconocer como tal sino que, además, se debe tenerla presente para no vulnerarlo.

La segunda razón es que la famosa tesis de que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26° CP es eminentemente personalísima y no es transmisible o comunicable, no es cierta para los efectos de la autoría ni la participación, porque no tiene relación con el tema concreto de la tipicidad. No tiene incidencia gravitante en la tipicidad, puesto que la incomunicabilidad está absolutamente vinculada con el tema de la culpabilidad. Por tanto, al estar, el tema de la autoría y la participación dentro del ámbito de la tipicidad y no de culpabilidad, no es aplicable la regla prevista en el artículo 26 CP.

Por tanto, los que sostenían que la incomunicabilidad es un elemento determinante para impedir que *extranei* pueda ser comprendido y considerado, para los efectos de sanción penal, en los delitos especiales propios contra la administración de justicia, incurrieron en un grave error puesto que el artículo 26° CP no está vinculado al tema de la autoría y participación sino más al tema de la culpabilidad

Ahora bien, otro aspecto importante es que esta teoría consagra definitivamente la característica de accesoriedad de la participación pero en función del delito real, con lo cual diríamos que la teoría de más aceptación resulta siendo la teoría de la unidad del título de imputación⁴, puesto que permite sancionar como corresponde tanto

⁴ Críticamente respecto a esta teoría, VILCHEZ CHINCHAYÁN, R.: «La participación en los delitos de infracción de deber, ¿Impunidad del extraneus?» en *Revista jurídica del Perú*, N° 111, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 242 y ss.

al *intranei* como al *extranei*, y no permitiría dejar como remedio la impunidad, la cual sería una solución perniciosa en una sociedad como la nuestra en que uno de los grandes temas es el tema de la corrupción.

IV. Un nuevo enfoque a la problemática de los delitos contra la administración pública

1. Responsabilidad por el quebrantamiento de roles⁵

Un rasgo fundamental en la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS, y que se encuentra en la base de su sistema funcionalista, es la concepción del injusto no como la mera lesión de un bien⁶, sino como la infracción de un rol. Así, las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales⁷. Pues, como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, «la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol»⁸. A este efecto, JAKOBS

⁵ Vid. PINEDO SANDOVAL, C., «Tipicidad e Imputación Objetiva. Especial referencia a los fundamentos del funcionalismo sistémico», en *Revista jurídica del Perú*, tomo 109, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 233-244, también, *vid. Id.*, «Fundamentos filosóficos y dogmáticos del sistema de imputación funcional-normativista de Günther JAKOBS a la luz de una perspectiva crítica», en <http://www.derecho penalonline.com/derecho.php?id=13,660,0,0,1,0>

⁶ Como lo era en VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, t. II, Reus, Madrid, 1927, p. 252, «El delito es, además, un acto *contrario al Derecho*; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico»; en contra de lo anterior, LESCH, H., *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 8. «Hasta el día de hoy, el suceso perturbador se ha definido mayoritariamente como una *modificación* empírica y real del *mundo exterior*, es decir, como una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o de su objeto».

⁷ JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 54; ampliamente *vid.* DAHRENDORF, R., *Homo sociologicus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pp. 43 y ss., este autor utiliza la expresión *homo sociologicus* a fin de superar el dilema «sociedad-individuo», intentando así poner término a la disputa entre «realistas» y «nominalistas».

⁸ JAKOBS, G., *La Imputación objetiva en Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 67; PIÑA ROCHEFORT, J., *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 352. «Toda otra defraudación, por relevante que sea en otros ámbitos, no presenta repercusiones en la sociedad, sino que sólo puede observarse en el nivel individual».

distingue entre roles comunes (si bien propiamente existe un único rol común: el general, de ciudadano fiel al Derecho) y roles especiales. La distinción entre estos dos tipos de roles obedece al hecho de que las expectativas normativas de conducta en la constitución actual de la sociedad están configuradas en dos ámbitos⁹. Por un lado, existe un ámbito general de libertad de organización y, por otro, existen determinados ámbitos institucionales, los cuales son sectores más específicos.

El aplicar las estructuras como la llamada «prohibición de regreso», el «principio de confianza» o, sobre todo, del «riesgo permitido» (y especialmente en lo que se refiere a los llamados «conocimientos especiales»), implica preguntarse por las prescripciones del rol. En este sentido, la estructura del rol social puede entenderse como una constante que informa todas las instituciones de la imputación objetiva de JAKOBS¹⁰.

§ A. Responsabilidad en virtud de competencia por organización: el rol general de la persona

En el ámbito general se encuentra la expectativa de que todas las personas mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores perjudiciales contra terceros. Se trata, por ende, de un ámbito de organización que puede ser administrado libremente por su titular, y cuyo límite es el deber de abstenerse de lesionar a los demás, es decir, el deber de no arrogarse un ámbito de organización ajeno (*neminen laede*). Estamos hablando del llamado *rol general de ciudadano*, definido por JAKOBS como «el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios»¹¹.

Conforme ya pudo notarse de lo anterior, en este rol común o general, JAKOBS distingue un contenido positivo y un contenido nega-

⁹ GARCÍA CAVERO P., «Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal» (pp. 157-172), en *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, 1ª ed., ARA Editores, Lima, 2003, p. 166; ID., *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 311-314.

¹⁰ Cfr. PIÑA ROCHEFORT, J., *Rol social y sistema...*, op. cit., pp. 394-351, para quien la utilización del rol «puede contribuir a mitigar los efectos que ha producido el tratamiento de la teoría de la imputación objetiva como una tópica»; por su parte, considera que la Imputación Objetiva basada en roles responde mejor a las necesidades punitivas del Derecho penal económico, GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico...*, op. cit., pp. 396; Vid. en el mismo sentido, el trabajo realizado por BERRUEZO, R., *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, BdeF, Buenos Aires-Madrid, 2007, pp. 120 y ss.

¹¹ JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, op. cit., p. 68.

tivo. Así, mientras que el contenido positivo de este rol permite «constituir a la persona en cuanto persona en Derecho»¹²; el contenido negativo, por su parte, impone el deber de no lesionar a los demás, puesto que también son partícipes del ordenamiento jurídico. La expresión latina *neminen laede* sintetiza el significado del deber negativo que limita la esfera de organización de todas las personas.

El quebrantamiento de este deber general da lugar a la denominada *responsabilidad en virtud de organización* (responsabilidad basada en deberes generales), por haber negado el autor aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc.

Es este el primer fundamento de la responsabilidad penal en el sistema de JAKOBS, cuyo equivalente, en lenguaje roxiniano, lo constituirían los delitos de dominio.

§ B. Responsabilidad en virtud de competencia institucional: los «roles especiales»

En este segundo ámbito, se requiere mantener la expectativa de que las instituciones de la sociedad funcionen ordenadamente. Ello se debe a que el desarrollo de las personas no se realiza sólo dentro de su esfera de organización, sino que se requiere de relaciones estables con otras esferas de organización. De este modo, surgen roles especiales que responden a determinadas instituciones sociales y que vinculan de manera especial y concreta una esfera de organización con otras¹³. En este punto, resulta certera la observación de GARCÍA CAVERO en cuanto a que el Derecho penal jakobsiano «cumple su función social de reestabilizar las expectativas normativas de conducta atendiendo a las particularidades de cada uno de estos roles»¹⁴.

Los roles especiales son definidos por JAKOBS como aquellos que «una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo»¹⁵. Las

¹² *Ibidem*, p. 68.

¹³ GARCÍA CAVERO, P., «Algunas consideraciones sobre el funcionalismo...», op. cit., p. 166.

¹⁴ *Ibidem*, p. 166.

¹⁵ JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, op. cit., p. 67: «[...] este es el caso, por ejemplo, del rol de padre -los padres deben formar con los hijos una comunidad-, o del rol de cónyuge -junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común-, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia -deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado-».

diversas instituciones de donde surgen estos roles, entendidas como «contextos normativos consolidados»¹⁶, confieren a la sociedad su configuración fundamental específica, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual¹⁷.

El quebrantamiento de un rol especial origina la *responsabilidad en virtud de competencia institucional* (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), según la cual los competentes responderán a título de autores, puesto que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito en común.

A modo de ejemplo: un Juez *-intra-neus-* que encarga indebidamente a un tercero *-extra-neus-* la redacción de la sentencia manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley, infringe su deber especial (institucional) a título de autor del delito de prevaricato comprendido en el art. 418 CP, a pesar de no dominar fácticamente el acto de la redacción; y viceversa, el *extra-neus* no responderá como autor del delito contra la administración de justicia en mención, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer porque, sencillamente, él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez.

Se trata, en suma, de los delitos de infracción de deber, en los cuales, el fundamento de la imputación jurídico-penal radica, precisamente, en la *lesión del deber institucional*. En este sentido, nos apartamos de la consideración de ROXIN, para quien la *lesión del deber* es solamente un criterio para determinar la autoría del hecho.

V. Los delitos contra la Administración Pública y la intervención delictiva

Antes de entrar concretamente al tema principal del presente artículo, que es el de desarrollar una propuesta de salida a la discusión respecto a la participación de los no cualificados en los delitos contra la

¹⁶ JAKOBS, G., «Actuar y omitir» (pp. 159-181), en YACOBUCCI, G.J., *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 159.

¹⁷ JAKOBS, G., *La imputación objetiva...*, op. cit., p. 67: «[...] esa configuración es «específica» porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aún) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras» (negritas y cursivas en el original).

Administración Pública que exigen una la calidad especial en un sujeto para imputarle responsabilidad penal (debemos decir que es mejor, en un intento por dejar de lado la distinción delitos especiales- delitos comunes, referirnos a «portadores de un deber positivo» y «no portadores de un deber positivo», terminología más acorde con el desarrollo de los delitos de infracción del deber), debemos decir que cabe distinguir el «*status*» funcionario público del «*deber positivo*» de todo funcionario público de mantener -proteger- el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Creemos que en el segundo caso es cuando nos referimos al fundamento de los delitos de infracción de deber.

Para dejarnos entender, no siempre que un tipo recoja «funcionario público» se puede decir que se ha configurado un delito de infracción del deber, sino que hay que ver si ese título se recoge como un mero agravante del injusto base de un delito de dominio. Si vemos por ejemplo las formas agravadas del art. 367 respecto del delito de «violencia contra funcionario» regulado en el art. 365¹⁸, no se dice nada si el funcionario público debe actuar lesionando su deber positivo, así también ocurre con la agravante de ser «funcionario público» recogida para el delito de «secuestro» regulado en el art. 152. Notamos también que el art. 46-A coloca algo así como «funcionario público abusando de condición de tal». En los supuestos indicados creemos que no se configura un delito de infracción del deber, sino que lo que se recoge una agravación por el «*status*» de ser funcionario público. Pongamos el ejemplo de que un profesor «A» de una universidad pública, a la luz del art. 425 sería un funcionario público, secuestre a un ciudadano «B»; en su caso sería de aplicación la agravante regulada en art. 152, puesto que se exige sin más que sea funcionario. Ahora si ese mismo profesor aprovechando un viaje de investigación con los alumnos más destacados de su clase secuestra al alumno «C»; creemos que es lo más coherente aplicar la agravante del art. 46-A¹⁹,

¹⁸ El art. 365 dice: «El que, sin alzamiento público, mediante violencia o amenaza, impide a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de éstas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años». El art. 367 dice: «En los casos de los artículos 365° y 366° la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando: 1. El hecho se comete a mano armada. 2. El hecho se realiza por dos o más personas. 3. El autor es funcionario o servidor público...».

¹⁹ Sobre esta agravante, el Código Penal nos dice que el juez «podrá aplicarla»; ese carácter facultativo no implica arbitrariedad sino que llama al juez a valorar de

puesto que ha abusado de su cargo o función. Si nos damos cuenta la segunda actuación implica un mayor injusto que la primera y por esas cosas del destino esta vez siguiendo a nuestra legislación llegaríamos a una solución bastante justa: la primera agravante implicaría imponerle al profesor una pena no menor de 30 años, la segunda implicaría imponerle una pena hasta de 35 años.

Nuestra conclusión es que el «*status*», del que tratan estos artículos le exige a todo funcionario público una actuación más acorde a Derecho ello pues éstos representan al Estado; ellos más que nadie están llamados a no romper el orden defendido por su representado. El Estado como titular del *ius puniendi* debe velar por el cumplimiento de los deberes tanto positivos como negativos; el injusto de quien encarna su figura es mayor cuando viole esos deberes. Si esos artículos configuraran delitos de infracción de deber llegaríamos a atribuirle amplísimas competencias a todo ciudadano que trabaje en el sector público; diríamos que un profesor público es autor de secuestro agravado si ve que, valga la redundancia, secuestran a un ambulante que labora en las afueras de su universidad y no hace nada. Es decir tendría que pesar sobre él un deber positivo de protección para con la libertad de los otros ciudadanos.

Luego de hacer esta precisión pasaremos al tratamiento de los delitos contra la Administración Pública regulados en título XVIII del Libro segundo del Código Penal. Creemos que la gran mayoría de delitos que contiene son delitos especiales de infracción de deber puesto que regula deberes positivos respecto a situaciones específicas²⁰, obligan con fuerza singular. En la nueva terminología que estamos usando podemos decir que el problema planteado en la introducción del presente trabajo se resume así: ¿Cómo hacer en el caso de los delitos especiales de infracción de deber cuyo único autor puede ser un funcionario público?

manera que si el «abuso de su función» ha sido relevante para la realización del hecho deberá si o si aplicar la agravante. En el caso que se plantea sí fue relevante para la realización del secuestro. Para profundizar más sobre el tema de las atenuantes y agravantes consultar GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008, pp. 703 y ss.

²⁰ Los delitos de infracción del deber siempre tendrán algo de especialidad o especificidad ya que la exigencia de «fomentar» una situación socialmente deseada, de «protegerla» no se puede imponer a toda Persona de Derecho en todos los ámbitos de su organización; esta especialidad como obligación concreta es diferente a la especialidad formal que caracteriza a los delitos especiales.

Recordando que en los delitos especiales de infracción de deber el titular –en este caso especial– los comete con la sola lesión de su deber, esa mayor fuerza que lo vincula encuentra su sentido en el hecho de que sólo él puede cometerlos. Sólo el portador del deber puede lesionarlo, no importa el grado de dominio de hecho que tenga sobre esa lesión, siempre será autor.

Tanto ROXIN como JAKOBS coinciden en que no hace falta dominio de hecho para lesionar el deber, pero el primero ve al deber específico como un criterio para determinar la autoría mas no como un fundamento de la responsabilidad, en su lógica sólo su portador puede ser autor, todo otro no portador lo puede lesionar a título de partícipe. Para el segundo sólo el portador del deber específico puede lesionarlo.

Lo ideal es seguir la idea de quién es más coherente al momento de explicar el tema de la intervención delictiva. El criterio del dominio del hecho propuesto por ROXIN como criterio para determinar la autoría versus el criterio de la competencia de JAKOBS para determinarla.

Somos de la idea de que el criterio de ROXIN tiene el descrédito de no abarcar la totalidad de supuestos de conductas delictivas a título de autor²¹: en unos delitos para ser autor se requiere dominio de hecho y en otros no. Muy por el contrario JAKOBS en torno a un criterio normativo como es la competencia abarca todas las conductas delictivas: en todos los delitos para ser autor se requiere competencia, ella varía según el contexto en que se desenvuelva el sujeto, como titular de un deber positivo y como titular de un deber negativo.

Siguiendo la conclusión a la que llegamos anteriormente cuando un no portador de un deber positivo facilite su lesión por parte del portador no cabe recurrir a los denominados «*tipos subyacentes*», sería ignorar el hecho de que los delitos de dominio y los de infracción del deber son materialmente distintos.

Si ese deber positivo que pesa sobre un sujeto es fundamento de su responsabilidad penal, creemos que la mejor opción sería colocar

²¹ ROXIN acepta este punto flojo en su teoría del dominio del hecho, propone dos conceptos distintos de autor en los delitos de dominio y en los delitos de infracción del deber; consultar ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, p. 400.

un artículo que faculte una reducción de la pena para el partícipe en el cual no concurra el fundamento. Así no dejaríamos en impunidad al no portador.

El § 28.1 del Código Penal alemán dice: «Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (Instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena...»; él está ubicado dentro de la parte que trata de la autoría y participación. Creemos que una redacción similar debería tener el artículo respecto a los delitos de infracción de deber para el caso peruano.

Un punto flojo al hecho de hablar de deberes positivos y de sanciones a quien no los posee es el de si la sola conmoción social que generan, sobre todo los delitos contra la Administración pública, es argumento suficiente para sancionar a todos los intervinientes. JAKOBS²² al respecto dice que se da una imputación limitada de la vulneración de un deber positivo; mediante la intervención en ella el no poseedor del deber lograría alcanzar limitadamente la calificación que, por sí solo, jurídicamente no podría alcanzar.

VI. Conclusiones

1. Debemos dividir a los delitos en base a un fundamento material, es decir dejar de lado la diferenciación delitos especiales- delitos comunes y hablar de delitos de dominio y delitos de infracción del deber. Los delitos de infracción de deber se fundamentan en la lesión de un deber positivo mientras que los de dominio se fundamentan en la lesión de un deber negativo.

2. Debemos dejar de lado la idea de que la participación implica un hecho accesorio al hecho del autor. Ello implica previamente asumir el planteamiento del funcionalismo de JAKOBS para quien el Derecho Penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma, de manera que sólo un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) puede excepcionar a la norma y dar pie a atribuir ya de una manera puramente cuantitativa la calificación de «autor» o «partícipe».

3. En los delitos de dominio cabe hablar de autoría y participación, aunque sea una distinción puramente cuantitativa; pero en

²² Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 825.

los delitos de infracción del deber al no tener relevancia ningún aporte por su valor cuantitativo toda intervención penalmente relevante en ellos es a título de autor.

VII. Propuestas y recomendaciones

La parte de nuestro Código Penal que regula los delitos contra la Administración pública recoge en su mayoría delitos de infracción de deber, en ellos el deber positivo fundamenta la responsabilidad penal, sería una cualidad, por ello no cabe intervención sin deber. Los que no poseen el deber positivo, tal y cual está nuestro Código, quedarían en impunidad por ello es dable agregar un artículo que faculte el hacerle responder penalmente.

VIII. Bibliografía

BERRUEZO, R., «Responsabilidad penal en la estructura de la empresa», en *Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, BdeF, Buenos Aires-Madrid, 2007.

DAHRENDORF, R., *Homo sociologicus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

GARCÍA CAVERO, P., «Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho Penal», en *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, 1ª ed., ARA Editores, Lima, 2003, pp. 157-172.

- *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.

JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996.

LESCH, H., *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, 1ª reimp., Civitas, Madrid, 2000.

VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, t. II, Reus, Madrid, 1927.

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R., «La participación en los delitos de infracción de deber, ¿Impunidad del extraneus?», en *Revista jurídica del Perú*, N° 111, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 242 y ss.

YACOBUCCI, G.J., *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther JAKOBS*, ARA Editores, Lima, 2005.

**EL DOLO: ¿UNA LECTURA DE LA MENTE O UNA IMPUTACIÓN
AL COMPORTAMIENTO?
A PROPÓSITO DE UNA REVISIÓN DE SU CONCEPTO
Y DETERMINACIÓN**

FRANCISCO VALDEZ SILVA¹

¹ Estudiante del 6to año de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Becario por la Universidad Phillips, Marburg-Alemania (Wintersemester Oktober 2009-Februar 2010). Coordinador del Taller de Derecho Penal «Ciencias Penales» (UNMSM). Asistente del Área Penal de Allemant & Abogados.

«El derecho debe proteger lo más sagrado, es decir, aquello que hoy y siempre, con sentimiento cada vez más intenso, une cada vez más a los espíritus».
(GOETHE)

I. Introducción

Si uno se ha tomado la molestia de consultar algunos libros para revisar la historia del Derecho Penal, ha podido indudablemente darse cuenta que en un inicio no era necesaria una presencia subjetiva en la imputación del hecho. Por el contrario, sólo bastaba la producción objetiva de un resultado traducido en un daño². Hoy en día estas afirmaciones no resultan plausibles, ya que para imputar un hecho delictivo al autor resulta necesaria la concurrencia o bien del dolo o bien de la imprudencia³. Quiero decir que, el delito -como hecho perturbador social- para que alcance la calificación de tal, necesita según los parámetros dogmáticos actuales a nivel de la tipicidad -como primer momento- no sólo atravesar un filtro objetivo (tipo objetivo), sino

² En la antigüedad fue conocida a través de la frase latina «*versari in re illicita importantur omnia quae sequuntur*». Sobre el contenido de este antiguo principio y amplia bibliografía alemana al respecto ver REYES, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, 1996, p. 4.

³ En nuestro Art. VII del Título Preliminar del Código Penal ya se muestra una clara oposición frente a cualquier forma de responsabilidad objetiva: «*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*». Esta regulación llamada «*principio de culpabilidad*» no debe ser confundida con el «*principio de responsabilidad subjetiva*», pues si sucediera lo contrario, se llegaría a identificar dolo e imprudencia con culpabilidad, y esto obedece a la concepción psicológica de culpabilidad propia del causalismo naturalista de VON LISZT ampliamente superada. Véase al respecto en doctrina extranjera, COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Valencia, 1996, pp. 499 y ss. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, p. 52. Al respecto en doctrina nacional, HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte General*, t. I, 3ª ed., Grijley, Lima, pp. 598. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte general*, Grijley, Lima, p. 110.

a su vez existe un tamiz subjetivo (tipo subjetivo), el cual desarrolla dos maneras de imputar el comportamiento delictuoso: dolo o imprudencia. En el presente artículo nos referiremos a la primera forma de imputación. Sin embargo, antes de ingresar a desarrollar el tema que nos ha convocado este artículo, me urge en primer lugar dejar sentado algunos conceptos previos que coadyuvaran a un mejor entendimiento de mi posición.

II. Conceptos fundamentales

1. Sociedad

a. La sociedad –nuestra sociedad– hoy por hoy manifiesta una configuración totalmente distinta a la encarnada medio siglo antes y ni que decir hace un siglo atrás. En aquellos tiempos ésta, para poder «comprenderse» se definía a partir de elementos causales y/o naturales; es decir, se valía por así decirlo de lógicas propias de las ciencias empíricas para poder explicar los acontecimientos sociales producidos en su interior, por citar uno de nuestro interés: «el delito». El delito era descrito como un suceso natural similar a la puesta de un sol, el golpe de un rayo, etc.⁴; por lo tanto, era el dogma causal y sus leyes que éste implicaba la columna vertebral para el entendimiento y explicación de los hechos que la sociedad manifestaba. En líneas generales, la sociedad era definida a partir de orígenes distintos al ser humano y sus relaciones, sino en presupuestos propios de la biología, matemática, etc.

b. Luego de un intento de explicación de la sociedad desde bases propias de las ciencias de la naturaleza aportada por la filosofía positivista, fue la filosofía desde HOBBS a KANT la que intentó sentar los cimientos desde la naturaleza del ser humano (conciencia individual), señalando que la sociedad es un espacio generado gracias a la «**decisión**» (carácter subjetivo) de todos sus miembros para;

⁴ Véase, RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967, pp. 96,131,143; citado por REYES, *Imputación*, pp. 51-52. RADBRUCH aquí desarrolla un concepto de acción para el derecho penal que será relevante para las teorías venideras, siendo la característica principal de aquel su avaloratividad, es decir un concepto previo a cualquier reproche; de ahí que, éste defina acción como un movimiento corporal consciente y voluntariamente producido. Dejando en claro que la característica de «consciente y voluntaria» no se pretende referir al contenido de la voluntad sino sólo a su óptica existencia. Es decir, la presencia de una voluntad es inherente a toda conducta humana; sin embargo, la averiguación de su contenido corresponde al estudio de la culpabilidad.

delegar su seguridad en un «Leviatán», garantizar el derecho de todos en una especie de «Contrato Social», o para regularse y vincularse por medio de «imperativos categóricos». En este orden de ideas, la sociedad se explica desde una plataforma subjetiva, ya que toma a «**la decisión de los sujetos y su vinculación subjetiva a partir de la misma**» para explicar el origen y vigencia de la sociedad⁵.

Atendiendo a esta idea de sociedad; WELZEL intentó limitar al Causalismo⁶ (trasladando el dolo y la imprudencia desde la categoría de la culpabilidad hacia el tipo) señalando que los comportamientos no ingresan aún al fuero penal por el sólo hecho de entregar una cosa, el omitir dar la mano, permanecer en silencio, o por el emitir palabras; sino por el hecho de que tal realidad delictiva se «**quiera**»⁷.

c. En la actualidad nuestra sociedad no puede desgajarse del Derecho Penal, es éste su carta de presentación; en este sentido, éste debe representarse y asumir los nuevos problemas sociales; de ahí que, el Derecho Penal de hoy no puede valerse exclusivamente de elementos de una naturaleza pre-social para explicar la formación, vigencia y desarrollo de aquella; pues en el proceso evolutivo se ha reemplazado a la «**causalidad**» por conceptos «**normativos**»⁸ para la comprensión de

⁵ En la actualidad autores como KÖHLER en Hamburgo (*Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986), ZACKZYK en Bonn (*Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlín, 1989) y KAHOLO en Leipzig (*Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1990), mantienen una tesis de la sociedad como la descrita, y así, sobre esas bases, erigir todo su sistema de imputación. En contra; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2007, pp. 83 y ss. «Esta teoría concibe a la sociedad como un conjunto de robinsones aislados en sus propios mundos morales, por lo que lo relevante de sus acciones (delictivas) no es su dimensión comunicativa, sino sólo la concordancia con el principio de no actuar conforme a ninguna otra máxima que la que pueda tenerse como ley universal».

⁶ Véase, WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1969, p. 33. Desde el punto de vista causal, no existe diferencia alguna entre la muerte de un hombre producida por un rayo y la generada por los disparos que otra persona ha efectuado; de ahí que, para evitar tal confusión, se traslada el dolo y la imprudencia desde la culpabilidad hacia la tipicidad.

⁷ Véase, WELZEL, Hans, *Kausalität und Handlung*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, t. 51, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1931, pp. 707 y 719. Es cierto que existe un ámbito ontológico con sus propias leyes, pero todo aquello que sea exclusivamente causal, que no pertenezca a la causalidad, esta de antemano excluido de una valoración jurídico-penal.

⁸ Véase, CANCIO MELIÁ, Manuel / PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Un nuevo sistema del Derecho penal: Consideraciones sobre teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs» en *Colección de Estudios* N° 15, Universidad Externado de Colombia, Bogo-

las relaciones internas que se dan en el seno de la sociedad. Esta nueva línea de interpretación manifiesta que el orden social se revela en tanto y en cuanto los miembros que la integran se reconocen como participantes del tráfico a partir de una «norma» (carácter objetivo), siendo ésta: «**Sé persona y respeta a los demás como personas**»⁹.

En otras palabras, la sociedad alcanza la denominación de tal, por el hecho de que sus relaciones producidas en su interior están mediadas por normas y los contactos reconocen a éstas de manera recíproca y objetiva.

En este orden de ideas, los presupuestos y/o fundamentos que fundan el orden social ya no se infieren de estructuras preexistentes, sino obedecerán a la «norma», respaldado en los «**finés y funciones que cumpla el Derecho**»; de ahí su nombre de «normativos»¹⁰; es decir, para la explicación de un fenómeno jurídico, se debe partir de las normas como punto de interpretación teniendo como respaldo los fines y funciones que cumple el Derecho, en este caso, el Derecho Penal¹¹.

tá, 1999, p.18. «..., Jakobs propugna una renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientarlos a la función que corresponde al Derecho Penal». Para mayor profundización; véase, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge, «Funcionalismo y normativismo penal, Una introducción a la obra de Günther Jakobs», en *Cuadernos de Conferencias y Artículos* N° 37, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. Publicado también en YACOBUCCI, Guillermo (dir.) *Los Desafíos del derecho penal del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Lima, 2005.

⁹ Véase, HEGEL, *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho*, traducción de Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, [Primera Parte- & 36- pp.119]. PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel», en *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

¹⁰ Véase, JAKOBS, Günther, en *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción CUELLO CONTRERAS, Joaquín / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. IX-X (prólogo a la primera edición). «Si se parte de la misión del Derecho Penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos», pp. X (prólogo a la segunda edición). «El universo de los conceptos jurídico penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho Penal y no a fenómenos naturales o de otro ajeno a lo social».

¹¹ Véase, JAKOBS, *Sociedad*, p.15. «Ni el sistema social ni el sistema jurídico salta por encima de su propia sombra». Esto quiere decir, que el Derecho penal no puede ser una suerte de «lacayo» de la sociedad, señalando cualquier conducta como perseguible, y a su vez, el Derecho Penal debe recordar a la sociedad que existen ciertas máximas ganadas ya históricamente, que si son dejadas de lado, el Derecho penal ya no contribuiría al mantenimiento de la identidad de la sociedad, convirtiéndose en una especie de herramienta del terror.

2. Norma

a. Durante el reino de la filosofía positivista era una forma común comprender las relaciones sociales a través de dogmas causales. Esta informaba que las relaciones sociales podían ser explicadas desde la lógica de las ciencias de la naturaleza (causa-efecto). Trasladando esta lógica al derecho penal; el comportamiento, generador de la causa o colaborador con ella, inmediatamente vinculaba a él, la consecuencia o el resultado, sin ningún filtro, más que una descripción del hecho natural¹². En este orden de ideas, las normas se convirtieron sólo en una especie de «aspiradoras»; pues podía encerrar cualquier forma de comportamiento que haya generado o colaborado con el resultado producido.

b. Más adelante apareció Armin KAUFMANN con su teoría de las normas¹³, en donde mostraba su rechazo a la tesis positivista de la norma dominante hasta ese entonces; señalando que las normas no deben ser interpretadas desde el dogma causal, sino debe tomarse la naturaleza del ser humano como origen y límite de las mismas. Esto quiere decir que, las normas deben explicarse desde la naturaleza del hombre; en pocas palabras, fundamentarse exclusivamente desde sus capacidades psico-físicas innatas del ser humano. Cuando el Derecho Penal asumió esta fundamentación a través de Armin KAUFMANN y los finalistas, entre ellos Hans WELZEL, postularon una bipartición de las normas atendiendo a la naturaleza del ser humano: Mandatos (hacer) y Prohibiciones (no hacer). A esta delimitación estructural de la norma, se le agregó un contenido también erigido desde la naturaleza del hombre: La norma se dirige al ser humano, y ésta a través de un proceso de «motivación» autodetermina las conductas de estos a evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Por esto último, si la norma se dirige al proceso psíquico del ser humano a efectos de «autodeterminar» sus futuras conductas, es desde ahí donde debe encontrar sus límites y fundamentos a la imputación. Es de esta manera que, el elemento volitivo –querer– encuentra un reconocimiento jurídico-penal; de ahí que, cuando un bien jurídico se lesione o se ponga en peligro se atienda exclusivamente en el «factor psicologista»

¹² Al respecto con abundante bibliografía; REYES, *Imputación*, pp. 8 y ss.

¹³ Para profundizar, Véase KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción 2ª ed. alemana (Gotinga, 1980), por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

a efectos de delimitar la imputación¹⁴. En este orden de ideas, las conductas eran delimitadas desde un prisma subjetivo: el elemento volitivo; y todo ello debido a que la norma «labora» o «se mueve» sólo y exclusivamente en el ámbito interno del individuo.

c. Actualmente, no podemos seguir considerando a las normas y su interpretación como meros procesos causales y/o psíquicos. Las normas al momento de asentarse en sociedad, no son «piezas de museo», las cuales permanecen inmanentes al paso del tiempo, sino éstas se llenan de contenido de la misma realidad sobre la que se asientan. Debido a esto último es que, las normas dependen no más de elementos pre-existentes a la sociedad, sino de los «fines o funciones» que la sociedad en ese entonces se represente. La sociedad de hoy, una sociedad compleja, anónima, etc, necesita que los órdenes que la regulan estén a la altura de su evolución, de ahí que las normas que sirvan a esa «ordenación» se hagan a imagen y semejanza de tal sociedad y sus necesidades, obligando a los criterios de imputación flexibilizarse a estas circunstancias. De ahí que el criterio de imputación de la «competencia» o «ámbitos de actuación», fundamentándose en las expectativas a mantener, es el que mejor representa los fines y funciones que el Derecho y, en particular, el Derecho Penal, se han propuesto: «Garantizar la identidad o constitución normativa de la sociedad», que no es otra cosa que, reconocer los actos de libertad de los ciudadanos como propios y mantener las cuotas de libertad mínimas a través del aseguramiento de los valores que favorezcan el desarrollo de las personas».

d. Hoy las normas penales son «expectativas» de conducta que recaen sobre los ciudadanos que se encuentran en sociedad, fundamentando contextualmente la «competencia» o aquel segmento de la realidad social por administrar¹⁵. Asentimos esta posición debido al alto grado de complejidad y lo anónimo de las relaciones en sociedad; de ahí que, el Derecho penal debe imputar sólo los resultados como

¹⁴ Para mayor profundidad, FEIJOO, *Retribución*, cap. II: Teorías subjetivas de la retribución. Se trata de una posición que busca una fundamentación prejurídica del delito ajena a consideraciones teleológicas. Construyen las bases del derecho penal a partir de la libertad, entendida ésta, no como espacio reconocido por el Estado, La Sociedad o el Derecho, sino como una realidad individual inherente. En este sentido; se me castiga por dirigir mi voluntad (realidad individual inherente) contra los bienes jurídicos, y no por administrar mis ámbitos de actuación (espacio reconocido por el Estado, Sociedad y Derecho) ajeno a las expectativas generadas en el contexto.

¹⁵ Véase para mayor detalle, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*. Colección de Estudios (Número IV), 1ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 26 y ss.

consecuencia de una mala administración de los ámbitos de actuación y con ello, una desviación de su competencia. La Competencia – para otros el rol– es el elemento «objetivo» que ayuda con seguridad a delimitar los espacios de punibilidad dentro de una sociedad con características muy distintas a pretéritas, en donde los criterios de imputación creados para éstas, hoy en día no servirían por completo.

3. Persona

a. El concepto de persona ya no puede ser el proceso mecánico y biológico como lo entendía el positivismo naturalista; es decir, se es persona, en tanto y en cuanto el ser humano este compuesto de tejidos, órganos, sistemas y/o aparatos, que permitan un funcionamiento y locomoción de su cuerpo, siendo esto, a tomar en cuenta por el Derecho Penal¹⁶.

b. El concepto de persona tampoco es definida como una unidad psico-física; es decir, se es persona, en tanto y en cuanto el ser humano goce de conciencia y voluntad; de ahí que el Derecho penal desvalore los comportamientos desde su actividad subjetiva¹⁷.

c. El concepto de persona es un concepto normativo que parte de una determinada valoración; es decir, desde los fines del Derecho pe-

«Toda interacción humana se encuentra estructurada con base en expectativas». A modo de ejemplo : Juan le presta dinero a Carlos , no porque éste sea un sujeto honesto, de una familia de alta reputación, o tal vez porque no tenga ningún vicio ; en pocas palabras, porque lo «conoce», pero esto solo se puede dar a nivel de la relaciones de comunidades pequeñas o cerradas, hoy en día, somos parte de una sociedad compleja, y lo que permite que Juan le preste dinero a Carlitos , es que ambos se rigen por un sistema de normas que los vincula. A pesar que yo «conozca» todas las cualidades de una persona, ésta puede defraudar, y Juan no puede sustentarse: ¡Yo te preste porque eres un sujeto probo! , sino el sustento debe descansar: ¡Yo te preste porque el mundo objetivo que nos vincula nos toma como sujetos autorresponsables!

¹⁶ Véase, FEIJOO, *El Injusto*, p.29 y ss. GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 1995, p. 99. Llevar este concepto de persona al mundo del Derecho Penal, llevaría a legitimar la Prevención Especial como criterio principal de intervención de aquél; ya que ve a la persona como un ser peligroso (inimputables), similar cualidad que puede existir en los animales y cosas.

¹⁷ Véase, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1994, pp. 24 y ss. FEIJOO, *El Injusto*, p. 33 y ss. GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 83. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, BdeF, Montevideo, 2003, p. 67 y ss. Asumir un concepto de persona como éste, es reconocer a la teoría de la prevención general negativa el fundamento de intervención del Derecho Penal; es decir, ver generalmente en la amenaza y la intimidación el medio de control de nuevas tendencias delictivas, dado que ve a las personas como meros procesos psíquicos.

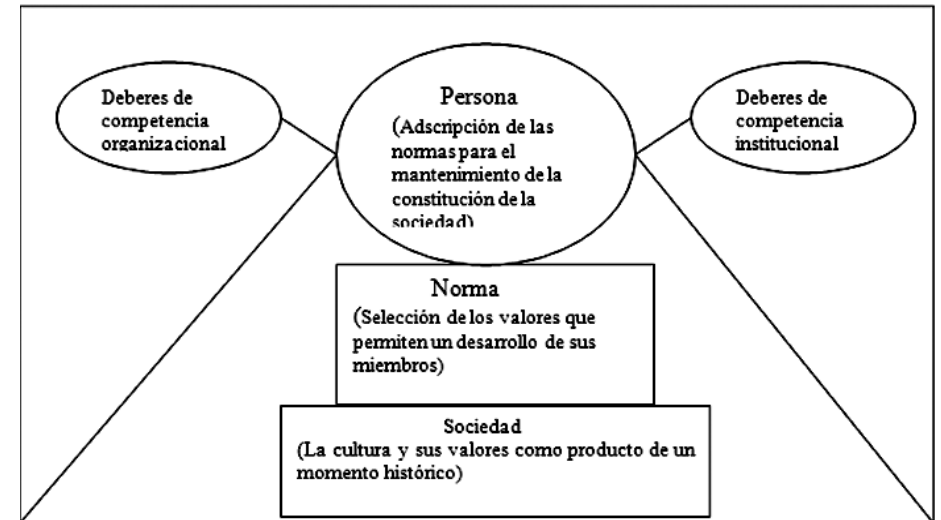
nal se construye su concepto¹⁸. Siendo el fin del derecho penal el garantizar la identidad normativa o la constitución de la sociedad a través del aseguramiento de los valores que favorezcan el desarrollo de las personas, éstas se definen como centros de imputación sobre los cuales recaen expectativas fundamentando sus ámbitos de competencia a fin de que mantengan la normatividad de la sociedad y así asegurar las posibilidades de progreso de todos.

d. Persona es todo aquel ser humano a quien se le adscribe derechos y/u obligaciones. Son las normas, las que permiten a los seres humanos poder «comprenderse», pues antes de las mismas, son los códigos de satisfacción/insatisfacción los que gobiernan sus relaciones similares a los animales. Una vez adscrito los derechos y/u obligaciones sobre las personas, ésta puede ingresar al contacto social y ser partícipe de la misma, ya sea bajo una situación pasiva (víctima de un delito, heredero de una fortuna, etc.) o una situación activa (autor o partícipe de un delito, firmar un testamento, etc.). La Persona, no es un ente aislado de la sociedad; por el contrario, la persona «encarna» a la sociedad al momento que se le adscriben estas «cargas jurídicas» a través de las expectativas.

Era más que necesario desarrollar estos previos conceptos; pues soy de la consideración que para una correcta interpretación de las categorías jurídico-penales, es menester, vincularlas a una comprensión de la persona, norma y sociedad. Si no partimos de esta comprensión, dejamos abierta la puerta a la arbitrariedad de los intérpretes no sólo de la ley penal y de sus instituciones dogmática-penales como la imputación objetiva, el dolo, la legítima defensa, el error de prohibición, etc. (consecuencia del sistema jurídico-penal); sino –y más desestabilizador– de los propios fundamentos y bases de tal sistema

¹⁸ Véase, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El injusto penal*, p. 28. «Si el Derecho penal le imputa acciones antijurídicas a personas y penas como consecuencia de esas acciones antijurídicas, el Derecho penal ha de respetar, a la hora de cumplir su función, la visión que el ordenamiento jurídico tiene de sus ciudadanos». Una posición distinta, GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2008, pp. 58 y ss. Id., *Derecho Penal Económico. Parte general*, 2ª ed., t. I, Lima, 2007, pp. 34 y ss. El Prof. GARCÍA CAVERO considera necesario tomar un concepto ontológico de persona, para encontrar los límites de la intervención del Derecho Penal. Sin embargo consideramos incorrecto lo planteado si queremos elaborar un sistema de imputación abierto a las necesidades sociales –como él plantea–; por lo tanto, nosotros buscamos en cambio los límites a la intervención en la relación del hombre con el medio que interactúa, y no en el hombre mismo. En este orden de ideas, son los valores y las instituciones que desarrollan y promueven el progreso del hombre, los idóneos límites a tomar en cuenta, y no una «realidad inmutable» desligada de su significado.

como pueden ser los principios y garantías sobre los cuales se levanta éste. La dogmática actual, tiene la ardua labor de «actualizar» los mecanismos de imputación a la realidad social¹⁹; es decir, no hacia una dogmática inmutable y atemporal, sino a una dogmática abierta a los cambios sociales, de tal manera que sus soluciones sean «contextualizadas» en relación a las necesidades sociales²⁰. De ahí que defendamos que los aspectos constitutivos del orden social: Sociedad-Norma-Persona, estén atravesados por el fin que cumple el Derecho Penal: «Garantizar la identidad o constitución de la sociedad a través de la reestabilización de expectativas legitimadas institucionalmente asegurando las posibilidades de desarrollo de las personas»²¹.



¹⁹ Un ejemplo de actualización de los mecanismos de imputación de acuerdo a las nuevas necesidades sociales véase, VALDEZ SILVA, Francisco, «El delito de parricidio. Una reformulación de su fundamento a partir de un nuevo concepto de familia» en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. IV, Gaceta Jurídica, 2009, Lima, pp. 96 y ss.

²⁰ Véase, JAKOBS, *Sociedad*, pp. 13. «Todas las instituciones dogmáticas dignas de mención en el derecho penal moderno, desde la imputación objetivo hasta el concepto normativo de culpabilidad, desde la posibilidad de excluir la responsabilidad en caso de desconocimiento de la norma hasta la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por injerencia, etc., no podrían haberse desarrollado desde una perspectiva puramente interna al sistema jurídico que no tuviera en cuenta la función de la normatividad jurídica» (las negritas son nuestras).

²¹ Un desarrollo de los fines y funciones del derecho penal desde el concepto de pena en, VALDEZ SILVA, Francisco, «¿Cómo legitimamos la pena? A propósito de una revisión de sus fines y funciones a la luz de la misión del Derecho penal de hoy», en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 66, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009, Lima, pp. 347 y ss.

Bernardo FEJOO señala: «Lo único que cabe hacer, un trabajo que merezca el calificativo de científico, es exponer la perspectiva que se ha adoptado de partida en la medida en la que ella condiciona el discurso de la obra y las conclusiones a las que se llegue»²². Atendiendo a estas palabras, es la razón por la que motivó a inicialmente dejar sentado los fundamentos y conceptos básicos, los cuales explicarán y fundamentarán la institución del Dolo.

III. El dolo

1. Concepto: ¿empírico o normativo?

a. Con buen razonamiento el legislador nacional no ha dado una definición del dolo a diferencia del legislador de 1924. Celebramos tal decisión porque la categoría del dolo no es un «fósil» que se mantenga incólume al paso del tiempo, por el contrario, éste debe atender al carácter dinámico de la sociedad; es decir, a la comprensión de sociedad-norma-persona en un contexto determinado. Como vemos, antes de aventurarnos a señalar como se define un comportamiento a título de dolo, se debe primero captar la normatividad de la sociedad, para así adaptar tal categoría a las nuevas necesidades que muestra ésta. Esto último lo hemos dejado claro en nuestra primera parte de nuestro artículo.

b. La definición del dolo esta condicionada por los fines del Derecho Penal. Si aún mantenemos la tesis que el fin principal es la protección exclusiva de bienes jurídicos frente a ataques dirigidos a lesionarlos, resulta lógico considerar que el dolo será definido como la conducta que contiene una voluntad específica de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. El dolo no será otra cosa que la descripción del lado natural de la realidad delictiva, es decir, solo atender a la vinculación subjetiva entre la voluntad del agente y el resultado producido, desatendiendo el lado normativo, al proceso de imputación de la conducta²³.

c. Actualmente, el fin del Derecho Penal pasa en realidad por el garantizar la constitución o identidad normativa de la sociedad, es decir, asegurar las condiciones mínimas de desarrollo de las personas

²² FEJOO, *Retribución*, p. 2.

²³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 100 y ss. Una comprensión normativa del dolo debe llevar a la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni se verifica, similar a las ciencias empíricas, sino se imputa.

a través de la reestabilización de expectativas. De este fin se desprende que, el derecho penal pone como elemento legitimante de su intervención un carácter objetivo para cumplir sus fines, por lo tanto, el dolo, elemento del engranaje del delito, debe reproducir estos fines en su definición. El derecho penal no debe evitar voluntades dirigidas a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, sino debe introducir un elemento con el cual pueda imputar los comportamientos y no sólo describirlos, y éste es el «riesgo», de ahí que, sea interés del derecho penal evitar la creación de riesgos prohibidos como producto de la desviación de expectativas de conducta institucionalmente garantizadas. En este orden de ideas, el dolo es la información²⁴ que poseen los agentes, que los riesgos administrados por ellos, derivados de su ámbito de actuación, producirán un resultado o están en la capacidad de producirlo.

2. Determinación: ¿descripción o imputación?

a. La determinación de la responsabilidad penal no se hace desde la perspectiva interna del autor; sino desde afuera. La lectura que se hace de la disposición interna del autor se hace a través de filtros necesariamente objetivos, y estos son los criterios asumidos por el Derecho penal a partir de sus fines. La Sociedad al observar en su seno relaciones altamente complejas, anónimas e impersonales debe desarrollar formas de regulación de las mismas que estén a la altura de las necesidades sociales; de ahí que, invite a delimitar y regular los ámbitos de libertad para reducir tal grado de complejidad a partir de «competencias» o «ámbitos de actuación», es decir, de espacios de administración de libertades en función al contexto en que nos encontremos. Siendo el delito –en la actualidad– definido como la infracción de la norma, es decir, el alejamiento del agente respecto de sus competencias asignadas, resulta lógico que los criterios de imputación a nivel de la imputación subjetiva se asentarán en la idea de la competencia o ámbito de actuación.

b. El objeto del dolo es el conocimiento de la capacidad lesiva del riesgo no permitido, sin embargo, ello no es suficiente para la imputa-

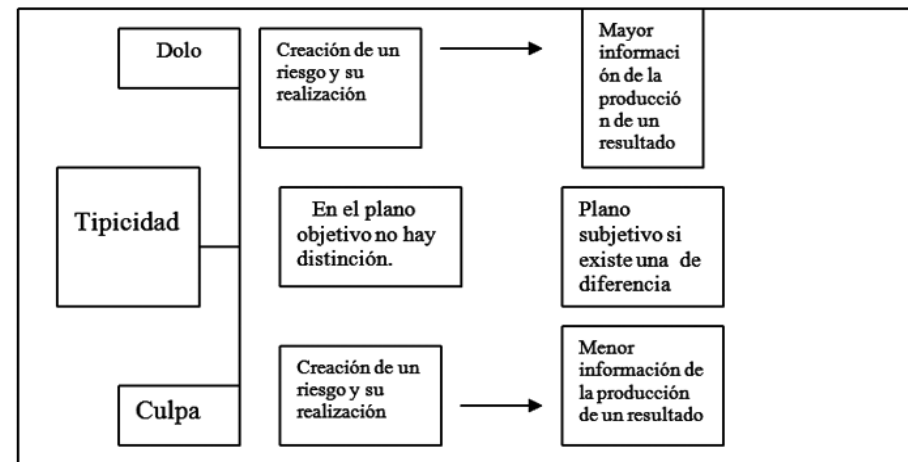
²⁴ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 24. Si bien es cierto, el Prof. FEJOO toma como elemento determinante a la «información» para la configuración del dolo; no le otorga un real contenido normativo, dado que, lleva a un sinónimo los términos «conocimiento» e «información».

ción a título de dolo desde nuestro sentir; pues si bien es cierto el agente conoce que el riesgo generado abriga una capacidad perturbadora sobre los bienes jurídicos, no fundamenta una responsabilidad penal, pues podría ser también, como consecuencia, no de una mala organización de sus ámbitos de actuación. Por lo tanto, de interés del derecho penal no es cualquier conocimiento, sino sólo aquel que conecta con su competencia. Los ámbitos de competencia «informan» cuales son los riesgos a administrar, por ende, el dolo se determina desde afuera, nunca desde adentro, a fin de comprobar si el agente poseía un mayor grado de información (dolo) o menor (imprudencia) respecto a los riesgos a gestionar, al momento de cometerse el hecho delictivo

d. Concluyendo, El dolo es la «información» que posee el agente con respecto a la creación de riesgos no permitidos, sí solo sí, estos conectan con su esfera de competencia; ahora bien, elegimos tal alternativa porque los elementos voluntad y conocimiento, que hasta la actualidad han intentado resolver los problemas que aquejan al dolo en su definición y determinación, no satisfacen las necesidades actuales del sistema penal; y por ende, no brindan una respuesta normativa al problema. El primero de ellos, porque en la actualidad no enarbolamos un derecho penal de voluntad, sino de acto; es decir, al derecho penal no le interesa las meras voluntades, sino la «objetivización» de las mismas, en este caso, a partir de la desviación de las expectativas adscriptas inicialmente al agente reconocidas en un ámbito de competencia. El segundo de ellos, porque el dolo no se define desde adentro (¿Qué conocí?) hacia fuera (¿Lo que conozco me era previsible evitar de acuerdo a las circunstancias dadas?), sino por el contrario debe hacerse sobre la base de ciertos datos objetivos que evidencian las disposiciones internas del autor. El conocimiento no puede ser extraído, sino es la «información» que contiene éste, la que se extrae a partir de un proceso de objetivización, respaldado en los ámbitos de competencia que ostentan los sujetos²⁵. El conocimiento es la base real de donde el Derecho penal se asienta, sin embargo procesa los contenidos brindados por aquel desde el interés de éste, ya que

²⁵ GARCIA CAVERO, Percy, «La normativización del dolo en el Derecho Penal. ¿Por qué no debe entenderse más al dolo como conocimiento y voluntad?», en *Actualidad Penal* N° 139, Gaceta Jurídica, p. 85. «No se verifica ningún conocimiento psicológico del autor, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor sobre la base de criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal». (las negritas son nuestras).

cualquier conocimiento no es de su simpatía, sólo la «información» necesaria para imputar un comportamiento a título de dolo. La información contiene el contenido normativo del dolo.



IV. Caso

a) Juan, luego de dos años de ahorros, decide comprar un automóvil de segunda; para ello revisa los avisos de un diario, encontrando un automóvil de su preferencia; finalmente se dirige a la dirección señalada. Al momento que él llega, detrás de él, aparece Luis, el actual novio de María, su ex novia, con las mismas intenciones de adquirir el mismo auto. El vendedor muestra el carro primero a Juan, ya que él llegó a su domicilio primero, invitándolo a que conduzca el automóvil para que compruebe la calidad del mismo sobre las pistas. Durante la conducción Juan se percató que el automóvil está sufriendo una falla: Los frenos están a punto de vaciarse. Recordando que el actual novio de su ex, utilizará el auto después de él, decide detener el automóvil y retirarse sin mencionar comentario alguno de la «falla mecánica». Efectivamente cuando Luis se encuentra conduciendo los frenos no funcionaron adecuadamente, produciéndose una colusión contra a un camión de combustible, pereciendo Luis, María y el vendedor.

La pregunta que salta a la vista es: ¿Juan es responsable jurídicamente de la muerte de los ocupantes del automóvil? Teniendo en cuenta que el conocía de las condiciones en las cuales se encontraba el automóvil, y a partir de tal conocimiento, dirigió su voluntad hacia la lesión de bienes jurídico como la vida de sus ocupantes.

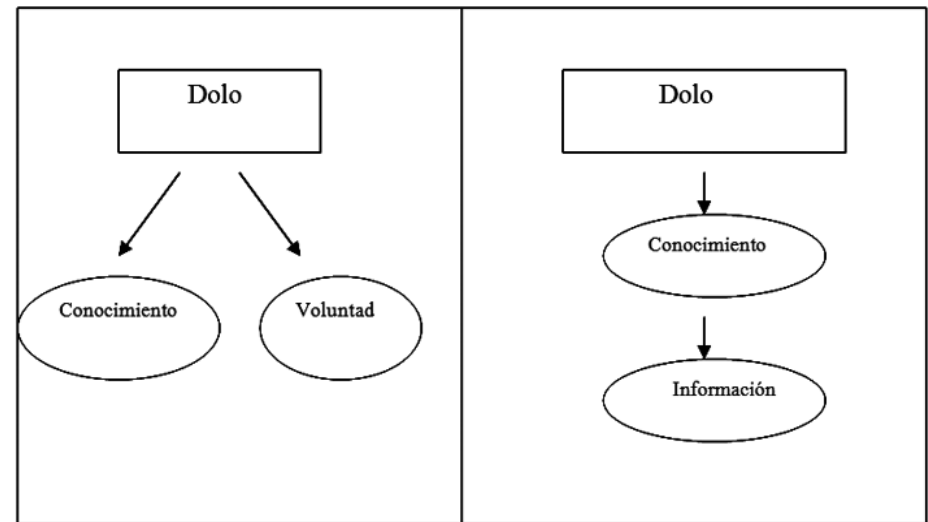
Respuesta tradicional:

Sí, Juan es responsable; porque el tuvo conocimiento y voluntad de realizar el hecho delictivo. Conocimiento, porque durante la conducción del auto se percató de la falla gracias a su experiencia de conducción de 15 años; y voluntad, porque a partir de los conocimientos asumidos, dirige su voluntad hacia la lesión de bienes jurídicos ajenos.

Respuesta que proponemos:

Juan no es responsable; porque atendiendo a todos los fundamentos iniciales desarrollados en el artículo, el Derecho penal al momento de hacerse la pregunta si tal conducta es delictiva o no, debe «valorar» ésta desde los fines del Derecho para la sociedad y no desde las consideraciones internas del agente; es decir, tomando presupuestos objetivos (*competencia o ámbitos de actuación*) para su análisis; por ello la pregunta idónea sería: ¿Juan era competente de evitar la muerte de los ocupantes del automóvil? ¿Ingresaba a su ámbito de actuación la administración de esos riesgos para terceros? Juan no tenía ninguna obligación jurídica penal de evitar la lesión de los bienes jurídicos ajenos, pues los riesgos que se presentaron en ese contexto, no pertenecían a su ámbito de actuación, y por ende, el deber de administrarlos conforme a derecho; sin embargo, estos últimos si pudieran recaer, en el mecánico del vendedor, pues antes de ofrecerlo en venta, éste lo llevó a su mecánico de confianza para que solucione todas sus fallas posibles, o quizás también en el caso de no llevarlo a un mecánico, la responsabilidad recaería en el propio vendedor, ya que debe asegurarse que los bienes que ingresan al tráfico social por él, el riesgo que genera ello, debe encontrarse asegurado (No puedo hacer uso de mi automóvil si los frenos se encuentran averiados, no puedo hacer uso de un arma, si no cuento con la licencia que certifique mi posesión y sobre todo la forma de uso). En líneas generales, la conducta desarrollada por Juan no tiene la calidad de delictiva, pues su ámbito de actuación nunca se desarrolló ajena a derecho, pues no existía en él, la obligación de actuar, ya que los riesgos a administrar, le eran competentes a sujetos distintos a él (mecánico o el propio vendedor). Se desprende también, que su conducta no fue dolosa pues atendiendo a que la competencia ostentada delimita los conocimientos a tomar en cuenta en la imputación; no obstante, los que goza Juan en el actual caso (percatarse de una falla de los frenos), no se conecta con su ámbito de actuación desarrollados en ese contexto (comprador de un

automóvil, y conductor de un automóvil), por ello el nexo «Información», se ve quebrado.

**V. Conclusiones**

a. Los conceptos de sociedad, norma y persona, ayudan a comprender y a mostrar cuales son las reales y actuales necesidades que están presentes en un marco histórico concreto, conociendo esto último, el Derecho Penal puede actualizar sus contenidos a las actuales necesidades del medio, generándose una legitimidad material justa y eficaz.

b. Un comportamiento para que alcance la categoría de al menos típico, debe atravesar no sólo un filtro objetivo, es decir evaluar si el riesgo a administrar le era competente, sino también que atraviese un tamiz subjetivo, es decir, una vez el riesgo manifestado se ha conectado con su competencia, determinar cual era el grado de «información» que poseía el agente, sólo en atención a los conocimientos que exige el ámbito de actuación administrado.

c. El dolo no es la voluntad dirigida a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; sino es la información que posee el agente respecto a los riesgos no permitidos generados por una desviación de su ámbito de actuación. El lado normativo del dolo se encuentra en «la información» extraída del conocimiento de la aptitud lesiva de los riesgos administrados.

d. El dolo no se determina desde la averiguación de lo que sucedía en la mente del sujeto al momento de la comisión del hecho, sino sobre la referencia de criterios sociales (La competencia ostentada en ese contexto) es la que «informará» si el agente contaba con la información idónea para la imputación a título de dolo, o si ésta era mínima (imprudente).

BIEN JURÍDICO: EVOLUCIÓN, PRINCIPALES POSTURAS Y SU CONCEPTUALIZACIÓN ACTUAL

ERICK RONY VÁSQUEZ GUEVARA¹

¹ Estudiante del Cuarto Año de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro del Taller de Especialización en Ciencias Penales de la UNFV.

Hasta hace algunos años se consideraba que la institución denominada «bien jurídico» era uno de los conceptos más estables en la dogmática penal; pues a pesar de su controvertida y problemática trayectoria jurídica se encontraba sólida en sus pilares dogmáticos. No obstante, hace algunos años, desde diversas perspectivas, la firmeza del concepto de bien jurídico ha sido puesta en el centro del debate, de una parte replanteándola –como ha sido su extensa historia-, o de otra, aboliendo su validez como concepto jurídico-penal. Por lo que, creemos conveniente realizar una revisión histórica del concepto de bien jurídico a efectos de una mejor comprensión del concepto que proponemos.

1. Antecedentes

Los antecedentes más remotos del concepto de bien jurídico lo encontramos en el periodo posterior a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, bajo la influencia del Iluminismo.

Durante este periodo político e intelectual surgieron diversos cambios en la sociedad y en el ámbito jurídico: la agresión a Dios o a su representante (el soberano) ya no era considerado un delito, equiparado para entonces a un pecado, pues el delito se configuraba como una agresión a las condiciones de vida social².

En este contexto político-social P. J. A. R. von FEUERBACH señala que el Derecho penal está abocado a proteger derechos subjetivos³.

² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1992, p. 14, «La retribución del delito sucede a la expiación del pecado, la razón divina es reemplazada por la razón de Estado, la ley divina por la ley de los hombres».

³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 65, «Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)».

Esto significa que al protegerse derechos subjetivos se está reconociendo el orden legal de una esfera de poder a un individuo, quien se encuentra autorizado para que dentro de su esfera pueda defender sus intereses personales⁴.

De esta manera, en comparación con el periodo jurídico anterior, el concepto iusprivatista del objeto de protección del Derecho penal que propone FEUERBACH se manifiesta en un doble aspecto: a) de carácter sistemático funcional, pues se restringen la punibilidad de determinadas conductas que lesionen derechos subjetivos anteponiendo una barrera infranqueable a la arbitrariedad y la indeterminación; y, b) de carácter concreto - inmanente, pues al fundamentarse en la teoría del contrato social se logra proteger también los derechos de los individuos en una esfera concreta de la libertad personal⁵.

2. La primera noción de «bien jurídico»

Durante el periodo histórico denominado «Restauración» la Escuela Histórica del Derecho liderada por SAVIGNY iba a otorgarle un novedoso método a la Ciencia del Derecho: preconizó la supremacía del derecho positivo sobre el derecho natural; concibió al derecho como una ciencia constructivo-formal; negó el carácter racional del Derecho afirmando que el Derecho es una creación histórica y espiritual de los pueblos⁶.

Bajo este orden del desarrollo de las ideas jurídicas, la propuesta de FEUERBACH encuentra diversas críticas pues la lesión de un derecho como elemento del delito era válido solamente en algunos casos. Por lo que, el objeto de protección del Derecho penal no encontraba una base sólida para defenderse de sus críticos; contexto que permitió que, en 1834 BIRNBAUM proponga un nuevo objeto de protección del Derecho Penal criticando la postura sostenida por FEUERBACH⁷.

⁴ ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 38.

⁵ TAVARES, Juarez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 17 y ss.

⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 21 y ss.

⁷ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, 4ª ed., traducido por Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 65 y ss. Vid. también TAVARES, Juarez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 17.

BIRNBAUM señala que cuando se produce un delito entendido como lesión, «lo esencial es (...) relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien»⁸. De esta manera, cuando se nos despoja, sustrae y/o disminuye algo que es considerado para nosotros como un «bien» éste será concebido como objeto de nuestro derecho. En consecuencia, nuestro derecho no puede verse afectado ya que éste nunca desaparece, pues lo que se afecta de manera directa es ese «bien», en ese sentido, BIRNBAUM define al delito como «toda lesión o puesta en peligro de bienes atribuibles al querer humano»; sin embargo, creemos conveniente resaltar que el concepto de «bien» pertenece a la esfera prejurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas y desde esta esfera es llevada al ámbito del delito⁹.

3. Consolidación del concepto de bien jurídico

Bajo la influencia del movimiento positivista, de carácter científico, liderado por Augusto COMTE, el método de investigación jurídica pasa a ser el derecho positivo¹⁰, considerado acriticamente como una realidad dada, exento de todo juicio de valoración y de toda especulación filosófica, que en el derecho penal se concretiza en el Código Penal de 1871¹¹. De esta manera, en la dogmática penal el positivismo encuentra controvertidas opiniones formuladas desde las concepciones de BINDING y VON LISZT.

3.1. Karl Binding y el concepto de bien jurídico

Karl BINDING desarrolló una concepción jurídica cuyo fundamento se encuentra en el derecho positivo. De esta manera postula que la esencia del Derecho penal está integrada por normas que son deducibles de las leyes penales consistentes en un imperativo que ordena o prohíbe la realización de determinadas conductas¹². En ese orden de ideas llega a postular que el delincuente con su accionar lesiona la norma jurídica y adecúa su conducta a la ley penal¹³.

⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 21 y ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹² *Ibidem*, pp. 38 y ss.

¹³ TAVARES, Juarez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 23-24.

Así pues, para BINDING el delito es la lesión de un derecho subjetivo¹⁴ del Estado. Sin embargo, esta definición formal del delito lo dirige a preguntarse por una definición material del mismo, ya que en su concepción formal del delito no era reconocible la diferencia existente entre las infracciones administrativas y los delitos en sí. En esa búsqueda material se apoya del fin de las normas para señalar que lo que protege el Derecho penal son bienes jurídicos¹⁵. En otros términos, la única manera de lesionar un derecho subjetivo es a través de la lesión de bienes jurídicos; por tanto, el bien jurídico es el principal objeto del delito. De esta manera, BINDING señala que bienes jurídicos son todos los objetos cosificados de los derechos, son la vida, la salud, la libertad, etc.

3.2. Franz von Liszt y el concepto de bien jurídico

Para proponer su definición de «bien jurídico» Franz von LISZT, precisa distinguir entre una ciencia normativa y las demás ciencias penales, es decir, diferenciar la dogmática penal de la política criminal¹⁶. Pues en el límite entre ambas se ubica el bien jurídico. De esta manera, el bien jurídico se convierte en el punto de encuentro del Derecho penal y las otras ciencias a través de la política criminal.

En ese sentido, el profesor de Berlín se aleja de la definición de «bien jurídico» defendida por Karl BINDING, pues no admite la creación de un bien jurídico a través del legislador¹⁷, por lo que, VON LISZT

¹⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 40, entendido como «un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio».

¹⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 41, «el legislador busca las condiciones concretas para una sana vida en común, fijando su vista con mucho más energía que en los derechos, en personas, objetos y estados. Busca más en dichas condiciones lo que yo llamo el lado contrario: la sustancia que la agresión perturbadora del derecho realza y atrae. Y con ello se ha encontrado el objeto de la inmediata necesidad de la pena: este se transforma en objeto de la norma y su lesión se acuñará como hecho punible (...) por su calidad de bienes para la vida jurídica.» Vid. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I*, 4ª edición totalmente reelaborada, traducido por Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 65.

¹⁶ TAVARES, Juarez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 24 y ss.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I*. 4ª ed., traducido por Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 65.

¹⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed., t. II, traducción de Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1926, p. 2, criticando a Karl BINDING: «Un bien jurídico no es un bien del Derecho, sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho. Puede ser protegido, aunque no es necesario, por la concesión de un derecho subjetivo.»

señala: «llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.¹⁸»

De esta manera, el bien jurídico se constituye como un concepto perteneciente a la teoría general del derecho, representando los intereses de todas las personas en sus relaciones vitales, de tal modo que cuando son asumidas por el derecho se transforman en relaciones jurídicas¹⁹.

4. Los neokantianos y la valoración del bien jurídico

En el plano del Derecho Penal los seguidores del neokantismo desarrollan su teoría jurídica desde las cátedras de la Escuela Sudoccidental alemana y estos esfuerzos se ven cristalizados en la Constitución de Weimar. Esta Escuela enfatiza la existencia de una multiplicidad de métodos en las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, ubicando como base filosófica de ambas la filosofía de los valores²⁰.

De esta manera, en el ámbito del bien jurídico el relativismo de carácter neokantiano se manifiesta en dos vertientes: a) quienes postulan que el bien jurídico cumple una función teleológica, y b) quienes conciben al bien jurídico como un bien de la cultura.

4.1. El bien jurídico como función teleológica

Los seguidores de esta postura jurídica logran equiparar a través de la influencia del neokantismo jurídico los conceptos de valor y fin. De esta manera, el concepto de bien jurídico es desarrollado desde una perspectiva teleológica, es decir, desde la capacidad de instituirse en un juicio de interpretación partiendo de su fin de protección o de su valor protegido²¹.

En ese sentido, HONIG²² en 1919 define al bien jurídico como una fórmula sintética en la que «el legislador ha reconocido el fin que per-

¹⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, t. II, op. cit., p. 2.

¹⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 48.

²⁰ *Ibidem*, p. 62.

²¹ *Ibidem*.

²² STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., traducido por Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 65.

sigue cada una de las prescripciones penales (...) y como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares.²³» En ese sentido, se puede aseverar que HONIG logra encontrar el espíritu de los bienes jurídicos soslayando y eliminando todo contenido material del mismo²⁴.

4.2. El bien jurídico como concepto cultural

Esta postura también desarrollada por los estudiosos de la Escuela Sudoccidental alemana, liderados por Eric WOLF sostiene que desde la perspectiva de los planteamientos neokantianos la ciencia del Derecho Penal es una ciencia de la cultura cuya finalidad es precisamente proteger la cultura social (lugar donde se ubica la ética). En ese sentido, la finalidad del Derecho es la protección de los bienes culturales sociales, y cuando se protegen estos bienes desde los lineamientos del derecho penal estos bienes culturales sociales adquieren la forma de bienes jurídicos²⁵.

Para WOLF la lesión de un bien de la cultura es la lesión realizada a un interés, pero éste necesita del reconocimiento del Estado para convertirse en bien jurídico: este es el proceso de conversión de un bien cultural en un bien jurídico. En ese sentido, WOLF declara que los bienes jurídicos son como «eslabones» entre el mundo de los valores ideales y la realidad. De ahí que la lesión de un bien jurídico es un acontecer de la realidad plena de la cultura²⁶.

5. El concepto de bien jurídico en el periodo de la posguerra

Durante el gobierno del Partido Nacional Socialista (NAZI), se produjeron en Alemania cambios en diversos sectores: político, social y económico. En el plano político, para la ideología de los Nazis el núcleo del estado es el pueblo entendido un ser con identidad propia por encima de los individuos ligados por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, presentes y futuras²⁷. Desde esta perspectiva,

²³ Honig, citado en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pp. 62-63.

²⁴ TAVARES, Juarez E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2004, pp.27-28.

²⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., p. 65.

²⁶ *Ibidem*, p. 66.

²⁷ *Ibidem*, p. 69.

el delito se definía como la traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán. Concepciones como ésta fueron desarrolladas desde la Escuela de Kiel bajo la dirección de Friedrich SCHAFFSTEIN y Georg DAHM. De esta manera, bajo la influencia ideológica Nazi el bien jurídico es suprimido en el plano del Derecho penal ya que lo único importante es el Estado y su fidelidad a él²⁸.

No obstante, con la victoria de los países Aliados (URSS, EE.UU., Inglaterra) sobre los países del Eje (Alemania, España, Italia) la dogmática penal en Alemania retornará a seguir el camino de la evolución jurídica²⁹, hecho que se verá plasmado con la promulgación de la Ley Fundamental de 1949 en la República Federal Alemana.

6. La concepción de bien jurídico en el Finalismo

La teoría de la acción final desarrollada por Hans WELZEL se enfrentó al Sistema Causalista de la teoría del delito reformulando sus diversos planteamientos en el ámbito de la dogmática penal. De esta manera, WELZEL proponía que la misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores fundamentales de la conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión en la protección de los bienes jurídicos particulares³⁰. En ese sentido, para WELZEL, un bien jurídico se constituye como un bien vital de la comunidad o del propio individuo, que por su importancia de carácter social es protegido jurídicamente por el Estado³¹.

Expresa además que «la realidad social del derecho es totalmente diferente: en la realidad sólo hay bienes jurídicos cuando y en tanto estén en 'función', esto es, en tanto que sean efectivos en la vida social y estén en ella recibiendo influencia. Vida, salud, libertad, propiedad, etc. no están simplemente 'allí', sino que su esencia es estar-en-función, esto es, influyendo y siendo influenciados por la relación social³²».

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*, t. II: *Control Social y otros estudios*, ARA Editores, Lima, 2005, p. 132.

²⁹ Debemos resaltar que tras la Segunda Guerra Mundial, Alemania quedó dividida en República Federal Alemana con una economía de carácter capitalista, y República Democrática Alemana con un modelo económico socialista.

³⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª ed. castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 5.

³¹ WELZEL, Hans, op. cit., p. 5.

³² WELZEL citado en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., p. 87.

En ese sentido, el padre del finalismo lanza una crítica señalando que el Derecho penal no realiza una labor absoluta de protección de bienes jurídicos ya que estos se encuentran en constante actividad en el plano social y, por tanto, se encuentran en constante peligro³³. Así, el Derecho Penal al proteger los valores ético-sociales logra proteger a los bienes jurídicos de cualquier tipo de lesión ocasionada por el continuo contacto social.

7. Concepto de bien jurídico en el funcionalismo teleológico

Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, el profesor de Múnich, Claus ROXIN elabora un concepto de bien jurídico para el Derecho penal. En ese sentido, la protección de bienes jurídicos no se realiza exclusivamente a través del Derecho penal pues todo el ordenamiento jurídico también posee como finalidad la protección de bienes jurídicos³⁴. De tal modo, que el Derecho penal interviene en la protección de determinados bienes jurídicos cuando se hayan agotado los mecanismos de protección de las demás ramas que constituyen el ordenamiento jurídico de un Estado.

Por ello, se deducen como pilares del Derecho penal el principio de *ultima ratio* y el principio de fragmentariedad. El primero, por ser el último en razón que su objeto de regulación jurídica que interviene para reestabilizar el orden social. Por otra parte, es fragmentario pues no protege todos los bienes jurídicos existentes sino aquellos más imprescindibles para el desarrollo del hombre en la sociedad.

De allí, que para ROXIN los bienes jurídicos se define como aquellas «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.³⁵»

De esta definición ROXIN deriva algunas proposiciones jurídicas³⁶:
1.- Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos; 2.- Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes ju-

³³ WELZEL, Hans, *op. cit.*, p. 5.

³⁴ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, *op. cit.*, pp. 122-123.

³⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

³⁶ *Vid.* ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

rídicos; 3.- Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos; 4.- Las contravenciones lesionan bienes jurídicos.

8. Concepto de vigencia de la norma en el funcionalismo normativista

La teoría funcionalista dirigida por Günther JAKOBS sostiene que el fin del Derecho penal es la protección de la vigencia de la norma. Los partidarios de esta doctrina argumentan a) que los bienes jurídicos poseen un carácter percedero, esto es, que no garantiza la existencia perenne de los bienes jurídicos ya que estos pueden deteriorarse o extinguirse a causa del paso del tiempo; b) que en todos los casos no se vulneran bienes jurídicos sino expectativas normativas; c) que carecen de sentido jurídico-penal; y d) que el ordenamiento jurídico pone en marcha su mecanismo de protección una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro³⁷.

Es así que el profesor de Bonn señala que «el mandato no puede rezar ‘no causes la lesión de un bien’, sino debe decir ‘no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al Derecho’, y esto, en el caso de los deberes que corresponden a todos, ‘no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona’³⁸. Y, partiendo de esta base teórica, sustenta la estructura siguiente: «el autor que desempeña el rol de una persona libre, configura el mundo sin tomar en consideración la norma, configura, por tanto, una sociedad de estructura distinta. Mediante el pronunciamiento de culpabilidad el hecho se atribuye no a la libertad personal, sino a la voluntad particular del autor, y esta atribución es configurada privando al autor de los medios de desarrollo en cuanto instrumento de mero arbitrio³⁹».

9. Concepto de bien jurídico de la denominada Escuela de Frankfurt

El concepto de bien jurídico defendido por los integrantes y seguidores de la Escuela de Frankfurt tiene su sustento en los postulados propuestos por su máximo representante Winfried HASSEMER. Esta

³⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004, pp. 237 y ss. Véase también en *Introducción al Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 153.

³⁸ JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o vigencia de la norma?*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 29.

³⁹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pp. 60-61.

posición postula que los bienes jurídicos se encuentran orientados a la praxis que tiene como principal trabajo desarrollar los conocimientos de la experiencia científica, y para ello clasifica a los bienes jurídicos en trascendentes e inmanentes. De esta manera, el bien jurídico no solo es concebido como un concepto meramente normativo sino dinámico pues de él se derivan las directrices necesarias para una eficaz política criminal racional⁴⁰.

La Escuela de Frankfurt postula un Derecho penal nuclear que tiene como fundamento una teoría personal del bien jurídico que consiste en reconocer como bien jurídico un interés humano de protección jurídico-penal. En ese orden de ideas, los bienes jurídicos individuales se transforman en el eje central de la teoría del bien jurídico: la teoría de los denominados bienes jurídicos colectivos o universales sólo podrían ser posibles a través de una protección mediata de los bienes jurídicos individuales⁴¹. De esta manera, HASSEMER propone realizar una configuración de la doctrina de la criminalización que sea útil a la teoría del delito, pero teniendo como fundamento el principio de protección de los bienes jurídicos⁴².

10. Concepto de bien jurídico

La persona se concibe por su propia naturaleza como un ser social, pues es en la sociedad donde se desarrolla como integrante de la misma. Este desarrollo se produce a través de la satisfacción de infinitas necesidades que surgen cotidianamente en los procesos físico-biológicos individuales como en los procesos de interacción social entre personas, y entre éstas con el Estado; es que la búsqueda de esta satis-

⁴⁰ Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal*, Comlibros, Bogotá, 2009, p. 120.

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 18. Vid. también en *Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima, 2006, pp. 93-135.

⁴² Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 599-560. Expresa el primer pensamiento de Winfried HASSEMER adherido a consideraciones político criminales: «Una renovación de la historia dogmática presupone que el campo de las teorías sobre el objeto protegido sea observado bajo una perspectiva sistemática. Sólo así puede esperarse que se descubran las conexiones del «bien jurídico» con los presupuestos y fines político criminales, antropológicos, filosóficos-estables y políticos, y que las mismas sean llevadas a una doctrina que comprenda las formulaciones de aquel concepto de relevancia que el mismo ostenta para la teoría del delito.»

facción-de manera inmediata o mediata- que la persona se encuentra con un abanico de bienes cuya característica primordial radica en su escasez. En consecuencia, se puede sostener que la vida social de una persona consiste en la utilización y consumo de bienes.

En ese sentido, al amplificarse este panorama individual a un horizonte colectivo existe la probabilidad de que muchas personas tengan diversas expectativas de satisfacción de sus necesidades respecto de un mismo bien jurídico y, que se produzca como efectivamente sucede, un conflicto de intereses que culminen en la destrucción de las relaciones sociales. En este sentido, el Derecho penal interviene como un mecanismo regulador de conductas sociales frente a estos bienes.

Podemos definir entonces como «bien» a aquellas expectativas que tienen valor tanto para una persona como para la sociedad en general cuya característica primordial es la utilidad o aptitud que tiene para satisfacer las necesidades humanas⁴³, por ejemplo: el medio ambiente. Como hemos señalado en líneas anteriores existen un grupo de bienes que son escasos; por ello, desde una perspectiva económica los bienes se clasifican en: bienes libres y bienes escasos. Los bienes libres son aquellos que se encuentran en abundancia y de los cuales podemos servirnos sin ninguna limitación, en este caso el aire que respiramos; mientras que, los bienes escasos son aquellos que necesitan de un uso limitado pues son susceptibles de extinción, tal como la propiedad. En ese orden de ideas, para el Derecho no es merecedor de protección aquellos bienes libres como p. ej. el aire ya que todas las personas pueden servirse de ello debido a su notable abundancia y no generar conflictos entre sus consumidores. De otra parte, los bienes escasos requieren de protección por parte del Estado, a través del Derecho, pues al no ser abundantes se necesita regular las conductas de las personas frente a estos bienes⁴⁴ como p.ej. la propiedad, que al pertenecer a determinada persona implica que no le pertenece a otra. Precisamente, por su escasez y su vital importancia para el desarrollo de las personas y de la sociedad, estos bienes escasos en razón de las personas y relevantes para la sociedad son constituidos en el Derecho

⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005, p. 230.

⁴⁴ Debemos precisar que existen diversos bienes libres que con el pasar de los años se han transformado en bienes escasos, p.ej. el medio ambiente.

como «bienes jurídicos»⁴⁵; así pues el Derecho observa la importancia de estos bienes y los integra en su corpus jurídico teniendo como finalidad mantener el equilibrio para la satisfacción de las necesidades de las personas y la sociedad –en determinado momento histórico. El Derecho, entonces, tiene como función la protección de bienes jurídicos. No obstante, debemos remarcar que el Derecho protege los bienes jurídicos a través de sus diversas y múltiples ramas integrantes del orden jurídico. El Derecho civil se encarga de la protección de bienes jurídicos de carácter civil, el Derecho administrativo se encarga de la protección de bienes jurídicos de características administrativas, y el Derecho penal se encarga de la protección de bienes jurídico-penales, etc.

De esta manera, si el Derecho tiene como finalidad proteger los bienes jurídicos lo que también protege, al unísono, son las relaciones sociales. El aprovechamiento de un bien jurídico entendido como objeto de protección que conlleva a la satisfacción de determinada necesidad de una persona implica necesariamente que otra no puede satisfacerse del mismo bien jurídico (objeto de protección) con la finalidad de establecer un orden y mantener estabilizado el equilibrio social. Pero este equilibrio social existe estrictamente cuando las relaciones sociales se encuentran estables, en otros términos, cuando determinado bien jurídico (objeto de protección) va a satisfacer exclusivamente la necesidad de determinada persona⁴⁶ o conjunto de personas (sociedad). De esta manera, a través de la intromisión del Derecho penal se estaría protegiendo la posible vulneración, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y las relaciones sociales en determinado caso concreto.

⁴⁵ Algunos autores señalan la diferencia entre intereses primarios y secundarios, siendo los primeros aquellos de suma importancia para la sociedad. En ese sentido, cuando el Estado protege los intereses primarios, estos se transforman en Bienes jurídicos.

⁴⁶ Debemos necesariamente resaltar que cuando nombramos la satisfacción de la necesidad de determinada persona, debe entenderse también como la satisfacción de la necesidad de la sociedad. En otros términos: la satisfacción de una necesidad de determinada persona puede ser susceptible de colisión frente a otra persona o a la sociedad en general; y, cuando se analice la satisfacción de una necesidad de la sociedad es susceptible de colisión frente a una persona necesariamente, pues no es posible la existencia de colisión entre dos sociedades ya que si aceptamos esto estaríamos aceptando la división y clasificación de un Derecho penal diferente para cada grupo social que muy probablemente cumpla el pecado de ser discriminador en un Estado.

Si el Derecho penal protege también las relaciones sociales resulta consecuente señalar que el Derecho penal se encuentre a la vanguardia de los procesos de interacción social cuya característica eminente es su *dinamicidad*, es decir, que las relaciones sociales no se encuentran estáticas sino que evolucionan respecto del periodo histórico donde se desenvuelve determinada sociedad. De esta manera, si el fin del Derecho penal es también la protección de las relaciones sociales cuya esencia resulta ser dinámico, entonces los bienes jurídicos necesariamente tienen que poseer esta característica. En otras palabras, si las relaciones sociales son dinámicas también lo es el proceso de satisfacción de bienes jurídicos. Por tanto, los bienes jurídicos son dinámicos. De esta manera, los bienes jurídicos también deben encontrarse a la vanguardia de los cambios sociales de determinada época histórica y del tipo de política de un Estado. Todo esto debido a que los intereses de la sociedad y de las personas se encuentran en constante surgimiento debido a los cambios sociales que presenta todo momento histórico. De esta manera, hace algunos años el Derecho penal no reconocía la protección de determinados bienes que en la actualidad se han constituido de suma importancia para el desarrollo de las personas y de la sociedad. *A contrario sensu*, algunos bienes que fueron protegidos y de suma importancia para ese periodo histórico, actualmente han perdido protección por parte del ordenamiento jurídico. No obstante, debemos resaltar que algunos conceptos de determinados bienes jurídicos, p. ej. la propiedad, son conceptualizados de acuerdo al periodo histórico de la sociedad, al tipo de ordenamiento jurídico y al tipo de Estado en donde se desarrolle el análisis dogmático de Derecho penal.

En síntesis, los bienes jurídicos son aquellos intereses personales y sociales –cuyo fundamento se encuentra en las relaciones sociales– y que son reconocidos por el ordenamiento jurídico por su importante aporte a la integración y desarrollo de las personas y la sociedad.

11. Clasificación de los bienes jurídicos

Después de realizar nuestra conceptualización de «bien jurídico» resulta necesario efectuar una clasificación de los mismos. De esta manera, los bienes jurídicos se clasifican en⁴⁷:

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002, pp. 277 y ss.

- a) Bienes jurídicos individuales.- En esta clasificación encontramos a aquellos bienes jurídicos que son de carácter individual, es decir, aquellos bienes jurídicos inherentes a todas las personas como sujeto integrante de la sociedad, p. ej. la vida humana, la libertad, la propiedad, etc⁴⁸.
- b) Bienes jurídicos personales.- En este apartado se encuentran los bienes jurídicos de carácter estrictamente personal, esto es, aquellos bienes jurídicos que exigen que a su titular se le reconozca y proteja las características necesarias e indispensables que le permitan participar en las relaciones sociales⁴⁹, p. ej. integridad personal, honor, etc⁵⁰.
- c) Bienes jurídicos colectivos.- Conocidos también con el nombre de bienes jurídicos universales, estos bienes jurídicos son aquellos que le pertenecen a toda la Sociedad⁵¹. En otros términos, los bienes jurídicos colectivos protegen aquellos bienes que resguardan y estabilizan a toda la sociedad, sin los cuales o con la vulneración de los mismos la Sociedad se encontraría desestabilizada, p. ej. la autenticidad de dinero.

12. Criterios para la delimitar la protección de bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos

En la doctrina existe el debate en torno a la clasificación de los bienes jurídicos, así pues existen diversas posturas y representantes, las cuales se pueden encontrar, los integrantes y defensores de la Escuela de Frankfurt quienes señalan que bienes jurídicos colectivos son aquellos cuya existencia deviene de la funcionalización de los bienes jurídicos individuales; mientras que otro sector dogmático, propone como fórmula de solución la existencia de bienes jurídicos intermedios⁵², los cuales a partir de su protección jurídica permitían proteger al mismo tiempo: un bien jurídico individual y un bien jurídico colectivo. Finalmente, una tercera postura defiende una distinción entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos.

⁴⁸ JESCHEK-WEIGEND, *op. cit.*

⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, p. 222.

⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 277 y ss.

⁵¹ *Ibidem*.

No obstante, debemos recordar que la diferenciación entre estas clases de bienes jurídicos siempre va a ser partiendo del objeto de protección de la Ley penal. En otras palabras, según nuestra posición, cada tipo penal ya sea de manera independiente o de manera integrada tiene como misión proteger bienes jurídicos. En ese sentido, los criterios propuestos por la doctrina para diferenciar en qué casos nos encontramos ante bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos son los siguientes⁵³:

- a) Criterio de no-exclusión.- Este criterio señala que determinado bien jurídico no puede pertenecerle a alguna persona o sector social en especial, pues ninguno de ellos puede ser excluido de su uso. Por ejemplo, en los delitos contra el orden financiero y monetario el bien jurídico protegido es el sistema crediticio; este sistema crediticio encuentra su fundamento en las relaciones sociales y económicas que acontecen en la realidad. En ese sentido, no se puede excluir a alguien del uso de la moneda, pues toda persona o grupo social actual necesita de ella para satisfacer algunas o todas sus necesidades personales. En este criterio se acepta el punto de partida individual, pero debemos resaltar que el uso de la moneda por determinada persona no implica que otra no pueda hacer uso de otras monedas; partiendo de ello, el bien jurídico se configura como colectivo debido a que el sistema económico se encuentra inmerso en toda estructura social. En síntesis, a través del criterio de la no-exclusión en el uso, el bien jurídico colectivo se establece como aquel interés de toda la sociedad de mantener en constante dinamicidad al sistema financiero⁵⁴.
- b) Criterio de la no-rivalidad.- Este criterio, muy adherido al anterior, señala que todas las personas y la sociedad misma pueden consumir bienes jurídicos; sin embargo, existen dos modos diferentes de consumo: uno que es contrario al ordenamiento jurídico y otro consumo conforme al ordenamiento jurídico⁵⁵. En ese sentido, el uso y el consumo (en sentido eco-

⁵² MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, pp. 22 y ss.

⁵³ HEFENDEHL, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 188-189.

⁵⁴ HEFENDEHL, Roland, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁵ *Ibidem*.

nómico) de las monedas se encuentra dentro del marco del sistema crediticio entendido como bien jurídico colectivo, y permite su dinamicidad a partir de las relaciones sociales. Es por ello, que no resulta una vulneración al sistema crediticio el uso y consumo de la moneda. Por el contrario, cuando se usa o consume una moneda falsificada ésta sí vulnera el ámbito del sistema crediticio ya que la moneda falsificada no está configurada como integrante de la misma.

- c) Criterio de no-distributividad.- Este criterio nos dice que un bien jurídico será colectivo si de modo conceptual, real y jurídico resulta imposible de dividirse en partes y ser entregado por porciones a las personas que integran la sociedad. En ese sentido, se parte por considerar el bien jurídico como aquel bien que se encuentra potencialmente destinado a satisfacer necesidades ya sea de la persona o de la sociedad, resulta imposible que el bien jurídico colectivo pueda ser susceptible de división⁵⁶. Por ejemplo, el sistema crediticio entendido como bien jurídico colectivo no puede ser dividido en relación a determinado sector social, pues este sistema crediticio encuentra su base en la dinamicidad de las relaciones sociales en el ámbito económico.

De esta manera, cuando el investigador jurídico se encamine a realizar el análisis interpretativo de determinada ley penal se debe recurrir primeramente a la precisión del bien jurídico, realizando la diferencia existente entre los bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos. De esta manera, cuando en el análisis de la ley penal se cumplan estos tres requisitos nos encontramos ante bienes jurídicos colectivos.

⁵⁶ *Ibidem*.

¿LAS PERSONAS JURÍDICAS SON PENALMENTE RESPONSABLES?

FRANCISCO R. HEYDEGGER*
JHULIANA C. ATAHUMÁN PAUCAR**

* Coordinador académico del Taller de Dogmática Penal-UNMSM; miembro del área académica del Estudio José Urquiza Olaechea & Abogados; Ayudante de la Cátedra de Derecho penal-Parte general-UNMSM. Heydeggerf@gmail.com

** Miembro activo del Taller de Dogmática Penal-UNMSM. Jhuliana.claudia@gmail.com

I. Introito

En la actualidad nos encontramos en un contexto donde se vuelve, otra vez, a discutir sobre la verdadera punibilidad de las personas jurídicas y la bibliografía extensa sobre el mismo nos muestra la preocupación dogmática al respecto. Pero, la vuelta a este problema no solo de trata de desentrañar en el marco dogmático, sino también que en el siglo que hemos pasado se ha empezado a regular en distintos cuerpos normativos o insinuado sobre la punibilidad de las personas jurídicas.

Por tanto, en el trascurso del desarrollo de la Dogmática hay posturas que plantean la punibilidad y otros por el contrario desarrollan todo un desafío negando la punibilidad fundamentándose –esencialmente– en la ausencia de la acción, ausencia de la culpabilidad de las personas jurídicas y más aún sostienen que a ellas no están destinadas las normas penales.

Entre los que plantean la responsabilidad penal se encuentran básicamente TIEDEMANN¹, SCHÜNEMANN² y HIRSCH³, esto en Alemania y en España: ZUGALDÍA ESPINAR⁴, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵, Silvina BACIGALUPO⁶, y con más fuerza ahora último GÓMEZ-JARA⁷, etc.

¹ Cfr., TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, número 6, gc ediciones, 1998, pp. 783 y ss.

² Cfr., SCHÜNEMANN, Bernd, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995. pp. 565 y ss.

³ Cfr., HIRSCH, Hans-Joachim, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, fasc/mes 3, 1993, pp. 1099 y ss.

⁴ Cfr., ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas [doce años después]», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, 1995, Madrid, pp. 723 y ss.

⁵ Cfr., ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000.

⁶ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

En la orilla contraria al anterior tenemos entonces a los que aun siguen anclado en la herencia de los romanos «*societas delinquere non potest*», es decir en la figura de que las sociedades no delinquen, entre ellos tenemos a: en Alemania esencialmente a JAKOBS⁸; y en España, BARBERO SANTOS⁹, BAJO FERNÁNDEZ¹⁰, GRACIA MARTÍN¹¹, MIR PUIG¹², SILVA SÁNCHEZ, FEIJOO SÁNCHEZ¹³, etc.

En las líneas que siguen partiremos por las posiciones que están de acuerdo en punir a las personas jurídicas¹⁴ y después de ello pasar a exponer a los que se encuentran en una posición contraria al mismo¹⁵, para posteriormente concluir con nuestra posición personal¹⁶ intentando, de tal modo, dar respuesta a la interrogante esencial que lleva como título nuestra contribución. Se sigue este orden por cuestiones metodológicas, prescindiendo de la temporalidad del orden de las posturas, siguiendo más bien una metodología hegeliana para mejor entendimiento de nuestro objeto de estudio. En conclusión seguiremos una estructura analítica de tesis, antítesis y síntesis.

Sin más preámbulo nos adentramos de una vez.

⁷ Ver por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, [Ed.], *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Garrigues Cátedra & Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Cuello Contreras, Joaquín & Serrano González de Murillo, José, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 185. nm. 45.

⁹ BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de la empresa?», en ARROYO ZAPATERO, L. / TIEDEMANN, K. [Coordinadores], *Estudios de Derecho penal económico*, Ciudad Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

¹⁰ Cfr., BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 109 y ss. Asimismo, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo», en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D. M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1997.

¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, D-M [Coord.], *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 35 y ss.

¹² Cfr., MIR PUIG, Santiago, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 6, 2004

¹³ Cfr., FEIJOO SÁNCHEZ, J. B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, Civitas, 2002; asimismo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones y asociaciones de personas», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 9, pp. 262 y ss.

¹⁴ *Infra II.*

¹⁵ *Infra III.*

¹⁶ *Infra IV.*

II. Posiciones que plantean la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Dentro de la Dogmática se ha diseñado posiciones que atribuyen la organización defectuosa de las personas naturales a personas jurídicas a los cuales se ha llamado modelos de heterorresponsabilidad, ya que atribuyen la responsabilidad de las personas naturales a las personas jurídicas; por otro lado tenemos a la Doctrina que intenta elaborar la verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde el injusto no será de las personas naturales, sino de la propia organización empresarial, esto es de la propia empresa o persona jurídica.

Por tanto, nos encontramos dentro de una frondosa discusión de la fundamentación de la responsabilidad penal, por lo que para algunos se tiene que preparar un sistema de imputación **a partir** de la responsabilidad **de las personas físicas** y para otros se intenta elaborar una imputación **a partir** de la competencia **de las propias personas jurídica**.

En las líneas que siguen seguiremos desentrañando las posiciones nombradas.

II.1. Modelos de heterorresponsabilidad

Como ya habíamos adelantado *in supra* este modelo atribuye la conducta delictuosa de la persona natural, quien se encuentra inmiscuido dentro de las actividades de la persona jurídica, es decir tiene una función determinada dentro de la empresa, y esta conducta se le *atribuye* a la persona jurídica, y por tanto hablamos de la *transferencia* de la responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica.

Es así que la capacidad de la acción de las personas jurídicas, para la Doctrina que acata por este lado se ha diseñado una figura semejante a la figura civil de la representación y precisamente se inicia a partir de que VON LISZT había sostenido de que «(...) se debe afirmar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las sociedades, hasta donde llegue su capacidad civil, y la punición de tales entidades, en cuanto son sujetos independientes de bienes jurídicos, se presentan, no sólo como posible, sino, asimismo, como conveniente»¹⁷

¹⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3ª edición, traducción de 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, p. 299.

en ese sentido se asume, que, si la personas jurídicas puede celebrar contratos como personas, por tanto pueden realizar actos con relevancia penal, porque lo esencial es la acción de realizar un comportamiento con relevancia jurídica sea civil o penal; para la posición que estamos desentrañando son equivalentes. Por tanto, si la empresa realiza contratos de compraventa que es de relevancia civil asimismo puede realizar conductas defraudadoras que tengan relevancia penal.

Pero esta equilibración, no convence dogmáticamente por lo que en la Doctrina se ha elaborado cómo podemos atribuir las conductas delictuosas de las personas físicas a las personas jurídicas y en esta línea se ubica, uno de los más grandes seguidores de Hans WELZEL yendo contra sus principios ontológicos, HIRSCH para quien las personas jurídicas debido a su naturaleza actúan necesariamente en el exterior a través de conductas humanas, por tanto estas acciones son al mismo tiempo de las personas jurídicas puesto que se desenvuelven dentro de la estructura condicional de las personas jurídicas¹⁸.

Por tanto en el mismo, la cuestión esencial es determinar la responsabilidad penal de las personas físicas, puesto que si no hay ello no se puede sostener la responsabilidad de las personas jurídicas. De esta cuestión Klaus TIEDEMANN nos menciona que hay tres modelos, así «(...) la responsabilidad de la empresa solamente se desencadena por actos u omisiones de parte de los *órganos y/o representantes legales*, jurídicamente cualificados para actuar en nombre de la empresa. Esta restricción corresponde a la teoría del Derecho civil y un clásico punto de vista que quiere que la persona moral actúe a través de sus órganos. El modelo contrario se centra en los actos de *toda persona que actúe en nombre de la empresa* o a favor de ella. Esta concepción más bien pragmática va lejos, pero realiza la idea de facilitar la prueba y de dejar superfluas las distinciones entre diferentes categorías de representantes, incluidos los representantes de hecho. Los modelos mixtos, en fin, se sitúan entre los dos tipos opuestos introduciendo, como en el *Model Penal Code* de Estados Unidos, un 'managerial test' para limitar así la responsabilidad demasiado extensa del segundo modelo dejando de lado las acciones de personas que no tienen ningún poder de decisión»¹⁹.

¹⁸ Véase, HIRSCH, Hans-Joachim, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 1106.

¹⁹ TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 6, gc ediciones, 1998, p. 801.

El primer modelo viene a partir de la Doctrina de la identificación, donde el órgano superior es considerado como el cerebro de la asociación y por tanto su actuación es aquella que corresponde a la persona jurídica²⁰, como habíamos dicho líneas arriba, en este punto tenemos que identificar a los miembros del órgano, los cerebros de las corporaciones, y ahí se nos complican las situaciones, porque a quienes concebimos como cerebros a los que están formalmente en esa situación o a los que de facto dominan las actividades de las empresas y por tanto cómo establecer límites claros entre los cerebros, de los que tiene un poder esencial en la empresa y asimismo de las supuestas extremidades de la empresa. Qué hacer en esta sistemática si la conducta defraudadora se despliega a partir de las extremidades de la empresa? De todos modos este modelo ha sido aceptado en las legislaciones de Inglaterra –donde se origina–, Francia, Alemania²¹ y Portugal, esencialmente. Todos estos Códigos exigen la relación del órgano con la empresa, por tanto no hay responsabilidad cuando sea un subordinado quien delinca.

Para la segunda posición no importa la ubicación de la persona física como parte del órgano, sino que tenga una conexión representativa de la empresa y esta posición se amplía demasiado, ya que cualquier conducta del subordinado será reprimido como acción imputable a la persona jurídica, como si se tratara de extremidades de una persona natural, esta figura se ha adoptado en el cuerpo normativo de la Unión Europea.

El tercer modelo lo ha adoptado la legislación de EE.UU., quien en un principio seguía la teoría del órgano siguiendo la legislación de

²⁰ Cfr., TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 6, gc ediciones, 1998, p. 792. Asimismo, GUARDIOLA LAZO, M^a J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 50; esta concepción vendría ya de la posición realista de GIERKE, así GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, concibe desentrañando la posición clásica realista que «la persona jurídica expresa su voluntad social a través de sus órganos», p. 17.

²¹ Así el § 30 de OWiG [*Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*] Ley de Infracciones Administrativas - multas para las personas jurídicas y asociaciones. En esta norma se establece la posibilidad de imponer al ente colectivo una sanción administrativa de multa cuando se constate un hecho de conexión que supone la comisión de una contravención al orden por un órgano con poderes de representación de una asociación, véase sobre esto, BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 104.

Inglaterra, pero el cual abandonó en el siglo pasado concibiendo que no solo el órgano infringe sino también los otros, pero debe existir que el actuante en interés de la personas jurídica (*victorius liability*)²². Por tanto, la ubicación fáctica de las personas dentro de la empresa es totalmente irrelevante, resultando importante solamente que la persona física actúe en el ejercicio de las funciones designadas por la persona jurídica, y claro está, en beneficio del mismo.

El segundo punto trascendental para quienes plantean la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es la determinación de la capacidad de culpabilidad. En este punto es también HIRSCH partiendo de la reprochabilidad social –lenguaje cotidiano– de la conducta de las personas jurídicas²³ levanta una postura dogmática de traslación de la culpabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas, es decir a partir de la culpabilidad de los órganos. Pero no debe, según HIRSCH, concebirse esa culpabilidad como todo un conglomerado o una sumatoria de culpabilidades de los componentes de la empresa sino, es una culpabilidad independiente²⁴, una culpabilidad que se abstrae de las individualidades y adquiere su propio contenido.

La culpabilidad para HIRSCH se determina a partir de la culpabilidad de los órganos que realizaron la acción. Sin duda esta postura es insostenible puesto que lleva el problema al terreno de una *supuesta*

²² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 144.

²³ Así –del mismo parecer– HURTADO POZO, José, «Persona jurídica y responsabilidad penal», en HURTADO POZO, José [dir.], *Anuario de Derecho penal '96*, Grijley, 1997, p. 155. Sostiene que «No es extraño, por ejemplo, que se reproche a una empresa industrial de haber contaminado un río o un lago y considerar que debe reparar los daños causados. De este modo, se le tiene por culpable por el perjuicio personal o social causado por sus actividades. Esto significa que existe una percepción social, manifiesta en el lenguaje, de que las decisiones de las personas jurídica y, por tanto, los actos cometidos por sus miembros individuales se originan en el ejercicio de un poder difuso es específico a ella. Poder que es el producto de las estructuras organizativas de la persona jurídica. En consecuencia, la culpabilidad de los miembros individuales no se confunde con la de la persona jurídica».

²⁴ HIRSCH, Han-Joachim, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, p. 1111; TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 6, gc ediciones, 1998, p. 798: «Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la suma de culpas personales (...), y ella no está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro».

*responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano*²⁵, y que sin duda si se sanciona también al órgano se quebranta el principio de culpabilidad, puesto que es un elemento esencial de construcción de la responsabilidad penal de persona (natural o jurídica).

II.2. Modelos de Autorresponsabilidad

Es GÓMEZ-JARA DÍEZ quien intenta revolucionar la Doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas proponiendo *la verdadera responsabilidad penal de las mismas fundamentándose* (i) en el constructivismo operativo²⁶, como un sistema social autopoietico en el cual podemos englobar a las personas naturales, personas jurídicas, el Derecho, etc. Como sistemas autopoieticos se autoproducen de manera totalmente distinta, es así –sostiene Gómez-Jara– «se trata de diferentes modos de reproducción autopoietica. Así, el ser humano es un sistema *psíquico* que se reproduce con base en la conciencia; la organización empresarial un sistema *social* organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones; y el Derecho es un sistema social *funcional* cuya reproducción tiene lugar de la mano de comunicaciones jurídicas»²⁷.

Y el otro (ii) fundamento sería la empresa concebida como un ciudadano corporativo fiel al Derecho que tiene una vertiente formal y la material, el **primero** implica que la empresa *tiene le deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho*²⁸, el **segundo** que la empresa participa en *asuntos públicos*²⁹.

²⁵ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998. p. 176.

²⁶ A decir de Carlos Gómez-Jara, sobre el mismo véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: Breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT, E. [Coordinador], *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 15 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 208 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de los sistemas. Derecho penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Comares, 2005, pp. 386 y ss.

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, [ed.], *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Garrigues Cátedra & Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 101.

²⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, p. 105.

²⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, p. 108.

A partir de dichos fundamentos GÓMEZ-JARA levanta todo un conjunto de criterios constructivistas, así reemplaza la capacidad de acción por la *capacidad de organización*³⁰, establece la *equivalencia funcional*³¹ de la culpabilidad y adopta la *retribución comunicativa*³² como fin de la pena direccionada a las personas jurídicas.

A decir de GÓMEZ-JARA la primera institución, surge a partir del sinalagma de autoorganización³³ y asunción de las responsabilidades si se sobrepasa dicho ámbito de organización³⁴; esto es, a las personas se les reconoce un ámbito de libertad en el cual se pueden desarrollar, pero si en el ejercicio de dicha libertad se crean riesgos intolerables para la sociedad el Derecho penal ha de intervenir. Pero no es suficiente con ello, sino al parecer de GÓMEZ-JARA tenemos que hablar de un sistema complejo autorreferencial, es decir tenemos que hacer referencia a una empresa que surge como una realidad diferente a la de cada uno de los sistemas psíquicos subyacentes y comienza a adquirir una capacidad autoorganizativa individual de cualquiera de sus miembros³⁵, por tanto para que una persona jurídica responsable penalmente tiene que haber una complejidad interna del sistema que permita la autorreferencialidad.

Con respecto al segundo instituto, es decir la culpabilidad el cual construye a partir de la (i) fidelidad al derecho³⁶, (ii) el sinalagma del Derecho penal³⁷ y (iii) de la capacidad de cuestionamiento de la vi-

³⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, pp. 112 y ss.

³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, pp. 122 y ss.; extensamente véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

³² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, pp. 128 y ss.

³³ Con más extensión véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 236.

³⁴ Ver sobre este GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de los sistemas. Derecho penal, fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, Comares, 2005, pp. 209 y ss. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 83.

³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, p. 120.

³⁶ Cfr., GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, pp. 124 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 236.

³⁷ Cfr., GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*, pp. 128 y ss.;

gencia de las normas³⁸. Todo ello en virtud de la función que cumple el Derecho penal³⁹. Según GÓMEZ-JARA la obligación elemental que afecta a toda persona jurídico-penal es la de fidelidad al Derecho, el cual se concretiza en la instalación de una cultura empresarial fiel al Derecho⁴⁰; por tanto, si una persona no es fiel al Derecho asume la responsabilidad por el mal ejercicio de la libertad defraudadora de expectativas normativas, claro está que para ello se debe reconocer a la empresa como una persona libre que emite comunicación.

A esta postura también se le ha criticado por incurrir en la violación del principio de culpabilidad⁴¹, crítica que consideramos desatinada.

III. Posiciones en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La Doctrina tradicional y actual-mayoritaria o se puede decir la más autorizada niegan toda tendencia de la responsabilidad de las empresas, adoptando de ese modo el principio de la **personalidad** de las penas, y pretenden eliminar todo rastro de responsabilidad objetiva mediante la exigencia del **principio de la culpabilidad**⁴², además que exigen -anclados en el ontologiscismo- que las acciones sólo pueden ser realizadas por las personas físicas, así la voluntad es integrante de la acción jurídico-penal el cual está considerada desde el punto de vista psicológico, no normativo, por lo que sólo puede ser atribuida a una persona física. Así se niega de plano la capacidad de acción de la persona jurídica en el ámbito criminal y, por tanto, la posibilidad de ser penalmente responsable⁴³.

³⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», *op. cit.*

³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 213.

⁴⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 261 y ss.

⁴¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?», en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo [Coord.], *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 352 y ss.

⁴² Cfr., BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 110; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, pp. 108 y 109.

⁴³ Cfr., BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 111 y 112.

En el *iter* de la Doctrina podemos pues encontrar la imposibilidad de la realización de la acción penal de las personas jurídicas, esto a partir de que los que han ideado la teoría del delito concibieron que el mismo solo estaría destinado a las personas naturales, es así que dentro de la sistemática causal⁴⁴ era imposible concebir que las personas jurídicas realicen un desenvolvimiento causal con un resultado delictuoso, puesto que es un sistema netamente causal y naturalista, es más en la sistemática de WELZEL⁴⁵ también la acción era concebida como la manifestación de una voluntad interna el cual sería valorado por el Derecho penal, y para el mismo necesita que la idea delictuosa fuera concebida psicológicamente y el mismo proyectarse en la realidad y luego expresar mediante una acción que concretice dicha idea, y como de lugar bajo esta sistemática no puede ser elaborado una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero, no solamente desde de esta sistemática se niega la responsabilidad penal, sino también en la actualidad la Doctrina más autoriza niega el mismo así: Claus ROXIN asevera que «tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquica-espiritual, no puede manifestarse así mismo»⁴⁶.

Del mismo modo que la acción, se niega también la capacidad de la culpabilidad de las personas jurídicas sosteniendo que la culpabilidad es un reproche jurídico-penal y este sólo está destinada a las personas individuales⁴⁷. Así a partir de FRANK donde la culpabilidad em-

⁴⁴ VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, 3ª edición, traducción de 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, p. 297: «acto es la conducta (Verhalten) voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo».

⁴⁵ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964, p. 25: «La acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer 'final' y no solamente 'causal'»; HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general I*, 3ª edición, Grijley, 2005, p. 372/n.m. 979: «Su idea clave es la referencia a la acción humana. Ésta es caracterizada en esencia por su estructura finalista, lo que supone que su autor tenga la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento hacia ellos».

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, 1ª edición en español, Civitas, Madrid, 1997, p. 258.

⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 112. «En lo que respecta a la pena es indudable que, de aplicarse a la persona jurídica, no podría hablarse de expiación, retribución, reeducación o intimidación».

pieza ser normativa y concebida como todo reproche por no haber actuado de otro modo⁴⁸, el mismo estaba destinado a las personas naturales y todo ello imposibilita que el mismo no lo podía ser reprochado a la persona jurídica, así en la actualidad la construcción de la culpabilidad propia de las personas jurídicas elaborada por TIEDEMANN es criticada, puesto que sería un reproche a las personas naturales y por tanto es una *ficción*, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus directivos⁴⁹.

También una cuestión político-criminal es aquella que concibe que si se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas los que más pagan serían los trabajadores, a pesar que no cometen los hechos delictuosos, porque se cerrarían las fábricas y habría mayor desocupación. Versión que no resiste la crítica de que también cuando las personas naturales cometen delito y se le priva de la libertad, de algún modo se afecta la economía de la familia.

IV. Postura personal

Para tomar una postura en este contexto de hallar la responsabilidad o no de las personas jurídicas es necesario partir por fundamentar nuestra postura, esto es, empezar por aquellas instituciones que nos servirán de fundamentos de nuestra postura personal.

Para ello debemos iniciar concibiendo que nos encontramos en una sociedad que construye sus propias instituciones sociales como las personas, el Derecho, etc. Donde cada uno de ellos es llenado de contenido normativo a partir de la sociedad, nos circunscribimos sin duda en un plano del mundo comunicativo, así sostiene JAKOBS que «la sociedad es comunicación»⁵⁰. Es la comunicación el medio de relación dentro de un sistema más no relaciones ontológicas, asimismo

⁴⁸ FRANK, Reinhard, *Estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Sebastián Soler, Universidad de Chile, Santiago, 1996, p. 29.

⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, 1ª edición en español, Civitas, Madrid, 1997, p. 260.

⁵⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 57. Asimismo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 17: «La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto...».

en esta sociedad las comunicaciones están expresadas en las expectativas normativas, y estas instituciones se guían dentro de una esquemática de deberes y derechos más no en el mundo de satisfacción e insatisfacción, es decir la sociedad no está compuesta por ontologismos, sino por nexos de comunicación que tienen un sentido atribuido por la sociedad.

Ahora bien dentro de la sociedad hay subsistemas como las personas, empresas, etc., y en cada uno de ellos existe la autorreflexión basados en la conciencia en caso de las personas *naturales*, en las decisiones en caso de personas *jurídicas* y por tanto cuando uno trata de levantar una postura tiene que guiarse en función a esas bases, es así que la teoría actual del delito ha sido construida para personas *naturales*, más no para personas jurídicas, es por eso que en la Doctrina se pelea aún que las personas jurídicas no tienen acción, dolo, culpabilidad, etc., sin entender que es otra sistemática y que lo que se tiene que hacer es una teoría, pero a partir de dichas bases y no a partir de base de otros sistemas. Por tanto, debemos sostener que la teoría del delito actual fue construida para personas naturales, concebida estas en base a la conciencia; y lo que respecta se debe construir una teoría del delito, pero en base a decisiones que son elementos normativos de reflexión dentro de las empresas. Entonces estamos concibiendo que son realidades distintas⁵¹ y de ningún modo podemos medir con los mismos baremos.

Ahora bien, como habíamos dicho, las personas son sistemas autopoieticas en cuya frente tienen el mensaje de respetar las normas institucionalizadas de la sociedad, aquella que el mismo considera que es esencial para la identificación de la sociedad; por tanto las personas tienen una posición funcional dentro de la sociedad y esta posición funcional es la expresión fidedigna de los roles que se cumplen, y, cuando infringen dichos roles el Derecho penal reaccionará como un instrumento⁵² de confirmación de la expectativa quebrantada, así introduciéndonos ya en el marco empresarial estas cumplen

⁵¹ Así, «No cabe duda que son realidades distintas en el plano empírico y que una identidad tampoco puede encontrarse en el plano ontológico, pues la individualidad de la persona jurídica a través de la libertad constituye desde ya una exigencia imposible de cumplir», sostiene Percy GARCÍA CAVERO, en *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 48.

⁵² No tomamos como cualquier instrumento lacayo, sino como un elemento de reciprocidad con la sociedad.

funciones dentro de la sociedad lo cual es la producción, distribución, comercialización, etc. de bienes y servicios; de tal modo que si infringen sus roles habrán realización una conducta sancionada por el Derecho penal, por tanto, -sostiene GARCÍA⁵³- la persona jurídica realiza una acción jurídico-penal en la medida en que, por la infracción de su rol, defrauda expectativas normativas de conductas esenciales. Entonces, no importa las configuraciones ontológicas, sino la infracción de deberes.

A este entendimiento se llega -sostiene POLAINO⁵⁴-, sin duda, **superando** el clásico entendimiento de la acción como algo **ontológico** o **prejurídico** (que exigía concretos **movimientos corporales** dependientes de la **voluntad humana**) y entendiendo el concepto de acción de manera **normativa**, donde lo que importa no es el movimiento corporal (esto es, el elemento **ontológico del ser**), sino la infracción de un deber (o sea, el aspecto normativo del deber ser). Y qué cabe duda de que toda empresa, toda persona jurídica, tiene una serie de **deberes** y **obligaciones** para que puedan **actuar lícitamente** en el mundo jurídico, de manera que si infringen dichos deberes pueden comportarse **delictivamente** y dar lugar a **responsabilidad penal**.

Una vez determinado la acción de las personas jurídicas es indispensable sostener que las empresas tienen libertades económicas, de organización, etc., más no libertad ambulatoria⁵⁵, consideramos que esta es propia de personas *naturales* es por ello que la antigua doctrina se oponía a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como si el Derecho penal tendría que llevar a la cárcel a las empresas todo un irracionalismo, pero eso sí el Derecho penal interviene para limitar las libertades de las empresas. Porque no puede sostenerse una persona sin atribuciones (deberes y derechos), es decir sin libertad, ya que la norma crea y limita libertades, por lo que si la persona jurídica es un centro de imputación tiene libertad; elemento que nos brinda la autorresponsabilidad.

⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 61. Ahora bien la *infracción penalmente relevante de los roles por parte de las personas jurídicas se pueden expresar, al igual que en las personas naturales, como delitos de dominio o delitos de infracción de un deber.*

⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, p. 111.

⁵⁵ A esta libertad GARCÍA CAVERO lo llama «libertad de actuación», véase EN GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 49, figura que no compartimos, ya que es nada normativo.

La libertad que estamos desentrañando permite a las empresas autoorganizarse⁵⁶ como instituciones autónomas de las libertades individuales de las personas que fácticamente se encuentran en las empresas, por tanto las empresas se desarrollarían en otro tipo de libertades cuyo mal ejercicio es reprochado dentro de la sociedad. Es decir, construimos la culpabilidad de las empresas a partir del quebrantamiento de las expectativas normativas⁵⁷ cuyo cumplimiento esperaba la sociedad, ya que los mismos son indispensables en el tráfico económico-financiero, medio ambiental, etc.

Claro está que no se le puede imponer la pena de privación de libertad ambulatoria, ya que no lo tienen el mismo, sino la libertad comercial, la libertad de contratar, etc. Y estamos convencidos de que claramente se le puede imponer, penas de carácter pecuniario (multa), además de otras como el cierre temporal o incluso definitivo de la empresa (que, sí, se correspondería con la pena de muerte en la persona jurídica)⁵⁸.

Queda aquí.

Mediados del mes morado.

V. Bibliografía

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho administrativo», en MIR PUIG, S. / LUZÓN PEÑA, D.-M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.

⁵⁶ En la doctrina peruana -siguiendo la teoría de los sistemas-, GARCÍA CAVERO construye la culpabilidad como un «concepto análogo», *vid.*, GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 51.

⁵⁷ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, asevera que «Culpabilidad jurídico-penal en las personas jurídicas, o mejor dicho imputación personal, significa haber manifestado socialmente una autoorganización en infracción de los roles que socialmente les corresponde a las personas jurídicas por su participación en el tráfico económico-patrimonial», p. 55

⁵⁸ De la misma opinión, Cfr., POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, p. 112.

BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de la empresa?», en ARROYO ZAPATERO, L. / TIEDEMANN, Klaus [Coords.], *Estudios de Derecho penal económico*. Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.

DE DOELDER, H., «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda», en *Hacia un Derecho penal económico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

FEIJOO SÁNCHEZ, J. B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones y asociaciones de personas», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 9.

FEIJOO SÁNCHEZ, J. B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente [Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas]*, Civitas, Madrid, 2002.

FRANK, Reinhard, *Estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de Sebastián Soler, Universidad de Chile, Santiago, 1996.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La persona jurídica en el Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos [Ed.], *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Garrigues Cátedra & Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Teoría de sistemas. Derecho penal, fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico-penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT, E. [Coord.], *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*. [Tomo II] Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en MIR PUIG, Santiago / LUZÓN PEÑA, D-M [Coords.], *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996.

GUARDIOLA LAZO, M^a J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HIRSCH, Hans-Joachim, «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», traducción de Patricia Ziffer, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, fasc./mes 3, Madrid, 1993.

HURTADO POZO, José, «Persona jurídica y responsabilidad penal», en HURTADO POZO, José [dir.], *Anuario de Derecho penal '96*, Grijley, 1997.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte general I*, 3^a ed., Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Cuello Contreras, Joaquín & Serrano González de Murillo, José, 2^a edición, edit. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, en: *Cuadernos de conferencias y artículos* N^o 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Cancio Meliá, Manuel & Feijóo Sánchez, Bernardo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

MIR PUIG, S. [1998]. *Derecho penal / Parte General*. [5^a edición].

MIR PUIG, Santiago, «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N^o 6, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 2^a edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, 1^a edición en español, Civitas, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, B., «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho comparado», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 6, 1998, pp. 784 y ss.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3^a ed., traducción de 20^a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1929.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción de José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional del principio *societas delinquere non potest*», en *Cuadernos de Política Criminal*, N^o 11, 1980.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las persona jurídicas», en *Cuadernos de Política Criminal*, N^o 53, Madrid, 1994.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas [doce años después]», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000.

**LA ACTIO ILICITA IN CAUSA: LA PROVOCACIÓN
DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

JORGE LUIS RÍOS SÁNCHEZ¹

¹ Alumno de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando El 5º año de estudios, con código de matrícula 06020025. Miembro del Taller de Investigación Jurídico Penal TAIJ PENAL.

RESUMEN: La *actio illicita in causa*, es una postura doctrinal minoritaria, que pretende fundamentar responsabilidad penal, por la provocación dolosa o imprudente de una acción, para luego ampararse en una causa de justificación, no obstante haber un resultado desvalorado por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para nosotros esta causa es solo un medio que el sujeto prevé, como realizable; por ello el hecho ilícito, hay que extraerla de la acción inicial y no de la acción justificada. Es precisamente, mediante un razonamiento dialéctico e integrador del hecho concreto y la exigencia normativa, que fundamentamos su aceptación,

1. Generalidades

Nos llama la atención, que la doctrina y más la jurisprudencia han llegado a un consenso, en cuanto se refiere, a los criterios de excluir de justificación, aquellas conductas que configuran situaciones que el propio sujeto las *provoca*, ya sea dolosa como imprudentemente.

Sin embargo, lo cierto es que aun no es unánime la posturas acerca de cómo debe ser esta *provocación* para dejar al agredido sin aparente defensa. En este sentido, y como no se puede confundirse agresión con provocación, cabe preguntarse cuáles son, o al menos deberían, ser los criterios para catalogar a una conducta como provocadora: debería depender enteramente del ánimo del provocador o debería tener además algún criterio objetivo² de evaluación, para imputarle responsabilidad aun cuando se configure una causa de justificación; es decir sería legítimo volver a la acción inicial, en tanto la justificación excluiría la antijuridicidad.

² HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 2005, considera que debe darse a través de un criterio objetivo; «cuando el provocador recurre con frecuencia a la burla o al escarnio, pero también a los insultos, a las vías de hecho, daños a la propiedad, etc. Más no se trata de cualquier provocación: esta, según el texto legal, debe ser suficiente. Es decir, de una intensidad e índole apropiada para que la persona concernida pierda la tranquilidad y reaccione agresivamente. La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor», p. 541.

La doctrina, ha tratado el tema, con diversos matices; un sector, ha llamado a esta situación: *actio illicita in causa* (a.i.i.c., en adelante); según esta construcción, en la última fase la causación del resultado típico, en general la realización de la acción típica, dado la concurrencia de un causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad, estaría en si misma permitida, es decir, que no sería antijurídica, pero si anteriormente se provoco la situación de justificación y la subsiguiente acción típica, entonces debido a su creación antijurídica se tiene que tolerar el sacrificio de bienes dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente³.

Antes de entrar a analizar el modo de operar de esta figura, nos remitiremos a la segunda escala valorativa (a la que pertenece) de la sistemática del delito, en tanto, consideramos que es factor imprescindible el nivel de valoración que le demos a la realización típica, a la valoración de la conducta significativa; aquí ya no se trata de la sola subsunción de la conducta infractora de la norma penal, sino de hacer un análisis de imputación, una valoración con posterioridad al hecho, es decir a la antijuridicidad⁴; y sobre todo a antijuridicidad material⁵, donde se verifica la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico⁶; sin ningún hecho o norma permisiva que los justifique.

Para estos efectos, solo nos referiremos a los institutos de la legítima defensa y estado de necesidad justificante, estos, por regla general, no requieren ninguna posición especial (*ex ante*) del agente, contrario sensu habría una obligación de actuar de otro modo, es decir estaría limitada la libertad de actuar.

Por consiguiente, estamos en la parte de la sistemática delito, que se interrelaciona más con el ordenamiento jurídico en conjunto, y no sólo con este, sino también con las relaciones sociales en concreto⁷, en

³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, BdeF, Buenos Aires, pp. 577-578.

⁴ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, «la caracterización de antijurídica de una acción depende del ordenamiento jurídico general y que, por tanto, «lo antijurídico» es algo que precede al tipo penal, ya que depende de los mandatos de aquél», p. 219.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2006. Para quien no existe dos conceptos de antijuridicidad pues este siempre es material, en el sentido de que implica una afectación del bien jurídico [...], pero también es siempre formal, porque su fundamento no puede partir más que del texto de la ley, p. 466.

⁶ Art. IV del Título Preliminar del Código Penal.

tanto la libertad de actuación esta dentro de las valoraciones positivas de la interrelación social. Como refiere BUSTOS RAMÍREZ⁸, la imputación del resultado no puede ser aspecto de la tipicidad, sino sólo de la antijuridicidad, en cuanto aquí entran en juego todas las valoraciones que recoge el bien jurídico del ordenamiento jurídico.

Así, también, MIR PUIG⁹, para quien la valoración propia de la antijuridicidad es una valoración jurídica y tiene que obtenerse del derecho positivo. Son precisamente los valores y principios generales del derecho positivo los que sirven de fundamento para la valoración: como son la valoración positiva de los bienes jurídicos, el principio de respeto por los mismos; la valoración del bien jurídico más importante en caso de colisión de varios bienes y el principio de salvaguarda del bien prevalente.

Por tanto, si partimos de un derecho penal protector de bienes jurídico, que prescriben la evitación de lesiones o puestas en peligro, tenemos que remitirnos como presupuesto básico al resultado de una conducta humana, en tanto prohibida. Si la valoración resulta ser negativa, se afirmará la antijuridicidad material, de lo contrario no habrá otra solución que excluirla.

Pero, también el ordenamiento jurídico permite una valoración positiva, permisiva, aunque se haya lesionado el bien jurídico, esto responde que todo bien jurídico, entendido materialmente, lleva implícita un imperativo comunicativo de no lesionar el bien jurídico, aun cuando este se lesione, la norma sigue vigente. Esto permite, a las causas de justificación, que no suponen una valoración distinta del hecho típico, si no que requieren una situación fáctica, integrada de elementos descriptivos y normativos, que explican la distinta valoración en cada caso concreto, pero no de manera aislada, sino *paralelamente con los principios fundamentales de cada causa de justificación*¹⁰.

⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho», en *El bien protegido y la norma penal*, PPU, 1991, p. 173.

⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 228.

⁹ MIR PUIG, Santiago, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *RECPC*, 2004, p. 18.

¹⁰ Fundamento de los principios, esta en que son juicios valorativos anteriores a la formación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, los cuales fundamentan la creación normativa. DÍAZ CONLLEDO, José María, *Principios generales del Derecho*, 1971, p. 79, en <http://bibliotecajuridica.blogpost.com>.

Por consiguiente, aun cuando determinadas conductas están proscritas en tipos penales (mandatos y prohibiciones), su realización material no implica una total infracción de una norma imperativa, pues ni, el tipo objetivo-subjetivo, suprimen todavía la infracción de una norma penal, necesariamente; ya que puede haber en amparo de la conducta una causa de justificación¹¹ (permisiones).

2. El amparo de las causas de justificación y la normas permisivas

La fundamentación de las causas de justificación, ha sido debate de todo una época, pero de los que se trata, como hemos hecho referencia en antes, no sólo se busca su fundamentación, o por decirlo su legitimación en las permisiones de la ley, sino en todo el ordenamiento jurídico, pero como se logra esto, si no es ha través de los principios rectores de todo el sistema.

En nuestra doctrina, el maestro HURTADO POZO¹², considera que las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas¹³.

En la doctrina extranjera, JESCHECK¹⁴, refiere que ha menudo la conexión entre tipo y causa de justificación es interpretada como una relación general de regla- excepción; es decir la realización del tipo de injusto, fundamenta la antijurídica del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación.

Nos referimos a las causas de justificación, en sentido de norma permisiva por que el propio ordenamiento exige una determinada conducta con arreglo a derecho, y no solo poder excluir la antijuridicidad por que haya una conducta neutra. Por ello, decimos que las causas de justificación son exigencias del ordenamiento jurídico, en tanto esta las valora positivamente, pero no son las únicas. De ahí que la manera como enfoquemos y valoremos la acción o el resultado, viene del reflejo de la dialéctica de las relaciones de convivencia, plasmados en principios; que son los que precisamente legitiman a las causas de justificación.

¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 423.

¹² HURTADO POZO, José, *op. cit.*, p. 519.

¹³ MORESO, J.J. / VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Asumimos, la teoría de las normas permisivas, de la teoría general del derecho, en tanto serian permisiones fuertes, en tanto están amparadas por una norma que lo permite, dado que lo que es obligatorio se obtiene lo que es permitido; así como también de la permisión débil, cuando no hay norma que lo prohíba, pp. 80-81.

¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 2001, pp. 347-348.

3. Fundamento problemático

El maestro Felipe VILLAVICENCIO¹⁵, extrae algunas consecuencias de la ausencia de antijuridicidad, entre otras, la que nos interesa es la cuarta, esta refiere que *la provocación intencional de una situación que permita invocar una causa de justificación excluye la justificación*.

Es precisamente, esta consecuencia la que me lleva a la interrogante de qué debo considerar por *provocación* y más si es intencional, y en qué medida una provocación puede considerarse *suficiente* para que el orden jurídico, excluya¹⁶ una defensa o estado de necesidad. Para que se cumpla con la legítima defensa se exige falta de provocación suficiente, *esta sólo podría ser aquella que sea capaz de convertir en ilegítima la defensa que en principio es legítima*¹⁷. En el estado de necesidad justificante, existe una ponderación de intereses que exige una valoración en el caso concreto, entonces una provocación intencional merece un punto aparte pues, aun cuando no se le excluye la justificación, existe un resultado dañoso.

LUZÓN PEÑA¹⁸ al remitirse a la construcción de la *a.i.i.c.* presupone al menos que haya algunos casos en que, pese a la provocación de la situación, la acción típica siga estando justificada, pues de lo contrario la conducta posterior ya sería antijurídica *in actu*, y no haría falta acudir a una posible antijuridicidad de origen.

Si bien, es cierto, no toda *provocación* imprudente, dolosa o incluso intencional, excluye el derecho de defensa, sin embargo; habría que remitirse aquí al nivel de provocación y su puesta en actividad, para considerarla no legítima; ya sea en la legítima defensa como en el estado de necesidad.

Nuestra, preocupación es bajo que criterios tanto objetivos como subjetivos, podemos valorar estas acciones en su justa actuación, tanto normativa como social, más aún cuando quien actúa, lo hace por estar inmerso en la coalición de bienes jurídicos, que pueden ser propios; entendiéndolo desde una interpretación existencial, el individuo determina siempre a su actuación defensiva, en un costo beneficioso.

¹⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 533.

¹⁶ No sólo en el campo penal, sino en todo el ordenamiento jurídico, el cual informa cuando la conducta esta justificada, además que no son las únicas, pues las causas de justificación por provenir de un amplio campo, son de *numerus apertus*.

¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, p. 568.

¹⁸ *Ibidem*, p. 588

Es necesario tener presente esta interrogante, ya que como dijimos al inicio, estamos en la etapa, en la cual la valoración de la norma prohibida, contiene también una permitida paralelamente, es decir las dos tienen el mismo rango; por lo tanto, la situación concreta queda al criterio valorativo del aplicador de la ley.

En este sentido LUZÓN PEÑA, refiere que al provocador no le está vedado el protegerse o mantener el orden jurídico, a pesar de que haya realizado una provocación imprudente o dolosa, siempre y cuando con su defensa, se mantenga dentro de los límites de lo necesario¹⁹. Así también, en el estado de necesidad justificante, es decir para mantener un interés superior, el provocador intencional, por una parte el provocador y posterior agente salvador y por otra el necesitado pueden ser personas distintas, es decir si se trata de un estado de necesidad ajeno provocado intencionalmente (...), no son lo suficientemente graves para modificar los criterios de ponderación de intereses y de exigibilidad en perjuicio del necesitado, para excluirlo la justificación de la acción realizada en estado de necesidad en sí mismo²⁰.

Por lo expuesto, y enfocándonos en un derecho penal racionalizado en función de un cumplimiento de las relaciones mínimas de respeto por bienes jurídicos, en tanto sea expresión de relaciones sociales. Podemos decir que existen aquí dos cuestiones referenciales para valorar el hecho global en concreto, de forma subsecuente.

a) Respeto por la no ofensividad de bienes jurídicos.

b) La referencialidad de los principios que fundamentan las reglas de permisión.

Consideramos estos criterios, para poder referirnos de manera adecuada, a la valoración (ponderación), de la situación, donde se den este tipo de provocaciones dolosas o culposas, y no solo ha esto; ya que los criterios de la imputación objetiva nos exigen primero valorar la lesión o puesta en peligro de una determinada acción.

a) Respeto por la no ofensividad de bienes jurídicos

En cuanto, al primer punto, las conductas proscritas por el legislador en tanto lesionan bienes jurídicos, están vedados, de lo contrario no hay ofensividad.

¹⁹ *Ibidem*, p. 589.

²⁰ *Ibidem*, p. 591.

El bien jurídico, es quien informa, cuando se cumplió o incumplió con su protección. Ya que hay que resaltar que el bien jurídico, es un producto social histórico, es decir surge en un sistema social valorativo concreto, en un periodo determinado; por lo tanto, esta en el conocimiento de la mayoría (por no decir todos) de los que participan de esta convivencia²¹.

Así la vida, la libertad, en cuanto objetos protegidos por una norma penal, lo están como relación social concreta, cuando el tipo castiga el homicidio, esta castigando (una expresión dentro de)²² una relación social que niega el bien jurídico vida.

Aun más; si se pretende un derecho penal garantista, la responsabilidad penal, no deriva simplemente de la realización formal de un conducta definida previamente como delito, sino que es necesario que esta conducta este dotada de significación social.

Por otro lado hay que distinguir entre bienes jurídicos y objeto de la acción que muchas veces pueden coincidir, pero de ello no se deriva su total asimilación. El bien jurídico, es el punto de fuga de las figuras de imputación, o el eje material de una norma²³. Desempeña un papel importante ya que el nivel primario de la averiguación de la estructura del delito y acto seguido en el segundo nivel en la determinación del marco de acciones comprendidas en el tipo como menoscabadoras del bien jurídico²⁴.

El bien jurídico penal, si bien normalmente se valora modo tácito, la norma de conducta jurídico-penalmente protegida se pasa en un juicio de valor del legislador que indica que ciertos estados de cosas, deben ser, esto es: deben ser conservados.

Por ello, la tipicidad y antijuricidad, se constituyen en dos momentos valorativos de un mismo hecho, donde se trata de imputar a una conducta²⁵ el haber causado un resultado desvalorado.

²¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 152, este autor considera que el bien jurídico tiene un doble carácter sintético, es una síntesis normativa y una síntesis social.

²² El entre comillas es aumentado nuestro.

²³ HEFENDELH, Roland, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en *Id. (comp.)*, *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 196.

²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, «El principio protector de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», *op. cit.*, p. 199.

²⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 174.

b) La referencialidad de los principios que fundamentan las reglas de permisión

Si bien es cierto en nuestra cultura jurídica, y más en la práctica, lo menos²⁶ que hacemos es referirnos a principios, en esta segunda escala valorativa, son de fundamental aplicación, ya que sin ellos las causas de justificación, no se integrarían al sistema normativo.

La sistematización general ha sido y es, una característica de la doctrina, y en cuestión de principios que fundamenten las causas de justificación se han hecho presentes dos variantes: las monistas; que tiene su fundamento en un único principio, como son la teoría del fin; SAUER planteo el «principio de más beneficio que perjuicio»; NOLL, considera la ponderación de valores como principio de justificación.

ROXIN²⁷, entiende que estos principios ordenadores se presentan en número y combinación diferente en las diversas causas de justificación ya que operan como directrices interpretativas para concretar su contenido y permiten ver tanto la estructura de las causas de justificación en particular, como su contexto.

Pero, no siempre es fácil aplicar en un determinado caso, los principios ciñéndonos a su criterio interpretativo, de ahí que para HURTADO POZO²⁸, ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación conforme a principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de estas en particular; pues, las mismas se basan en diversas combinaciones de factores justificantes.

4. Criterios de fundamentación de la a.i.i.c.

En sus inicios la a.i.i.c., se planteaba de manera muy general. Así surge con KOHLRAUSCH-LANGE, *quien aplica la figura, para todos los casos en que el propio autor ha provocado intencionalmente la situación que en sí misma justificaría el hecho, para poder cometer impunemente el hecho, la razón de la punibilidad es que aquí el momento en que se comete la acción antijurídica y culpable es aquel en que, se crea la causa de justificación dolosa*²⁹.

²⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, en la actualidad se tiende a reducir la importancia explicativa de los principios que fundamentan las justificaciones, p. 523.

²⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, reimp., Civitas, 2006, pp. 550-561.

²⁸ HURTADO POZO, José, *op. cit.*, pp. 519-520.

²⁹ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, p. 589.

Así también LENCKNER, *no se puede ver aisladamente dicha acción, desligándola de la totalidad de lo sucedido, sino que hay que perseguir la conducta del provocador hasta su origen y comenzar ya allí con la valoración jurídica, lo que conduce a la a.i.i.c.*; asimismo, se alude al paralelismo con la figura de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa jurídicamente³⁰.

BAUMAN, considera que *la fundamentación de la justificación de la segunda acción solamente se refiere a dicha acción, pero no cubre anteriores conductas dispuestas por el sujeto y causales para la totalidad del curso del hecho, por ello en la conducta anterior concurre una realización antijurídica del tipo, ya que la causa de justificación no afecta a esa acción.*

Por otro lado SCHMIDHAUSER, ve la razón de la antijuricidad de la *cusa de origen en el hecho de que la provocación, de modo no permitido o inadecuado, pone los bienes jurídicos del provocado en peligro de lesión para la defensa frente a la agresión y por tanto la conducta provocadora precedente es peligrosa y finalmente lesiva para bienes jurídicos y no hay nada que la justifique, se crea así una situación de necesidad fundamentadora de injusto.*

KUPER, también acepta la a.i.i.c., solo en el estado de necesidad justificante, pues para el la legítima defensa la agresión ante una provocación, antijurídica depende de la decisión del provocado.

Como apreciamos, KUPER, empieza a restringir su aplicación, ya que las exigencias, que derivan de las propias estructuras de las instituciones de legítima defensa como, como del estado de necesidad; implica permisiones, facultades o deberes de actuación que hacen imposible fundamentar una a.i.i.c.

Nosotros nos ceñimos a la fundamentación particular que desarrolla LUZÓN PEÑA, para este autor la aplicación de la figura, sólo es posible en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que solo elimine el desvalor de la acción. Pero ello presupone que hay dos clases de causas de justificación, que se pueden distinguir, estas son, según que también suprimen el desvalor del resultado o que sólo excluyan el desvalor (subjetivo u objetivo) de la acción³¹, pero no la subsistencia de un resultado desvalorado y jurídicamente indeseado.

³⁰ *Ibidem*, p. 592.

³¹ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.*, p. 597.

No obstante, dado que puede haber un desvalor de la acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado y dado que ello, tanto el desvalor objetivo de la acción como el desvalor de la intención «subjetivo», solo se puede derivar de la adecuación o incluso predisposición de una acción para producir un resultado (o un hecho) jurídicamente desvalorado, es imposible que sea antijurídica (en relación con el tipo de lesión) una acción provocadora que en definitiva conduce a un resultado valioso³². Pero, esto no puede significar la impunidad de quien actúa intencionalmente. Ya que normalmente, el autor de la provocación ya que esperaba con anterioridad una posterior agresión, planeada por él. Y de donde se extrae, esto, pues de la racionalidad de la respuesta, pues el provocador y posterior agente salvador pudo utilizar medios menos lesivos, o de la ponderación, de los bienes lesionados.

Por otro lado, en el estado de necesidad justificante, donde solo se elimina el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado, es más clara la aplicación de la *a.i.i.c.* Aquí, la valoración de la acción de estado de necesidad no se valora negativamente, de allí su permisión; pero, no se puede negar el desvalor de su resultado. Ya que es precisamente la acción provocadora la que crea directamente el peligro para el interés que hay que salvar, y con ello la situación coactiva que obliga con mayor o menor intensidad lesionar un bien jurídico y a sacrifica con ello un interés. De ahí que esta primera acción, causa de modo objetiva y subjetivamente imputable es injustificadamente un desvalor del resultado. Por tanto la responsabilidad se determina según que exista dolo o imprudencia respecto del resultado final (no respecto de la creación de peligro que fundamenta el estado de necesidad); dándole mayor relevancia a este punto, se deriva el hecho que puede haber responsabilidad meramente imprudente, incluso cuando en la acción de la justificación haya habido dolo.

En cuanto a las limitaciones, que habría en su aplicación, estas derivan del ámbito formal, ya que si la conducta en su conjunto, a pesar del desvalor de la acción de la acción provocadora y de la acusación de un desvalor del resultado, no se ajuste a las exigencias del tipo. Entonces, ateniéndonos a las modalidades del tipo de delito, el principio de legalidad podría impedir la subsunción de la conducta en el tipo correspondiente, pero en cuanto se refiere a los delitos puros³³

³² *Ibidem*, p. 601.

³³ Es decir aquellos delitos que carecen de tipificaciones especiales de forma de acción.

de resultado, no parece haber problemas. HURTADO POZO³⁴, ve esto como inconveniente, ya que en los delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de su ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro.

LUZON PEÑA³⁵, argumenta, que a la exigencia de la acción previa dolosa o no, que revele un desvalor de la acción, tiene que ser típica; para poder imputarle la causación del desvalor del resultado; pero ya la provocación dolosa de un causa de justificación excluyente sólo del desvalor de la acción constituye ya una tentativa³⁶ (idónea o inidónea), es decir, existe una acción típica.

Por consiguiente, si el sujeto con su acción provocadora crea una situación de colisión en el que se ve forzado a realizar una acción (que excluye el desvalor de la acción, pero si que causa un desvalor del resultado), entonces resulta que precisamente no es libre el hecho de emprender esa segunda acción, y que su acción u omisión ya no queda totalmente a la libre decisión del sujeto (...), ya que exige una coerción jurídica para actuar; pues si la provocación del estado de necesidad crea un peligro para bienes jurídicos ajenos, el provocador estará obligado jurídicamente a actuar en estado de necesidad si quiere evitar su mayor responsabilidad por el eventual resultado lesivo.

5. Crítica a la *actio illicita in causa*

Sin embargo, la doctrina es reacia a su aceptación; entre ellos el maestro HURTADO POZO, en la doctrina extranjera principalmente ROXIN. Entre las principales críticas específicas están:

- Al provocador le falta el dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado.
- La antijuricidad, tendría que derivarse solo del resultado final pretendida y producida pero ello no es posible, dado la acción antijurídica, puede no ser antijurídica.

³⁴ HURTADO POZO, José, p. 559.

³⁵ *Ibidem*, p. 612.

³⁶ Es posible que se a correcto exigir para la existencia de tentativa acabada que el curso del acontecimiento se haya escapado de las manos del sujeto; pero no es necesario para la existencia de la tentativa inacabada, para la que basta el comienzo de la acción de ejecución, que en los delitos puros de resultadota concurre si hay una conducta que domine el curso del acontecimiento, mediante la creación de una situación coactiva.

- La justificación y permisión de la acción final solo sería aparente si en definitiva la misma fuera penada por la lesión de un bien jurídico.
- Su aplicación solo puede darse en los delitos de resultado.

Existen dos casos³⁷ paradigmáticos, que permiten poner de relieve esta crítica, el «caso de las heces fecales» (Tribunal Alemán 1978), donde el conductor de un camión con una pesada carga de inmundicias había penetrado imprudentemente por un camino de tierra poco firme, y al atascarse el camión y amenazar con volcar y sufrir graves daños el vehículo, el conductor, contraviniendo una prohibición, vació la carga, sin que el propietario hubiera aprobado tal vaciado. Si bien el tribunal le reconoció la existencia de un estado de necesidad justificante, pero la ilícita causa que suponía el haberse introducido por el camino de tierra se deriva responsabilidad penal por imprudencia. El otro es el «caso de la huida del lugar del accidente», donde el conductor de un turismo había causado con dolo eventual un accidente de tráfico y a continuación se había dado a la fuga infringiendo una prohibición, para evitar ser apaleado por las personas allí presentes. En los dos casos, se hace una valoración del estado de necesidad, en cuanto a la valoración de los bienes preponderantes; no obstante, no consideran que la causación del accidente sea ya el comienzo de un delito posterior, donde la acción de la realización típica, es distinta y justificada.

No obstante, los partidarios de la *a.i.i.c.*, insisten en que no es contradictorio en absoluto considerar conforme a derecho la última fase de la acción en cuanto solucionadora de un conflicto, y en cambio, en cuanto a la acción anterior, en la medida que desencadena el conflicto innecesaria y por calificarla como antijurídica y vincularle el resultado, la lesión de otro.

6. Criterio dialéctico para su aceptación

Por los criterios expuestos, de fundamentación de la *a.i.i.c.*, no pretendemos extendernos más en ello. Sino, recalcar, que dentro de las funciones del derecho en general y más del derecho penal, no es sólo amparar la estructura formal del ordenamiento jurídico, sino valorar, es decir llenar de contenido jurídico a las determinadas situaciones trascendentes que se dan y que son expresión de convivencia social. Por ello, aquí entender el sentido dialéctico de los acontecimientos, apoya

³⁷ ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 699-700.

a entender el curso del suceso, en tanto el provocador, si bien tal vez no tiene el curso de los acontecimientos venideros, ha expresado (tesis) un actuar humano, contradiciendo el estado de cosas, y previendo utilizar como un medio (además de legal), a las causas de justificación, que son normas permisivas conocidas por todos, para ampararse en su actuar, y provocar un resultado (antítesis) desvalorado por el ordenamiento jurídico; por lo tanto, jurídicamente actúan como marcos referenciales; para imputar (síntesis) una responsabilidad, los criterios cualitativos que son: el bien jurídico lesionado, y los principios que fundamentan cuando su lesión está justificada.

Es por ello, que la provocación tiene que ser de tal magnitud que se convierta en ilegítima, ya que lo que se busca es la agresión; no cualquier provocación (de lo contrario quedaría al arbitrio solamente subjetivo de agresor), puede legitimar a la *a.i.i.c.*, para esto la referencialidad a la valoración de los bienes jurídicos, es trascendente.

Por consiguiente, comprender el aspecto fenomenológico del suceso, como su atribución normativa, ayudaran a desterrar posibles ficciones, propias de los saltos cognoscitivos, algunos del propio ordenamiento que nos pueden hacer relativizar los hechos, y quebrar el paradigma de la verdad jurídico objetiva.

En los casos anteriores, habría que tomar cuenta el hecho concreto, en tanto los sujetos tenían, otra posibilidad de acción, pero buscaron esa, precisamente porque hay una eventual representación, de la agresión; y pretenden acogerla como medio para justificar su acción; sólo así podemos diferenciar la *a.i.i.c.*, de los requisitos de las causas de justificación; en tanto estas estén permitidas.

7. Conclusiones

En tanto, consideramos que la función de la doctrina, está encaminada a buscar soluciones, para los casos problemáticos que se suscitan en la interrelación social; la generalidad buscada, no impide que se tome en cuenta también, criterios especiales para determinados casos; si con ello se consigue aplicar justicia material, conforme al ser de los acontecimientos.

Si bien es cierto, esta figura específica, sólo es aplicable en delito de resultado puro, estos son unos de los más numerosos en la práctica.

Hay que diferenciar, que el hecho empieza desde la provocación ilícita, y no desde la acción justificante, ya que este sólo en un medio previsible, por el agente provocador.

8. Bibliografía

HEFENDEHL, Roland, «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en ID. (comp.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd, «El principio protector de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en ID. (comp.), *La teoría del bien jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1992.

DÍAZ CONLLEDO, José María, «Principios generales del Derecho», en <http://bibliotecajuridica.blogpost.com>. 1971, p. 79,

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2001.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho», en *El bien protegido y la norma penal*, PPU, Barcelona, 1991.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, BdeF, Buenos Aires, 1984.

MIR PUIG, Santiago, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *RECPC*, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, reimp., Civitas, 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2006.

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

HUGO YATACO

I. Introducción

En el proceso penal se enfrentan dos intereses públicos, aparentemente contrapuestos: La eficacia de la represión jurídica del delito y el respeto a los derechos fundamentales del imputado

El Estado siempre que tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, debe reaccionar abriendo el correspondiente proceso para proceder a su persecución y su castigo, por lo que es necesario resaltar que todo proceso de desarrollarse con las debidas garantías que la constitución y la ley señalan.

La investigación según lo establecido en el nuevo Código Procesal Penal tiene como finalidad principal reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa, por lo tanto la investigación constituye la base fundamental para la construcción de estrategias de defensa y acusación según sea la posición en que nos encontremos, y será esto lo que conllevara a una correcta (por lo menos eso se espera) decisión de parte del Juez.

Lo que se busca con este trabajo es poner evidencia si verdaderamente los sujetos procesales se encuentran en la capacidad para cumplir adecuadamente su función, ya sea en la posición de Fiscal o de abogado Defensor.

II. Definición de acto en el campo del derecho y sus dos vertientes

El Acto en el derecho es entendido como una manifestación de voluntad exteriorizada a través de formas establecidas por la ley, y que esta siempre orientada a la producción de efectos jurídicos; por eso es í que en las diversas ramas del derecho podemos hablar del Acto Jurídico, Acto Administrativo pero cada uno con sus propias particularidades debido a su especialidad; pero cuando hablamos de

un proceso no estamos refiriendo a actos procesales, y que estos tienen como finalidad que el proceso en sí se concrete; por lo que se puede observar que los Actos se desarrollan tanto en el Derecho Sustantivo, como en el Derecho Adjetivo

En palabras del Doctor Antonio Luis GONZÁLEZ NAVARRO¹, refiere que los actos procesales «Traducen formalmente el comportamiento de los sujetos procesales en orden al objeto y, determinando efectos y finalidades de la señalada relación, efectos sobre la constitución, modificación, desenvolvimiento o extinción de la misma.» No tienen vida ni significación fuera del proceso que les da sentido, apareciendo como lógicamente subordinadas y dependientes de la prestación jurisdiccional.

Es importante señalar también, que nuestro Nuevo Modelo Procesal Penal establece una clara separación las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez² y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. Al respecto, FERRAJOLI³ defiende:

«La separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás... la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.

¹ Profesor investigador, docente de postgrado Universidad Autónoma del Caribe-Barranquilla, y otras universidades; Fiscal Delegado. Autor de los libros: *El tercero Civil en el Proceso Penal; Sistema de Juzgamiento Penal acusatorio, La Detención Preventiva en el proceso acusatorio.*

² Según lo establecía el Código de procedimientos Penales del año 1939.

³ Luigi FERRAJOLI (Florenia, 6 de agosto de 1940), es un jurista italiano y uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal, pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.[1] FERRAJOLI se define como un iuspositivista crítico.

III. Los actos de investigación y su diferencia con los actos de prueba

Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición. La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

Lo que se busca con la realización de los Actos de Investigación es recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez. Empero la recopilación de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida se hace por medio de los actos de investigación

La distinción entre actos de investigación y actos de prueba no presenta especial dificultad, puesto que Los actos de prueba son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho, los actos de prueba requieren el cumplimiento al menos de dos requisitos, uno objetivo consistente en la contradicción y otro subjetivo, por cuanto la prueba ha de estar intervenida por un órgano judicial». Los actos de investigación nos arrojan elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenidas, pero no, estos no son pruebas; y no han sido sometidos a contradicción ni se recopilan bajo el principio de inmediación.

La legislación procesal penal los siguientes medios de conocimiento:

- La confesión
- El testimonio

- La pericia
- El careo
- La prueba documental.
- El reconocimiento
- La inspección judicial y la reconstrucción
- Pruebas especiales

Los actos de prueba presuponen la realización de las afirmaciones de hechos que constituyen su objeto, afirmaciones que las partes realizan en sus escritos de conclusiones provisionales, por su parte los actos de investigación se realizan con anterioridad a la formulación de tales afirmaciones y su finalidad es aportar aquellos elementos necesarios para posibilitar la realización de las mismas. No podemos hablar de actos de prueba antes de que se hayan formulado las afirmaciones fácticas que van a constituir su objeto.

Los actos de investigación se enmarcan en el seno de la Investigación preparatoria y cumplen por tanto, la misma finalidad que se asigna a ésta: La preparación del juicio oral. Por el contrario los actos de prueba se realizan en el acto de juicio oral, con las excepciones de los supuestos de prueba anticipada y su finalidad es lograr la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones de hechos formuladas y servir de fundamento a la sentencia. Vemos, pues, como su finalidad es también distinta. En los actos de investigación la preparación del juicio oral, en los actos de prueba la obtención del convencimiento del juzgador⁴.

El profesor ORTELLS RAMOS nos detalla y esquematiza las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba⁵:

- a) El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.
- b) La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para dictar resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis.

⁵ MONTERO AROCA, Juan / ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional*, t. III, Bosch, Barcelona, 1994, p. 151.

- c) Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se fundan en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la autoridad judicial penal tenga convicción de la responsabilidad del procesado, sino es suficiente un juicio de mera probabilidad al respecto. Los actos de prueba determinan la sentencia; y sólo la plena convicción sobre la responsabilidad penal permite una resolución condenatoria, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a una absolucón.
- d) En los actos de prueba deben respetarse escrupulosamente los principios de inmediación y contradicción, los cuales adquieren mayor intensidad. En los actos de investigación, la existencia de estos principios disminuye.

IV. Actos de investigación en los cuales participa la policía nacional en el nuevo modelo procesal penal

En la fase de investigación preparatoria. En esta primera fase del proceso penal a cargo del Fiscal, comprende las llamadas diligencias preliminares y la investigación formalizada. Como parte de las diligencias preliminares, la Policía podrá recibir denuncias, debiendo en este caso dar cuenta inmediata al Ministerio Público. Concluida su intervención, emitirá un informe dando cuenta detallada de la labor encomendada por el Fiscal, sin emitir juicios de valor y menos de adecuación típica, por ser esa labor competencia exclusiva del Ministerio Público. Aquí se requiere un esfuerzo de adecuación de la Policía Nacional, acostumbrada tradicionalmente a investigar y tipificar los delitos y determinar responsabilidades de los presuntos autores o implicados, mediante el Atestado Policial.

a. Art.330.2. Diligencias Preliminares. Tiene por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados; y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas convenientemente. Estas diligencias preliminares las puede realizar el Fiscal por si mismo o disponer que realice la PNP Art.330.1. Tienen un plazo de 20 días salvo que se produzca la detención de una persona.

El Representante del Ministerio Público, al recibir una denuncia o tomar conocimiento de la posible comisión de un ilícito penal, da inicio a una fase meramente investigativa a través de la realización de diligencias preliminares, las que tendrán por objeto permitir al Ministerio Público o al personal policial, bajo su dirección, realizar labores investigativas que no impliquen restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, es decir, la búsqueda de los elementos de prueba, la obtención, aseguramiento y preservación de la evidencia física, la identificación de sospechosos y los agraviados, entrevistas, interrogatorios y otras actividades que lo conduzcan a determinar a *prima facie* si se cometió alguna conducta punible y la identidad de los presuntos responsables, que le permitan dar inicio al ejercicio de la acción penal.

b. Art. 336. Investigación Preparatoria. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preparatorias que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria. El plazo de la Investigación Preparatoria es de 120 días naturales, prorrogable por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales (total 06 meses). En el ejercicio de sus funciones de investigación podrá solicitar la intervención de la Policía. Terminada la Investigación Preparatoria, el Fiscal tiene 15 días para decidir si formula acusación, pudiendo optar por el sobreseimiento, en los casos que establece la Ley. El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional (Art. 322° del CPP).

En el nuevo modelo procesal el Ministerio Público deja de intervenir y coordinar la investigación que realiza la Policía y pasa a diseñarla y controlarla, pues el Fiscal ahora deberá supervisar y controlar cualquier investigación efectuada por la Policía Nacional, sobre la que recae la obligación de apoyar al Ministerio Público y mantenerlo permanentemente informado. Es verdad que el Fiscal no tiene que estar presente en la totalidad de la investigación pero esta en la obligación de instruir al personal policial el objeto y las

formalidades específica de los actos de investigación para lo cual deberá diseñar la estrategia de investigación que se adecue al caso.

V. Problemas en el desarrollo de los actos de investigación

Como sabemos el nuevo modelo procesal exige que muchas de las actitudes de los miembros del Ministerio Público, como de la Policía Nacional y demás integrantes del Sistema de Justicia debe puesto que se puede detectar que desde que entro en vigencia el Nuevo Código. Bien señala el profesor Pablo SÁNCHEZ VELARDE⁶, que «Se debe tomar conciencia que la reforma de la justicia, sobre todo, la penal, además de requerir un cambio de mentalidad, necesita ser asumido como un problema cultural».

Si una de las principales finalidades del nuevo modelo procesal es agilizar la Correcta Administración de Justicia deberá dejarse de lado el equivocado concepto de que uno es «dueño» de su despacho y jefe único de las personas a su cargo, así como conocedor único e insustituible de los casos asignados⁷. La corporativización de los despacho Fiscales solo tendrá sentido si se llega a la uniformidad de criterios, lo que no debería como debería de mal interpretarse como una injerencia en las decisiones de los Fiscales al momento de realizar los actos de investigación.

Con el actual modelo el Juez deberá entender que ya no es el que dirige la investigación, y que esta función esta estrictamente encargada al Ministerio Público. Bien anota Pablo TALAVERA ELGUERA⁸ que una de las características de la asunción de un modelo acusatorio o adversativo es el abandono del Juez como órgano de investigación, el mismo que concentraba en su persona las funciones de averiguación y las de decisión sobre medidas restrictivas o limitativas de derechos

La falta de apoyo presupuestario, logístico, personal humano y tecnológico tanto a los Fiscales y personal de la Policía puede causa serios problemas para el desarrollo de una investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos; por otro lado, la Policía no se esta acoplando debidamente con el nuevo modelo procesal penal. Pues, el

⁶ *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 235.

⁷ ROSAS YATACO, Jorge, *El sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal Penal*. Ha sido Fiscal Provincial Coordinador de Huaura, ex profesor de la Universidad de San Pedro-Huacho. Egresado de Maestría en Ciencias Penales-UNMSM.

⁸ *El nuevo Código Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 1.

éxito o fracaso de una investigación depende de la relación o binomio policía-fiscal, y ambos deben estar compenetrados con este sistema de justicia penal. Tal como expone Lorena GAMERO CALERO⁹ el complejo escenario ofrecido hasta el momento por el modelo inquisitivo, varía sustancialmente con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, puesto que, se confiere por un lado, el monopolio del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, y por otro lado, se le permite al fiscal asumir, en términos fácticos, la dirección funcional de la investigación en la denominada etapa preparatoria. De esta manera, se establece claramente que la policía constituye un auxiliar –en función judicial– importante para la labor del Ministerio Público en la definición y ejecución de estrategias de la investigación del delito. Por lo tanto ha de señalarse que coordinaciones fluidas que permitan un correcto trabajo en equipo.

Ha de observarse también no hay uniformidad de criterios con relación a las detenciones que efectúan los policías en situaciones de flagrancia, originando que muchas veces se detenga sin la concurrencia de los requisitos que se exige en la norma procesal, lo cual determina que el Fiscal disponga su inmediata libertad con el subsiguiente malestar de las víctimas y de la ciudadanía en general, dándose la impresión de que se estaría avalando la impunidad.

Se puede observar también que en otras situaciones el personal de la policía comunica la detención de personas con varias horas de retraso, luego de efectuada la detención, lo que impide el buen ejercicio de defensa por parte del imputado, así como una buena labor de investigación por parte del Fiscal a fin de que pueda diseñar una adecuada estrategia de investigación de los hechos, pues el plazo de veinticuatro horas es perentorio y la pérdida de algunas horas va en detrimento en el esclarecimiento de los hechos, pudiendo incluso crear perjuicio al propio Fiscal.

Otro de los principales problemas consiste en que gran parte de la ciudadanía no comprende los casos en que la Constitución establece cuando procede la detención de una persona. Recordemos que el artículo 259°. 2 del Código Procesal Penal establece tres tipos de flagrancia: *Flagrancia propiamente dicha*, *Cuasi flagrancia*, y la *Presunción legal de flagrancia*; precisamente es la falta de información de conceptos

⁹ «La Policía Nacional y la conducción de la investigación del delito», en *Actualidad Jurídica*, N° 140, p. 105.

básicos, los que la ciudadanía debería de ser informada a fin de no realizar denuncias sin estar convencido de que los supuestos procesales se han cumplido.

La falta de preparación de Fiscales que ingresan a dirigir la investigación, conlleva a que la investigación pueda ser mal dirigida y por lo tanto también podría conllevar a un malestar por parte de la población.

Asimismo, el excesivo uso de los plazos para la realización de los actos de investigación, conlleva a que el hecho investigado no encaje exactamente con la celeridad proclamada por el nuevo modelo, sin embargo no ha de dejarse de mencionar que la carga laboral por la que atraviesan los Fiscales en varios de los Distritos Judiciales, es la que podría conllevar a que los plazos establecidos para la realización de la investigación no se hagan en el menor tiempo posible.

VI. Propuestas

Se capacite al personal del Ministerio Público y de la Policía en técnicas de investigación criminológica, acorde a las exigencias del Nuevo Código procesal penal, y que para el ingreso provisionalidad o titularidad del cargo de Fiscal en lo penal se acredite tener los conocimientos necesarios que prueben su capacidad para la dirección de la investigación de diversos hechos delictivos.

VII. Recomendaciones

- Realizar capacitaciones conjuntas entre la Policía, Jueces, Abogados, Fiscales y la ciudadanía a fin de concordar, unificar criterios y pautas en la determinación de los delitos en flagrancia, evitando de esta forma algunas detenciones arbitrarias e ilegales, así como informando los casos expresos y permitidos para una detención.
- Se asigne los recursos necesarios a fin de que se cuente con los equipos, herramientas y tecnología necesaria, cuando se tenga que investigar delitos complejos que necesiten un estudio riguroso.
- Se implemente programas de capacitación constante dirigidos al personal de apoyo tanto de la Fiscalía como del Poder Judicial, ya que esto favorece al mejor desarrollo de las funciones encargadas.

- Que se realice una mejor coordinación entre el personal de la policía y del Ministerio Público a fin de evitar problemas que pudieran afectar el desarrollo de la investigación
- Que en cada Distrito Judicial Oficina donde se realicen las pericias más importantes, necesarias y urgentes de criminalística

VIII. Bibliografía

ORTELLS RAMOS, Manuel / MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. III, Bosch, Barcelona, 1994, p. 151.

ROSAS YATACO, Jorge, *El sistema acusatorio en el nuevo Código Procesal Penal*.

El nuevo Código Procesal Penal, Lima, 2004, p. 1.

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. EVOLUCIÓN, FUNDAMENTO Y FINALIDAD

EIFFEL RAMÍREZ AVILÉS*

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

RESUMEN: El principio de confianza es parte de la imputación objetiva y su *ascenso teórico* ha sido corroborado con el peso que tiene ahora en la jurisprudencia. Pero como principio, requiere de un sustento dogmático y coherente. Creemos que la teoría de los roles es la columna vertebral del mismo; así como también, que la base de esto, no se trata de una confianza psicológica, sino que se rige por criterios normativos.

PALABRAS CLAVES: Contrato social, rol, expectativas, persona, deberes generales, deberes especiales, tráfico rodado, división del trabajo, prohibición de regreso, confianza objetiva, imprudencia, imputación objetiva, contactos anónimos, ámbito de organización.

Introducción

Si comparásemos el sistema de transporte y comunicaciones de alguna cultura de antaño con la que hoy vivimos, podríamos optar por el principio de confianza sin ni siquiera hacer una elucubración dogmática. Intuimos sin más su necesidad. Nadie veía, por ejemplo, urgente, una norma que dijera a los antiguos pobladores sobre cómo son las preferencias en una vía cuando en la misma no pasaban más de tres o cuatro vehículos de carga por día. En cambio, en una pista de cualquier ciudad cosmopolita, actualmente, requiere de Reglamentos expresos para hacer viable el pase de los vehículos.

Sin embargo, la confianza depositada en un tercero fue conocida por los antepasados y nosotros. Esto porque tanto ellos como nosotros mismos asumimos normas objetivas para regir los contactos sociales. La diferencia está en que aquéllos aligeraban sus criterios de punición (por eso mandaban a la hoguera al brujo y a su familia que incluso no sabía que tenía este oficio pecaminoso), mientras que el derecho penal contemporáneo pone la barrera de la imputación objetiva. En el ejemplo del brujo, si los hermanos ayudaban a comprar los ingredientes de las pócimas venenosas desconociendo el fin ilícito, no se podía hacérseles responsables bajo el principio de confianza.

Entonces, una sociedad moderna y compleja como la del siglo XXI, en cuyo seno se producen contactos anónimos en su mayoría y el trabajo en equipo cada vez más se especializa y tecnifica, requiere del principio de confianza. De lo contrario, se nos permite exagerar, estaremos en la paranoia de no creer en nadie: debemos frenar en cada cruce, tenemos que revisar hasta el último instrumento desinfectado en una operación de emergencia, hurgaremos policiacamente si nuestros allegados tienen prontuarios, etc. Esto, llanamente, sería inimaginable.

La moderna fundamentación del principio de confianza y su ubicación dentro de la imputación objetiva, dependió, justamente, del avance teórico de ésta. Por ello, requeriremos de un resumen acerca de la dogmática antes de la construcción normativista de la imputación objetiva.

I. Antecedentes: causalismo y adecuación social

1. Teoría de la equivalencia de condiciones: En el apogeo de las ciencias naturales, a inicios del siglo XX, se esbozó una imputación basada en el causalismo naturalista. Existe un nexo entre acción y resultado, gran aporte de esta etapa dogmática. El sujeto llegaba a ser autor si es que había participado dentro del proceso causal que tuviese como desenlace una lesión del bien jurídico. Se resume en la gran fórmula: «es causa toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado final» (*conditio sine qua non*). Por tanto, sería condición todo hecho relacionado con el delito, así *ad infinitum*. La crítica resulta obvia: no se puede llegar hasta Adán y Eva. Extender demasiado la imputación resulta absurdo e ineficaz.

2. Teoría de la causalidad adecuada: Para esta teoría, abarcar todo tipo de causas como imprescindibles para la configuración del resultado era extremo e inconsistente¹. Por tanto, existe un límite, y *él se reduce a que no toda causa es adecuada para llegar a un fin, sino sólo algunas, las adecuadas*. La relación de causalidad es establecida de acuerdo con la «experiencia común»², de que sólo una serie de condi-

¹ «La teoría que sostiene que el carpintero que hizo la cama para la joven pareja y además el colchonero que proporcionó el colchón fueron coautores adúlteros de todos los niños que fueron concebidos en esta cama..., es tan exageradamente ingeniosa que aun a los infradotados se les presenta como un extraño disparate». KAUFMANN, Armin, 1977, que cita de BELING.

² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., 2006, p. 320.

ciones es determinante para configurar el delito. Sin embargo, no está exento de deficiencias. Para HURTADO POZO, el juez tendría la tarea de encontrar las causas adecuadas, y nos llevaría a interpretaciones ambiguas e imprecisas³.

3. Teoría de la relevancia: Planteada por Edmund MEZGER en 1931, según la cual, las causas naturales son necesarias para conocer el resultado, pero no son suficientes. Hay que discriminarlas para así realmente tener las verdaderas. Es la primera gran división entre causalidad e imputación objetiva⁴. Y el criterio para discernir las causas naturales se hace mediante el tipo penal. Entonces, las causas para que se realice el resultado deben ser relevantes jurídicamente, es decir, estar preexistentes en la ley penal. Dicha distinción es ya un avance hacia la moderna imputación objetiva, a pesar de no explicarse los criterios para resaltar típicamente una causa y no otras⁵.

4. Teoría de la adecuación social: Planteada por Hans WELZEL, que reacciona contra las posturas causal-naturalistas. Así, hay una serie de conductas que no realizarían el tipo, pues su costumbre y aceptación social la legitimarían. Pero en un inicio, WELZEL la situó en el ámbito del tipo; luego la consideró como una causa de justificación, para otra vez más tarde colocarlo en el tipo⁶. Mediante la adecuación social, se pudieron resolver una serie de casos, como el del contexto automotor, la venta de bebidas alcohólicas, etc.⁷.

Hoy en día la adecuación social es tomada como una interpretación del tipo. Aunque, autores como ROXIN⁸, las haya relegado de la discusión dogmática por tener otros instrumentos mejores para excluir conductas del tipo penal (la doctrina del riesgo permitido). Esto sobre todo cuando esta teoría fue criticada por su relación con lo ético-social, muy característico de los finalistas⁹.

II. Teoría de la imputación objetiva

Como se explicó más arriba, fue la teoría de la relevancia típica la que distinguió entre curso causal natural y la relevancia jurídico pe-

³ HURTADO POZO, José, 2005, p. 320.

⁴ *Ibidem*, p. 430.

⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., 2006, p. 321.

⁶ CANCIO MELLÁ, Manuel, 1998, pp. 12 y ss.

⁷ Ver sobre todo el típico caso welzeliano sobre el sobrino, en WELZEL, Hans, 1964, p. 86.

⁸ ROXIN, Claus, 1997, p. 295.

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., 2006, p. 347.

nal. Por ello, no toda conducta es pasible de ser sancionada, sólo la que el tipo ya ha discriminado. La imputación objetiva de ningún modo sustituye a la causalidad; ella es una teoría sobre la conducta típica¹⁰. Como teoría, no se reduce al análisis del resultado y su rauda atribución a una conducta (ello sería causalismo); al contrario, mantiene una serie de criterios para poder imputar el hecho a un sujeto. Así, no reniega de la causalidad natural; la mantiene. Pero el siguiente paso que hay que hacer es verificar si se ha creado un peligro jurídicamente prohibido; luego, recién pasaremos a ver si ese mismo produce un resultado. Ésta es la opinión de ROXIN y la mayoría. Tienen sus detractores¹¹, y, los que como Günther JAKOBS¹², toman la imputación objetiva desde otra perspectiva: ella es una regla para saber lo que significa un hecho; y propone más criterios de imputación, que enriquecen la teoría normativo-teleológico de la imputación objetiva.

III. Principio de confianza

1. Ubicación dogmática

El principio de confianza es parte del riesgo permitido. Por ende, su ubicación está en el tipo objetivo. Si nos movemos entonces en el ámbito de la imputación objetiva cabe ver ahora en qué tipos de delitos se encuentra. ¿Delitos de estructura dolosa o imprudente? La respuesta la encontramos viendo la función que cumple el mismo principio. Éste se encarga de delimitar el deber de cuidado¹³. Y siendo así, el principio de confianza encaja dentro de la imputación objetiva de conducta de los delitos imprudentes.

2. Concepto

Es una norma o postulado de la teoría general del derecho¹⁴. Como norma, construye un criterio para el comportamiento de las personas en ciertos ámbitos de la vida social. Este principio, en general, nos dice que los ciudadanos creen en un grupo de normas (expectativas normativizadas) y, por ende, sus conductas estarán dentro del ámbito de lo previsible. Ejemplo: que la ambulancia conducida por hombres responsables llegue a su destino (el hospital) en casos de

¹⁰ *Ibidem*, p. 321.

¹¹ *Vid.* GRACIA MARTÍN, Luis, 2004.

¹² JAKOBS, Günther, 1998, p. 9.

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, p. 330.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 281 y ss.

emergencias. Entonces, gracias a las normas comúnmente compartidas por nosotros, *se nos está permitido confiar* en los actos de terceros. Trasladando esto al derecho penal, podemos decir, que el principio de confianza es un supuesto del riesgo permitido que nos dice que en determinados contactos sociales (tráfico viario, trabajo profesional en equipo, empresas, etc.) el derecho permite la confianza sobre terceros, justamente, por su plena responsabilidad; y, si en caso ocurriese un hecho ilícito, el sujeto que confía estará exento de responsabilidad penal. De aquí podemos derivar, recogiendo a JAKOBS, que el principio de confianza no se interpreta psicológicamente, sino normativamente¹⁵.

3. Fundamentos

3.1. Contrato social y la teoría de los roles

El fundamento de una doctrina o un sistema debe tener una base; de lo contrario, una construcción dogmática se desmoronaría como un edificio que se cae sobre su base de arena. Por ello, en principio, se asume *la teoría del contrato social* como legitimador de lo que vamos a exponer. Esta tesis tiene raíces griegas, pero llegó a difundirse rápidamente con los ilustrados franceses y los teóricos ingleses modernos¹⁶. Aparte de las diferencias que hay entre los autores, ella postula que la sociedad civil o política que ahora vivimos surge producto de un contrato. Antes de dicha sociedad, los hombres vivían en caos y guerra (*bellum omnium contra omnes*). Con el pacto social se establecieron reglas fijas para una convivencia y se legitimó el Estado.

Justamente, el concepto de rol¹⁷, tiene sus orígenes en esta vieja teoría del contrato social. Siguiendo a N. Luhmann, se reduce la complejidad, es decir, se estabilizan las expectativas y ahora los ciudadanos confiamos en el actuar de otros, o mejor dicho, conocemos la posición de tal persona dentro de nuestro entorno social. Así tenemos el rol del policía, del bombero, del profesor, etc. Entonces, podemos decir, que el rol es un status, relativo en un contexto social, que tiene como base un contrato general que posibilitó la convivencia. El incumplimiento del rol genera en algunos casos sanciones jurídico-penales.

¹⁵ JAKOBS, Günther, 1997, p. 253.

¹⁶ Entre los antiguos tenemos a PROTÁGORAS. En la modernidad están ROUSSEAU, HOBBS, LOCKE.

¹⁷ *Vid.* http://en.wikipedia.org/wiki/Role_theory. También en CARO JOHN, José Antonio, 2003, pp. 28 y ss.

3.2. Concepto de persona

Según una difundida opinión, «persona» es una máscara, una representación. Concepto que proviene del Derecho romano, fue cogido por los penalistas para diferenciar a la persona natural de un sujeto con derechos y deberes jurídicos. La imputación jurídica recae sobre personas, no sobre individuos. Sus capacidades individuales, deseos y orientaciones íntimas no cuentan¹⁸. Pero las personas reconocen normas objetivas, que los vinculan; de ahí adquieren su competencia o rol¹⁹.

Así, poseemos un haz de conceptos que se correlacionan entre sí. La persona surge luego de que en una sociedad las expectativas se objetivan (se convierten en normas); asumen su papel en «el teatro del mundo» (derechos y deberes) y actúan dentro de su ámbito de organización. Pero no debemos olvidar, como apunta Jakobs²⁰, que el concepto persona se configura de acuerdo al contexto social en que se vive. Por ejemplo, los esclavos no eran personas en la Antigüedad. Ahora bien, como personas, dijimos, tienen una serie de roles, que vamos a especificar a continuación.

3.3. Ámbito de organización

La persona en Derecho posee roles que han de regir sus conductas en los contactos sociales. En primer lugar, tiene un rol general o deber negativo, que consiste en respetar a los demás como personas; se vigencia así el *neminem laedere*. Estos deberes son no matar, no robar, no dañar, etc. Por otro lado están los roles especiales o deberes positivos; aquí estamos bajo una norma de mandato, que nos ordena velar o favorecer²¹ por la esfera jurídica de otro. Hay una competencia institucional. Ejemplos: el rol del padre de familia, del funcionario público, del profesor, etc. El ámbito de organización o espacio de juego, donde se mueve una persona, se vincula a estos principios; su desconocimiento intencionado o incumplimiento de cuidado, generará una intolerable falta a las expectativas constituidas por el contrato social. A modo de metáfora, la persona es el conductor de su ámbito de organización; debe respetar los semáforos y garantizar el buen estado de

¹⁸ *Ibidem*, pp. 40-1.

¹⁹ JAKOBS, Günther, 1996, p. 52.

²⁰ *Ibidem*, pp. 40 y ss.

²¹ CARO JOHN, José A., 2003, p. 36.

su vehículo. Y podemos derivar el principio de autorresponsabilidad y autonomía de lo anterior²².

3.4. La necesidad social

En sociedades como la nuestra, a diferencia de las antiguas en donde la tecnología era rutinaria y no se tenía la explosión demográfica de ahora, su proceso evolutivo se ha sofisticado. La técnica cada vez más se especializa en todos los sectores del quehacer humano. Podemos ver como caso particular el tráfico rodado; en una ciudad cosmopolita la cantidad de vehículos llega casi hasta el saturamiento total. Y es justamente, la técnica e ingeniosidad humanas las que han podido establecer infraestructuras para viabilizar la conducción, gracias, nada menos, al trabajo conjunto de personas. La división del trabajo y la asunción de roles, es característico de contextos sociales en donde se requiere la funcionalidad de un sistema. Por ello, en vez de estar desconfiando de cada persona a la que se le da una mano, se le paga por un servicio a prestar o espera una buena operación quirúrgica, es necesario más bien depositar una confianza en estas mismas. Así, para mantener el orden en los miles de contactos anónimos que se vive en una sociedad, se requieren de expectativas normativizadas u objetivadas y que generen certeza respecto de los comportamientos de terceros. Así, el médico jefe, espera de sus enfermeros la limpieza de los instrumentos de operación; en una intervención de emergencia, sería inútil y arriesgado tener él mismo que revisar cada objeto, apostando más en la suspicacia que en la confianza. Además esto es inevitable si se quiere disfrutar de los bienes jurídicos; al ponerlos, en cierta medida, en una situación riesgosa, posibilita su optimización y libertad. Es imposible y absurdo ordenar que cada bien jurídico que exista se quede en casa²³.

IV. Alcances del principio de confianza

En la jurisprudencia alemana, el criterio rector fue antes aplicar *el principio de desconfianza*²⁴ para proteger a peatones. Pero ante la necesidad actual en donde vemos, como dijimos más arriba, altos contactos anónimos, era preferible aplicar el principio de confianza. Entre las aplicaciones de este principio tenemos:

²² FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, p. 283.

²³ Más ámbitos de aplicación: comercialización de productos, trabajos en equipo e ingeniería, distribución de productos de consumo, etc.

²⁴ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, 2000, p. 121.

a) Tráfico viario: En este supuesto, los conductores en tanto mantengan a línea su ámbito de responsabilidad, podrán confiar en que los demás también cumplan con su rol de ciudadanos fieles al derecho. Por ejemplo, cuando un conductor está en una vía preferencial, espera que el resto disminuirá la velocidad. Para conocer los deberes de los que participan en el tráfico rodado, resulta necesario remitirnos al Reglamento Nacional de Tránsito.

b) División del trabajo: Distinguiremos, siguiendo a Feijoo Sánchez, la división horizontal del trabajo de la división vertical. En la primera, se da «por necesidades de una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explotación racional del mismo»²⁵, estamos en una relación igualitaria, en donde personas se reparten funciones para cumplir una determinada actividad. Ejemplos de ello es la que hace un cirujano y el anestesista, el médico y el farmacéutico, médicos de distintas especialidades. En la segunda, están presentes las jerarquías; por ende existe una limitación del principio de confianza, pues la persona responsable debe observar que las instrucciones que da se lleven a cabo correctamente. En caso de una defectuosa actuación del subordinado se debe intervenir²⁶. Los ejemplos están en la relación que hay entre el médico y los enfermeros, el ingeniero y los obreros, etc. Los subordinados están amparados por el principio, pues confían en que las instrucciones que da el superior son correctas (su defecto los convertiría en instrumentos)²⁷. En ambos casos de relaciones tenemos que ver si la persona ha cumplido con su deber objetivo de cuidado, sobre todo si es un superior jerárquico. El problema está en saber hasta dónde llega ese deber; el deber de vigilancia no quiere decir que se haga cargo de todas las acciones riesgosas, sino dentro de lo posible y adecuado²⁸.

c) Hechos dolosos de terceros: En este vértice, nos cruzamos con la prohibición de regreso. Asumimos la postura de ROXIN que el principio de confianza fundamenta a ésta. En principio, o, como regla general, los actos socialmente adecuados de personas responsables están exentos de responsabilidad cuando son terceros que los usan para su actuar doloso. Entonces, una vez más, se les está permitido confiar. Ejemplos: la venta de cuchillos, la venta legal de armas, la

²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, p. 305, citando a BARREIRO.

²⁶ *Ibidem*, p. 306

²⁷ *Ibidem*, p. 307

²⁸ ROXIN, Claus, 1994, p. 174.

venta de venenos, de combustible, etc. Cuando otras personas usen estos instrumentos para cometer delitos el derecho penal no puede retroceder hacia los primeros actos causales (la venta). Estamos dentro del riesgo permitido²⁹.

Sin embargo, lo dicho hasta aquí posee límites. Si existe una posición de garante sobre objetos peligrosos no se puede invocar el principio de confianza cuando niños o inimputables hagan uso de éstos; o cuando es previsible su uso doloso³⁰.

Tenemos particular problema con lo último. ¿Cómo se responde ante el acto doloso de terceros, conectados con nuestros actos causales iniciales? ROXIN responde con una regla: cuando la conducta inicial *promueve* la tendencia reconocible de un autor doloso potencial hacia la comisión del hecho³¹. Verbigracia: en una riña, el vendedor de cuchillos le alcanza uno a un combatiente; luego éste mata al otro. Caso de no haber dolo del vendedor, tiene que responder por imprudencia (homicidio culposo). Su conducta, a pesar de ser previsible una muerte, promovió el acto de matar. Así a falta de «promoción», no se responde por nada. Ejemplo: cuando la amante le dice a su pareja: «si me dejas, mato a alguien». No puede haber responsabilidad de quien la dejó.

V. Excepciones al principio de confianza

a) Comportamiento antijurídico evidente del tercero: No se podrá invocar el principio cuando resulta objetivamente previsible, o mejor dicho, hay plena certeza de que la otra persona ya ha infringido con las normas de cuidado. Entonces, la persona *debe compensar la deficiencia del otro* y evitar en cuanto le sea posible el daño. Ya no se le está permitido confiar en el tercero. Ejemplo de esto es el ver que un coche se acerca al nuestro en contra; o cuando el médico ve que el anestesista no ha cumplido con la *lex artis*, etc.

b) Defectos o incapacidades del tercero: El agente que es plenamente responsable no puede esperar un actuar diligente del que no lo es. Poseemos los casos de los incapaces e inimputables. Una vez más, el sujeto responsable debe aumentar su precaución y compensar así la posible irresponsabilidad de terceros. Ejemplo: al pasar por un co-

²⁹ *Ibidem*, p. 175

³⁰ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, 2000, pp. 124-5.

³¹ ROXIN, Claus, 1994, p. 176.

legio, se debe disminuir la velocidad. Pero tenemos también los casos en donde el tercero muestra insuficiencia para comportarse conforme a Derecho. Tampoco se les permite confiar. Así tenemos: las personas adultas o discapacitadas, mujeres embarazadas; o cuando el médico ve que la enfermera está exhausta y agotada³². Por ende, el principio de confianza se excepciona por el principio de de defensa³³.

c) Deberes especiales o de garante: Si se está en una jerarquía superior o se tiene especiales deberes de vigilancia, no se puede amparar el agente en el principio de confianza cuando sus subordinados o los que están a su cargo actúan imprudentemente y le fueron previsibles los mismos. Por ejemplo, cuando un médico tiene a su cargo a un practicante de medicina; o cuando el empleador debe vigilar el actuar riesgoso de sus empleados en la empresa; también cuando el trabajador requiere de capacitación y especialización para que, al trabajar con un objeto peligroso, no se autolesione. Esto es manifestación ya de un principio de desconfianza (o deber de desconfianza)³⁴.

d) ¿Comportamiento antijurídico de uno mismo? Se plantea si es un límite o no. Es decir, si cabe invocar el principio de confianza cuando uno mismo y el tercero actúan antijurídicamente. Para Stratenwerth no es posible, sobre todo en trabajos en equipo³⁵. Sin embargo, como Feijoo anota, no se le puede imputar el delito si el resultado no está conectado con su comportamiento imprudente; además, los actos del agente estarían a «merced de terceros»³⁶. Y la solución estaría cuando analicemos todavía el resultado, pues las conductas ya son imprudentes. Es un caso de concurrencia de culpas.

VI. Críticas y replanteamiento

Podemos señalar, primero, el sustento del principio de confianza. Éste no puede basarse en «un mero confiar de la nunca posible actuación descuidada de otros»³⁷. Más es una ponderación de intereses: sin este principio, la vida social sería imposible en un Estado con contactos altamente anónimos.

³² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, pp. 324-5.

³³ LÓPEZ DÍAZ, Claudia, 2000, p. 127.

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, p. 326.

³⁵ STRATENWERTH, Günter, 2005, p. 526.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, 2002, p. 311.

³⁷ STRATENWERTH, Günter, 2005, p. 523.

Asimismo, existe la cuestión de por qué había que basar una construcción teórica fundándonos en la sola experiencia humana; es decir, por qué decir que el principio de confianza deber regir por la simple necesidad humana; ello no sería científico. Podríamos responder con la lógica de existencia de toda institución. Aquella institución social (Derecho, Poder Judicial, JNE, etc.) que no sirve para resolver problemas humanos es desechada irremediablemente. El principio de confianza nace con un fin práctico, no para hacer dogmática inaplicable en lo real. *Su científicidad no se está discutiendo aquí.*

Sin embargo, es reconocible la debilidad del principio en el ámbito de un delito doloso. *Tiende a confundirse con la prohibición de regreso* (¿aunque en último caso, con cualquiera de ellos no estamos excluyendo la imputación del agente?) Y el concepto propuesto por Roxin, «promoción», *resulta ambiguo en algunos casos*; determinar la inclinación tanto de quien comete dolosamente el delito, como del impulso (¿semi-instigación?) del agente a que realice el mismo cae en el ámbito de la subjetividad. Si bien, incluir dicho término en la dogmática para evitar causalismos, ya es un avance; pero *la teoría de los roles nos parece de mejor solución.*

No debemos olvidar *la base práctica de este principio*; por ende, toda justificación en una imputación objetiva estará sujeta a los cambios sociales y tecnológicos, sobre todo, cuando los contactos anónimos se multiplican y el trabajo en equipo requiera de mayor especialización.

VII. Jurisprudencia

Siguiendo las advertencias de Stratenwerth de que este tópico del derecho penal tiene obligatoriamente que fundarse más en la casuística, podemos coger una serie de jurisprudencias donde es aplicable el principio de confianza.

Así, si la secretaria encargada de transcribir los contratos de crédito fiscal no puede ser imputada por actos delictivos de su jefe, siempre que mantiene su rol de secretaria dependiente (Ejecutoria Suprema del 25/5/98, Exp. N°843-98 LIMA). Otra jurisprudencia nos dice que si una persona le compra a su hermano un objeto de procedencia ilícita, no se puede presumir determinadamente que conozca dicha ilicitud (Ejecutoria Superior de la Sala de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima 9/12/98, Exp. N°5309-98). En el ámbito familiar se nos está

permitido confiar; de lo contrario sería imposible mantener vigente el instituto de la familia. Igualmente, la siguiente sentencia especifica que el contador de la empresa que únicamente se dedica a firmar los balances y declaraciones juradas de impuesto a la renta con la documentación que el coacusado le alcanzaba y sin tener el dolo de cometer el delito no podía hacerse responsable, sobre todo cuando tenía esa relación de amistad y confianza con aquél (Ejecutoria Suprema del 12/5/98, Exp. N°5737-97 LIMA)³⁸.

En el sonado caso de Magaly Medina vs. Paolo Guerrero, apreciamos una serie de particularidades que excepcionan el principio de confianza (la falta de fechador de la cámara fotográfica, el *voucher* de la discoteca, etc.)³⁹.

VIII. Conclusiones

- El principio de confianza tuvo su antecedente en el criterio opuesto: el principio de desconfianza. Con el desarrollo de la imputación objetiva y los modernos criterios de imputación en una sociedad de riesgos, el principio de confianza entra a regir en la jurisprudencia.
- Este principio tiene por una parte un fundamento dogmático. Partiendo de un contrato social, se asignan roles a las personas y éstas actúan como ciudadanos fieles al derecho, controlando su ámbito de responsabilidad.
- En segundo lugar, tenemos el fundamento práctico. Ante la urgente necesidad de resolver casos típicos de una sociedad atomizada y compleja, con altos índices de contactos anónimos y especializaciones del trabajo en equipo, el principio de confianza es un buen instrumento para proteger a la persona responsable y que cumple con su rol.
- El principio de confianza, es parte de la imputación objetiva, específicamente, del riesgo permitido, que consiste en no imputar al agente que le es permitido confiar (por tener la expectativa de que el otro cree en las mismas normas que él), sino al tercero que no ha cumplido con su rol y que por su causa se llega al resultado.

³⁸ Recogidos de ROJAS VARGAS, Fidel, 2005, pp. 83-5.

³⁹ GACETA JURÍDICA, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 124, enero, año...

- El ámbito de aplicación resultan ser: el tráfico viario, división del trabajo y hechos dolosos de terceros. Las excepciones son: comportamiento antijurídico del tercero, defectos de éste y deberes de garante. Creemos que comportarse indebidamente uno mismo, ya no puede esperar que el otro vaya a hacer lo contrario. Pero estaríamos ya en el campo del resultado si se produce el hecho (conurrencia de culpas).
- Este principio está ligado más a su aplicación práctica. Se crea por una necesidad social: es imposible una evolución si se desconfiara de todos. De ahí que su ubicación dogmática esté situada en los delitos imprudentes (imputación objetiva del comportamiento).

IX. Bibliografía

CARO JOHN, José A., *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003.

CARO JOHN, José A., *El Derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I, ARA editores, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley / Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2002.

GACETA JURÍDICA, *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 124, enero, año 14.

HURTADO POZO, José, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 1998.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel / INFANTES VARGAS, Alberto, *Código Penal: catorce años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2005.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General*, t. I, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1994.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 4^a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la acción finalista*, trad. José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ELMER MARCA ROMERO¹

¹ Coordinador del Área Dogmática Penal del Taller de Investigación Jurídico Penal (TAIJPENAL) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

I. Introducción

El problema de la autoría y la participación es uno de los tópicos más complicados dentro del Derecho Penal². En efecto, el estudio, interpretación y aplicación de los tipos penal bajo el *nomen iuris* de «Delitos Contra la Administración Pública» genera no pocos problemas tanto en el campo dogmático como en la praxis judicial convirtiéndose en una temática bastante controvertida. Ello a raíz que gran parte de los delitos contra la administración pública son tratados como delitos especiales, y en los que el problema versa sobre la participación del sujeto no cualificado (*extraneus*) dentro de estos delitos. Como resultado de esta dificultad en la doctrina se han planteado, no muchas, pero importantes criterios a tomar en cuenta.

Pese a la polémica existente, la doctrina ha clasificado a los delitos en injustos de dominio e injustos de infracción de deber³. En los primeros es autor quien tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene el dominio de todo el acontecer delictivo⁴, proveniente de los actos organizativos del ámbito de competencia que éste ostenta⁵. En los segundos es autor, no solo quien lesiona un bien

² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima 2009, p. 461.

³ Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 432; JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general, Fundamentos y Teoría de de la Imputación*, trad. de la 2ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 718. Señala el referido autor que: «En la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentra las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Por ello hay dos modelos de regulación, el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio».

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 702.

⁵ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 718.

jurídico, sino que además infringe un deber asegurado institucionalmente. Tal deber afecta sólo al titular de un determinado estatus⁶; la persona no obligada con dicho deber no podrá ser autor, independientemente de si ontológicamente tenga o no, el dominio del hecho. Entonces, en los delitos de dominio, el autor lesiona o pone en peligro ámbitos de libertad de terceros mediante la infracción de un deber jurídico negativo; mientras que en los delitos de infracción de deber el autor crea riesgos típicos mediante la infracción de un deber jurídico de naturaleza positiva⁷.

Es en esta última categoría donde se encuentran sumergidos los delitos contra la administración pública. En el presente trabajo abordaremos la naturaleza jurídica de estos delitos (delitos de infracción de deber). Para ello abordaremos las relaciones confusas que existe con la determinación del título de imputación (ruptura del título de imputación y unidad del título de imputación), dejando de lado aspectos ontológicos en los cuales se fundan. Posteriormente nos centraremos en qué consisten los denominados delitos de infracción de deber y cuáles son las reglas a tener en cuenta en la autoría y participación de aquellos delitos (*intraneus* y *extraneus*).

II. Determinación de la imputación de los delitos contra la administración pública según la teoría del dominio

2.1. Determinación: delitos de dominio/delitos de infracción de un deber y delitos comunes/delitos especiales

En la determinación de la autoría y participación son dos las formas de fundamentar el injusto penal: a través de un **delito de dominio** o de un **delito de infracción de deber**⁸. La diferencia dogmática entre estos institutos no se limita a una distinción meramente formal (como si es el caso de la diferencia de los delitos comunes y especiales), sino que tras ello se encuentra una distinción de sentido material⁹. A su vez en estos se subdividen en **delitos**

⁶ Id.

⁷ Para ROXIN los deberes son de naturaleza extrapenal ya que estos se encuentran antepuestos en el plano lógico a la norma y que por lo general se originan en otras ramas jurídicas. Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 387.

⁸ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 718.

⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 42.

comunes y delitos especiales. En los primeros, agente o autor puede ser cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos¹⁰: «el que». (V. gr. Homicidio Art. N° 106 del C.P. peruano). A diferencia de los delitos comunes, en los delitos especiales el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo¹¹ (V. gr. Apropiación ilícita Art. 190; Hurto Impropio Art. N° 191 del C.P. peruano). Por último, estos se dividen en **delitos especiales propios** y **delitos especiales impropios**. En los primeros el elemento especial opera fundamentando el injusto y por ende, la pena¹² (V. gr. el Prevaricato Art. N° 418 del C.P. peruano). En los segundos, el elemento especial de autoría opera como un elemento adicional que agrava el injusto ya existente en un delito común, lo cual a diferencia del delito especial propio, aquí, ya existe un tipo común subyacente, de tal manera que si el agente no tuviera la cualidad exigida en el tipo especial, siempre podrá serle aplicarle el tipo común¹³ (V. gr. el Parricidio Art. N° 107 en relación al Homicidio simple Art. N° 106; la Concusión Art. N° 382 en relación al delito de coacción Art. N° 151 del C.P., peruano).

Ahora bien, la doctrina ha clasificado a los delitos contra la administración pública como delitos especiales. Por tanto, en estos, autor será, aquella persona que tiene una cualidad o condición exigida por el tipo penal. No obstante, el problema surge cuando concurre un sujeto cualificado (*intranueus*) y un no cualificado (*extraneus*), en relación al diferente aporte en la ejecución de los delitos especiales. Al respecto la doctrina señala dos teorías rivales que parten todavía de la teoría del dominio del hecho (**teoría de la ruptura del título de imputación y teoría de la unidad del título de imputación**)¹⁴. Antes de analizar cada una de estas teorías, es menester definir en qué consiste el tópico del cual estas dos teorías parten (teoría del dominio del hecho).

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 306.

¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, ARA Editores, Lima, 2003, p. 49.

¹² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 307; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 47.

¹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 307; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 48.

¹⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos Contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 48. En parecido sentido. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar / CARO CORIA, Carlos / REANO PESCHIERA, José, *Delitos de tráfico de influencia, Enriquecimiento ilícito y Asociación ilícita para delinquir, Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 272.

2.2. Teoría del dominio del hecho

Formulado por primera vez por Hegler en los primeros años del siglo pasado¹⁵. HEGLER considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o más exactamente, del sujeto del delito. Sin embargo dicho autor entiende a la figura, solo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, esto es, imputabilidad, dolo, imprudencia y ausencias de causas de exculpación¹⁶. Refiere, que actuará culpablemente solo aquél que tiene pleno dominio del hecho. Así, será autor solo aquella persona que haya sido señor del hecho en su concreta manifestación¹⁷. Junto a HEGLER aparece el concepto de dominio del hecho en FRANK y GOLDSCHMIDT ocupándose, también, en el marco de culpabilidad¹⁸. Posteriormente Hermann Bruns señala que la idea básica en la teoría del dominio del hecho presupone al menos la posibilidad del dominio del hecho. Tal dominio solo concurre cuando la acción es adecuada en general «para ocasionar resultados del género de lo producido»¹⁹.

Diferente al concepto de dominio del hecho referido al concepto de culpabilidad del autor, WELZEL, desde una óptica de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, otorga a la teoría del dominio un contenido distinto²⁰. Según este nuevo entender, el dominio del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría donde el autor se presenta como señor de un hecho: «autor es el señor del hecho», donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa en el hecho, pero no es señor del hecho. En esta teoría solo es atinado hablar de

¹⁵ Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho Penal la expresión «dominio del hecho». En su monografía «*Los Elementos del Delito*» introduce en numerosos lugares el término dominio del hecho o dominio sobre el hecho como concepto básico del de la sistemática del Derecho Penal». Vid. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 81.

¹⁶ IDEM.

¹⁸ *Ibidem*, p. 82.

¹⁹ *Ibidem*, p. 83.

²⁰ La teoría del dominio del hecho formulada por WELZEL, en 1936 surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es establecer el centro de personal de la acción del hecho antijurídico. WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General*, Trad. de la 6ª ed. alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 145.

autoría y participación en los tipos dolosos, ya que solo aquel que mediante una conducción consiente del fin de acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo²¹. Sin embargo, el mencionado autor no señala cuales serian las reglas en los delitos imprudentes.

Actualmente se distinguen tres formas de manifestación de la teoría del dominio²². Dominio de la acción, en la que el autor realiza de manera personal el hecho delictivo (**autoría directa**). Esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal²³. Dominio de la voluntad cuando el agente utiliza a otra persona que le sirve a aquél de instrumento para realizar la acción típica (**autoría mediata**) y dominio funcional donde la realización del tipo consiste en un reparto de funciones (división del trabajo) desde la realización de la acción típica hasta la ejecución del tipo (**coautoría**).

2.2.1. Teoría de la ruptura del título de imputación^{24 25}

Sobre la base del dominio del hecho, es autor quien tiene el dominio del hecho y es participe quien no lo tiene. La tesis de la ruptura del título de imputación sostiene que cuando en los delitos especiales

²¹ Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quien es autor y quien es participe en los delitos dolosos, porque por más que sea a veces difícil de precisar en cada caso quien domina realmente el acontecimiento del delito está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no debe ser considerado autor. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 448 y ss.

²² WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 6ª ed. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, p.154; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 153; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVE, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 289; ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 704.

²³ Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 469.

²⁴ Son partidarios de esta teoría BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal*, 4ª ed., Madrid, 1990, pp. 381 y ss.; BALDOVA PASAMAR, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995, pp.297 y ss.

²⁵ En la jurisprudencia también se discute la unidad o ruptura del título de imputación. En esta última línea la ejecutoria del 15 de marzo de 1994 señala que: «estando la condición especial del sujeto activo del delito, no puede tenerse como cómplice del delito de peculado al particular, pues éste no es el funcionario ni servidor público, por lo que su conducta delictiva se asimila a la de cómplice del delito de hurto en perjuicio del Estado». Ejecutoria Suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, 2009, pp. 505-506.

concurrer un *intraneus* y un *extraneus*, cada sujeto responde por distintos delitos. En efecto, el *intraneus* responde como autor o partícipe de un delito especial, en tanto que el *extraneus* responderá como autor o partícipe de un delito común. Los partidarios de esta teoría se apoyan en la institución dogmática de la incomunicabilidad de las circunstancias personales (Art. N° 26 del C.P.) la cual exige que las cualidades de los tipos especiales no deba nunca de servir de base para la tipicidad (y la pena) del partícipe *extraneus*²⁶.

A decir de esta teoría, en los **delitos especiales impropios**, la comisión de un determinado tipo puede generar más de una calificación jurídica, si es que las condiciones que determinan el status jurídico-normativo que presentan los intervinientes son disímiles; además de un diferenciado título de imputación que se les atribuya según las circunstancias, de tal manera que ante un suceso delictivo en donde se encuentre bajo afectación un bien jurídico cuya accesibilidad para su lesión o puesta en peligro se encuentra restringida para determinados sujetos. Solo aquellas personas que tenga la condición cualificada exigida por el tipo penal para su dominio y por ende afectación (*intraneus*), le será considerada su actuación dentro del supuesto del hecho típico de carácter especial. En tanto que, si en la comisión del mismo hecho delictivo, encontramos la participación de otra u otras personas que no registren la condición cualificada que requiere el tipo (*extraneus*), su participación ya no estará encuadrada dentro del tipo especial, sino, en otro supuesto típico en donde el acceso al bien jurídico no está sujeto a ninguna cualificación especial del agente, delito común, si es que en el ordenamiento jurídico penal existiese una equivalencia con un tipo penal subyacente (delito especial impropio).

Así, el caso del funcionario o servidor público que, con dominio del hecho, se apropia de caudales o efectos de la administración pública (cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo) con la colaboración de un tercero; el primero será autor de un delito especial (peculado Art. N° 387 del C.P.) y el segundo partícipe de un delito común (hurto Art. N° 185 C.P.). Contrario sensu, si éste ostenta el dominio del hecho (*extraneus*) y aquél (*intraneus*) solo se limita a colaborar con el sujeto no cualificado. El primero (*extraneus*) responderá como autor de un delito común (hurto) y el segundo (*intraneus*) responderá como partícipe de un delito especial (peculado).

²⁶ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 48.

Sin embargo en los **delitos especiales propios** trae como consecuencias la impunidad del sujeto no cualificado. Esto en virtud a que en estos no existe un tipo penal común que podría ser cometido por cualquier persona. Dentro de esta perspectiva, tal como sucede en los delitos especiales impropios, la concurrencia del *intraneus* y *extraneus* traería consigo la imputación diferenciada. La clase de imputación dependerá de quien tiene el dominio del hecho. V.gr. si en el delito de prevaricato (Art. N° 418 del C.P., peruano) concurre un *intraneus* con un *extraneus* donde aquél tiene el dominio del suceso. Al obligado especial se le imputara la autoría del tipo penal especial (Prevaricato) mientras que al *extraneus* la participación de dicha figura penal. Pero como acá no existe un delito común teóricamente siempre habrá impunidad en el *extraneus*. Peor aún, cuando sea éste quien tenga el dominio y no aquél, se tendría que aceptar la impunidad no solo del *extraneus*, sino que también del *intraneus*.

Como se observa, la teoría de la ruptura del título de imputación, acarrea consecuencias Político-Criminales nefastas (impunidad para el *extraneus* y eventualmente para el *intraneus*). Además rompe con el **principio de accesoriedad** de la participación ya que se arribaría a una solución artificial de imputar al *extraneus* e *intraneus* delitos distintos, cuando en realidad se trata de un solo supuesto de hecho ilícito²⁷.

2.2.2. Teoría de la unidad del título de imputación^{28 29}

La teoría de la unidad del título de imputación contiene un enfoque distinto a la teoría de la ruptura del título de imputación.

²⁷ Cfr. QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (Director), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 630 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 506; SAN MARTÍN CASTRO, C. / CARO CORIA, C. / REAÑO PESCHEIRA, J., *op. cit.*, p. 273.

²⁸ Son partidarios de esta teoría entre otros, QUINTEROS OLIVARES, G., *op. cit.*, pp. 630-632; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 276 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 166 y ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 296; en el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, F., *op. cit.*, p. 506; ABANTO VÁSQUEZ, M., *op. cit.*, p. 57; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Santa Rosa, Lima 2002, p. 421; REAÑO PESCHEIRA, en SAN MARTÍN CASTRO, C. / CARO CORIA, C. / REAÑO PESCHEIRA, J., *op. cit.*, p. 233.

²⁹ En la judicatura se viene aceptando dicha teoría: «La participación de los *extraneus* en el delito de de colusión fue en calidad de cómplice, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, cuyo sustento reposa en el principio de accesoriedad limitada de la participación, según el cual en los supuestos de participación de un

Para aquella teoría, si bien el *extraneus* no puede ser autor de un delito especial, si puede ser partícipe de dicho delito. Los autores en esta línea argumentan que la teoría de la incomunicabilidad de las circunstancias (Art. 26 del C.P. peruano), lejos de impedir que el *extraneus* sea considerado como partícipe del delito especial, la fundamentan³⁰. En efecto, para esta teoría tanto *intraneus* como *extraneus* responden o bien por un delito especial o bien por un delito común, todo depende de qué clase de sujeto (*intraneus* o *extraneus*) ostente el dominio del hecho, pero de ninguna manera responderán por distintos delitos cuando se trate de un mismo hecho ilícito.

Dentro de sus argumentos, dicha teoría consagra el **principio de accesoriedad**³¹, indicando que el partícipe (*extraneus*) desarrolla una actividad que se encuentra en dependencia respecto de la del autor (*intraneus*) por lo que la participación no constituye un tipo delictivo autónomo, sino un mero concepto de referencia, cuya responsabilidad depende de determinados presupuestos del acto principal³².

Esta teoría muestra cierta ventaja respecto de la primera, pues subsana las falencias político-criminales, ya que la conducta de los *extraneus* que concurren en la comisión de un delito especial no quedará impune. Así, en los **delitos especiales impropios** el sujeto cualificado (*intraneus*) será autor del delito especial y el no cualificado

extraneus en un delito especial, sea propio o impropio, el sujeto no cualificado (*extraneus*) deberá responder como partícipe (cómplice o instigador) en el delito especial». Ejecutoria Suprema del 05 de junio del 2008, R.N. N° 18-2008-Huancavelica; En otro caso: «siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, mas allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipe en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general de que los partícipes como –toda persona– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice, no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe». Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre del 2004, R.N.N° 2976-2004. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 507.

³⁰ Cfr. ABANTO VÁZQUEZ, M., *op. cit.*, pp. 50-51.

³¹ *Ibidem*.

³² Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, p. 498.

(*extraneus*) será partícipe de mismo delito. V. gr., otra vez, si un funcionario público que, con dominio del hecho, se apropia de caudales o efectos de la administración pública con la colaboración de un particular; el funcionario (*intraneus*) será autor del delito de peculado (Art. N° 387 del C.P., peruano) en tanto que el particular (*extraneus*) será partícipe del mismo delito. Al revés, si éste domina el hecho (*extraneus*) y aquél (*intraneus*) solo se limita a colaborar con el sujeto no cualificado. El primero (*extraneus*) responderá en calidad de autor del delito de hurto, mientras que el segundo (*intraneus*) responderá en calidad de partícipe (instigador o cómplice) de dicho delito.

No obstante, en los **delitos especiales propios**, esta teoría no permitiría una adecuada protección de los bienes jurídicos; ello debido a la presunta existencia de supuestos de hecho dentro del cual se cometa un acto ilícito, en donde el dominio del hecho lo tenga un *extraneus* y no un *intraneus*, sin embargo, como sólo se encuentra tipificado penalmente la conducta de este último, no existiendo un delito común subsidiario que permita sancionar la conducta ilegal del primero, por lo que el suceso quedaría impune en mérito del principio de legalidad³³. Además, la teoría en estudio, no tiene una respuesta eficaz sobre los comportamientos omisivos de los funcionarios o servidores públicos, siendo que en tales supuestos los *intraneus* solo responderán como partícipes –en lugar que sean considerados autores–, en tanto quienes responderían como autores serían los *extraneus* por ostentar el dominio del hecho; con lo cual –se afirma– se altera los criterios normativos que sustenta los delitos de omisión impropia, quienes pasarían a convertirse en delitos de comisión y de esta manera se procedería a una injusta imposición de penas, en donde al *intraneus* se le impondría una menor pena que al *extraneus*, por haber actuado este último como autor y aquél como partícipe³⁴.

III. Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública: delitos de infracción de deber

Para poder imputar un delito basado en las disposiciones que venimos analizando es indispensable e imprescindible saber cual rol en la que se encuentra el *intraneus* dentro de los denominados delitos

³³ Cfr. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, «La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», en *Libro del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 437.

³⁴ Cfr. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *op. cit.*, p. 436

contra la administración Pública. Los roles relevantes para el derecho penal son dos: el rol general del ciudadano (*mementen laede negativo*³⁵) y el rol especial (*nemien laede positivo*). El primero es el denominado delito de dominio (delitos de organización) y el segundo es el denominado delito de infracción de deber (delitos institucionales). En el análisis de los delitos de dominio hay que apuntar lo siguiente: se fundamenta en el rol general de ciudadano, el que tiene como fundamento la separación de esferas de libertad de organización de los ciudadanos en la sociedad. En tal sentido, esa organización de su libertad debe tener como limite la evitación o no colisión con la esfera de la libertad de los demás (*neminen laede*). Esta forma de ver la de actuación de la persona dentro de su rol de ciudadano trae como consecuencia que solo entonces será responsable por la mala organización de su propia esfera de competencia³⁶. Por otro lado, en los delitos de infracción de deber existe un deber que no se respalda en la organización de la propia esfera de desarrollo social o de dominio, sino en un deber inmediato³⁷ que tiene el sujeto activo respecto al bien jurídico. Así autor en estos delitos no solo es aquella persona que lesiona o pone en peligro el bien jurídico en virtud de una organización, sino en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado estatus o rol especial³⁸.

Ahora bien, los delitos contra la administración pública, son mayoritariamente, delitos de infracción de deber. En tal sentido, la autoría queda reducida a aquél que ostenta una relación inmediata

³⁵ Se trata de una institución que el Derecho romano rubricó bajo el nombre de *neminen laede* y que consiste, sencillamente, en no dañar a los demás (...), así PUFENDORF dice: «Entre los deberes absolutos o los deberes de todos frente a todos, el siguiente deber es el más importante: nadie debe ocasionar daño a los demás. Este es el deber más amplio de entre todos los deberes, el deber que atañe a todos los hombres, pero también es el que resulta más fácil de cumplir, puesto que consiste sencillamente en la omisión de una mera acción (...)». Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de infracción de deber y la participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 83-84.

³⁶ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pp. 718 y ss.

³⁷ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

³⁸ «En los delitos de infracción de deber los autores están obligados en tanto garantías, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo el delito de infracción de un deber un dominio del obligado es irrelevante y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho». RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Lima, 2002, pp. 426-427.

con bien jurídica. Relación de no lesionar y de evitar que terceros lesionen el vínculo funcional que el autor mantiene con la administración. Dicho deber, no es meramente causal al daño generado³⁹, al contrario se trata de un deber que solo ostentan ciertos ciudadanos (deberes especiales), como es el caso del funcionario público de velar por los caudales o efectos de la administración (Peculado art. N° 387 del C.P., peruano) o de aquel otro funcionario de no coludirse con terceros a efectos de no defraudar los intereses del Estado (Colusión Art. 384 del C.P., peruano). En síntesis se trata de velar por el correcto funcionamiento de la Administración pública debido a la relación directa que existe entre el autor (funcionario o servidor público) y el bien jurídico. En lo que sigue se ahondará con más detalle.

3.1. Los delitos de infracción de deber

ROXIN, referente obligatorio, sin duda, empleo por primera vez en el Derecho penal la categoría de los denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*) en el año 1963. Según el planteamiento de dicho autor el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Dicho deber, se encuentran antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas⁴⁰.

Con razón, se sostiene que en esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor –figura central de un hecho típico– debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que esta lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos⁴¹.

Ahora bien es Jakob quien ha desarrollado una interesante aproximación a la tesis de ROXIN. En JAKOBS la distinción entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante criterios de ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa

³⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho. Una cuestión general y otra particular», en *Revista para el Análisis del Derecho*, p. 4.

⁴⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 386-387.

⁴¹ DONNA, Edgar Alberto, «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, Idemsa, Lima, 2002, p. 262.

en mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de estos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia fundamenta precisamente la responsabilidad⁴². Así, establece una clasificación bipartita, a saber; Delitos de organización y delitos institucionales (lo que en el lenguaje de ROXIN es delitos de dominio y delitos de infracción de deber respectivamente)⁴³.

En esta última perspectiva, para el profesor de Bonn, la autoría en esta clase de delito se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas⁴⁴, entre autor y el bien, a través de un estatus de contextos regulados, es decir a instituciones preformados y a lo sumo disponibles dentro de límites muy reducidos, como acontece justamente en los delitos de funcionario público⁴⁵. Este deber hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, esto es, que se convierte en protector de expectativas o realidades normativas⁴⁶.

Aquí la responsabilidad o incumbencia del autor no se define por su ámbito de organización, sino a través del estatus que fundamenta un deber especial de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado⁴⁷. En virtud a que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. En efecto todos

⁴² CARO JHON, José Antonio, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*, Lima, 2003, p. 58.

⁴³ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 37-38; CARO JHON, José, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁴ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 266; JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, trad. de la 1ª ed. de Enrique Peñaranda / Carlos Suárez Gonzales / Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, pp. 262 y 263; JAKOBS, Günther, *Sobre el normativismo de la dogmática jurídico penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003, pp. 131 y 132; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano, respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 133 y ss.

⁴⁵ SUÁREZ GONZALO, Carlos, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionario», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Lima, Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales, p. 160. Critica precisamente que «la falta de un criterio material en torno a los cuales son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que propone».

⁴⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre el normativismo de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, pp. 131-132.

⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 266.

los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de una incumbencia institucional⁴⁸.

3.2. Críticas a la teoría de infracción de deber⁴⁹

La teoría de los delitos de infracción de deber no está exenta de diversas críticas. En primer lugar; se afirma que de seguirse este concepto, solo existirá un disvalor de la acción, pero no un disvalor del resultado, en el sentido de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que habría un posible distanciamiento con el principio de lesividad⁵⁰. También se ha criticado a la vaguedad de los deberes puesto que atentarían contra un Estado Derecho. Así, Gracia Martín refiere que en los delitos de funcionarios, no habría más que referir la infracción de deberes vagos y genéricos conceptos como «deber de fidelidad» «deber de obediencia» «deber de subordinación»⁵¹.

La crítica de GRACIA MARTÍN se sintetiza en sus palabras: «En los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elementos del tipo. Contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector de la doctrina, la lesión de un deber extrapenal puede ser a lo sumo indicio de tipicidad de lo injusto especial⁵². Por ende se trataría de una tautología. Esta fuera de dudas que el funcionario que revela secretos que haya obtenido con ocasión de su cargo infringe sus obligaciones, incluso esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 267.

⁴⁹ Son críticos de esta teoría entre otros GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 298; GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 34; GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, vol. II, 1986, pp. 47 y ss. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Corrupción y delitos contra la administración pública», en FABIÁN CAPARROS, Eduardo, *La corrupción aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio legis, p. 69.

⁵⁰ Vid. SAN MARTÍN CASTRO, C. / CARO CORIA, C. / REAÑO PESCHEIRA, J., *op. cit.*, p. 192.

⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *op. cit.*, p. 47; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *op. cit.*, p. 69. Se ha sostenido que la infracción de injustos fundados en infracción de deber extrapenales conduciría a manifestaciones de un derecho penal autoritario ya superado a través de los cuales se criminalizan simples infracciones administrativas, o peor aún, meros actos de infidelidad de de deslealtad o traición al Estado.

⁵² *Ibidem*, pp. 51 y ss.

GRACIA MARTÍN afirma que el autor cualificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica este autor, que existen bienes jurídicos primarios cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas a los que no tienen acceso todos los individuos sino solo los sujetos cualificados. A esta relación entre estos bienes jurídicos y las personas habilitadas para agredirlos o respetarlos, GRACIA MARTÍN la llama «relación de dominio», pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre determinados bienes jurídicos. Luego se pregunta acerca de cuál es la razón por la cual el legislador ha restringido la autoría en los delitos especiales. La respuesta estaría dada por la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe con respecto a terceras personas⁵³.

Sin embargo el mencionado autor tergiversa los conceptos de delitos especiales y delitos de infracción de deber. De ninguna manera se pueden equiparar estos delitos. Pues mientras que la dicotomía delitos comunes/delitos especiales se basa en condicionamientos formales exigidos por el legislador, la dicotomía delitos de dominio/delitos de infracción de un deber si recoge una diferenciación material⁵⁴. Ahora, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado⁵⁵. En tanto que el núcleo de los delitos de infracción de deber está constituido por un deber positivo inmediato⁵⁶. En suma, el

⁵³ GRACIA MARTÍN señala que en los delitos especiales sujeto y objeto no son intercambiables. así por ejemplo la acción típica de prevaricato judicial es dictar sentencia injusta. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido solo puede realizarla el sujeto que ostenta la cualificación de juez, por que sólo él tiene acceso a ese bien jurídico. Solo un juez puede dictar sentencia injusta y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada solo por un juez. Cfr. pp. 49 y ss.

⁵⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona 1999, p. 42.

⁵⁵ CARO JHON, José, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁶ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 39; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano, respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 133 y ss. LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, p. 69.

fundamento de la autoría, en los injustos de infracción de deber, se encuentra en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción de un deber positivo, independiente de la forma ontológica con que se lleva a cabo dicha infracción.

Por último, los delitos de infracción de deber han sufrido críticas desde otra perspectiva. Así, se ha criticado su posible confrontación con el principio de legalidad⁵⁷, sobre todo por las consecuencias a las que arriba en el tratamiento de los delitos especiales impropios. Pero, como acota GARCÍA CAVERO, la presencia de delitos de infracción de deber dentro del Código Penal es innegable, y la diferencia de criterios de imputación respecto de los delitos de dominio es evidente y respeta mucho más el principio de legalidad que el dejar su determinación en puros criterios facticos de imputación⁵⁸.

3.3. A manera de Propuesta y Recomendaciones Finales

3.3.1. Fundamento de la punibilidad de la infracción de deber del obligado especial (*intraneus*)

En primer lugar, en los delitos de infracción de deber el sujeto cualificado (*intraneus*) siempre va responder en calidad de autor. El fundamento de su punibilidad es la infracción de un deber positivo. En efecto, el autor está obligado, en tanto garante, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para este tipo de delito u dominio del sujeto cualificado (*intraneus*) es irrelevante; el obligado especial es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho⁵⁹.

En suma el obligado especial solo es autor directo. Los delitos de infracción de deber no admiten la posibilidad de autoría mediata, tampoco la coautoría⁶⁰. Los deberes especiales (positivos) son personalísimos e inmediatos. En cuanto a la naturaleza de la conducta del autor, en estos delitos, poco importa si la conducta es cometida por comisión u omisión, en la medida en que existe la infracción de deberes de protección.

⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, p. 298.

⁵⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 42 y 43.

⁵⁹ RUEDA MARTIN, María Ángeles, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Lima, 2002, pp. 426 y ss.

⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

Por último debemos señalar que para el obligado especial el delito cometido es simplemente un delito de infracción de deber, delito del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito especial propio o impropio pues la existencia de un tipo paralelo, en estos últimos, es absolutamente irrelevante, ya que la infracción de un deber fundamenta siempre la responsabilidad del obligado especial (*intraneus*) y no solo la agrava⁶¹.

3.3.2. Fundamento de la punibilidad de la infracción de deber del sujeto no obligado (*extraneus*)

El delito de infracción de deber no excluye la posibilidad de intervención de particulares (*extraneus*). Aunque no sean portadores de los deberes institucionales que compete al *intraneus*, si tiene la obligación de no contribuir a que tal se vea quebrantado. En los deberes institucionales, aun cuando un solo interviniente aporte un deber, está abierta la participación a todos los intervinientes la posibilidad de poner en peligro una institución, por lo demás inaccesible para ellos, lo cual se debe a que el participe *extraneus* no infringe la norma contenida en el tipo, sino que lo que quebranta es la prohibición establecida en la reglar de la participación. Pero de ninguna manera se debe aceptar la lesión de la institución de manera mediata, ya que ello, implicaría aceptar que el *extraneus*, sea portador de deberes especiales, cuando no es así. Aceptar ello, implicaría atentar el principio de legalidad.

IV. Conclusiones

Dentro de la problemática de los delitos contra la administración pública una de las principales temáticas, es la determinación del título de imputación (unidad o ruptura del título de imputación) de los intervinientes en lo comisión de esta clase de delitos. Sin embargo, como señalamos líneas arriba, ambas teorías son tratadas desde un

⁶¹ «(...) la infracción de deber fundamenta siempre la responsabilidad del obligado especial, y no solo la agrava (...) los delitos comunes que fenomenológicamente parecen corresponderse con delitos de infracción de deber (...) no son un tipo penal tipo común subyacente de los delitos de infracción de deber. los denominados delitos comunes subyacentes o tipo básico, ni son básicos, ni son subyacentes. Si bien es cierto que en estos que en estos delitos denominados de infracción de deber impropios el llamado delito subyacente concurre con frecuencia junto al tipo de delito de infracción de deber, no es menos cierto que esta frecuencia no sea absoluta -ni relevante-, como los casos de omisión demuestran (en donde no existe un delito común subyacente alguno)». Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *op. cit.*, p. 257.

ángulo de la teoría del dominio del hecho, aquejando algunas falencias, sobre todo, de carácter político criminal.

La solución a ella, pasa por atender a la naturaleza de estos delitos (en su mayoría todo los delitos contra la administración pública son delitos de infracción de deber). Quizá el modo de ver el problema de la autoría y la participación de esta manera provoque algunos reparos en un sector de la doctrina, ello debido a que hemos estado acostumbrado a resolver la problemática de la autoría en base a criterios de dominio, por lo mismo, es comprensible que incomode las propuestas de solución de los delitos de infracción de deber.

V. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2003.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal*, 4ª ed., Madrid, 1990.

BALDOVA PASAMAR, M., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVE, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1999.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Santa Rosa, Lima, 2002.

CARO JHON, José Antonio, «Algunas consideraciones sobre los delitos de Infracción de deber», en *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*, Lima, 2003.

DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, «Corrupción y delitos contra la administración», en FABIÁN CAPARROS, Eduardo, *La corrupción aspectos jurídicos y económicos*, Ratio legis, Salamanca, 2000.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en el Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.

DONNA, Edgar Alberto, «El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, Idemsa, Lima, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy, *El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*, ARA Editores, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.

GARCÍA CAVERO, Percy, «Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho. Una cuestión general y otra particular», en *Revista para el Análisis del Derecho*.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, vol. II, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, trad. de la 1ª ed. por Enrique Peñaranda, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de de la imputación*, trad. de la 2ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *Sobre el normativismo de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. alemana de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

LESCH, H.H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVE, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

Quinteros Olivares, Gonzalo (director), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública», En *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, Lima, 2002.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, «La participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber», en *Libro del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, ARA Editores, Lima, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar / CARO CORIA, Carlos / REAÑO PESCHIERA, José, *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir, Aspectos Sustantivos y Procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El denominado delito de propia mano. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *El delito de Infracción de deber y la participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionario», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley / Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2009.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte General*, trad. de la 6ª ed. alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1976.

WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 6ª ed. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980.

**FINALIDAD DE LA PENA Y SU CORRECTA APLICABILIDAD
DENTRO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

JAIME SANTIAGO PÉREZ MANRIQUE*

* Alumno de X ciclo (5TO AÑO) de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en la Escuela de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista (UPSJB). Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Diplomado en Teoría de los Derechos Fundamentales. Asistente en Función Fiscal, Distrito Judicial de Ica - Ministerio Público - Fiscalía de la Nación. Ponencias: XVII Convención Nacional Académica de Derecho (CONAD), organizado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica; VI Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología (CONADEPC), organizado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Huaraz; II Congreso Nacional de Actualización Jurídica, organizado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

«*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*».
(*Ninguna persona prudente castiga por haber delinuido,
sino para que no delinca*)

SENECA

Introducción

La pena, como medio de represión y castigo, o bien como punto de partida para la «triple R», ha sido un punto de debate y discusión en el que se han sabido encontrar las más famosas escuelas de la filosofía del derecho clásico. El presente trabajo, tiene como finalidad analizar las distintas posiciones doctrinarias y filosóficas que se han desarrollado a lo largo de la historia, y de las cuales se pretenderá llegar al verdadero significado y motivo de la pena en la actualidad, teniendo en consideración los principios básicos en que se debe de fundamentar un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.

¿Cuáles son los antecedentes de la pena?, ¿Cuál es el significado de la pena dentro de un Estado Constitucional de Derecho?, ¿Cuál es la realidad de la pena en el Perú?, son unas de las cuestiones que intentaré expresar en las siguientes paginas.

Los estudiosos del Derecho Penal consideran que el tema, si bien previo o anterior a esa disciplina, no puede ser omitido por ellos, ya que su análisis facilita la comprensión del mismo.

I. Antecedentes

En la historia de la humanidad, hay testimonios de diversas formas o tipos de encierro¹ en las sociedades más antiguas, tal es el caso de civilizaciones como Grecia, en la cual se elaboró una teoría carcelaria que se asemeja mucho a la de nuestra realidad.

¹ ZAFFARONI, Eugenio y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Ya mencionaba MAURACH, la historia de las teorías penales es una historia universal del Derecho penal². Platón, en las leyes, a demás de proponer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba una cierta tipología carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección. Estos planteamientos platónicos, posiblemente reflejo e interpretación de los estados de opinión de la sociedad griega con respecto a la justicia y la penalidad, han ido apareciendo en el decurso histórico occidental hasta la actualidad³.

La pena⁴ es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana⁵. Sin embargo su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento lo de la utilidad es solo un discurso no realizado –el poder penal no lo ejerce o no surte efectos– entonces la pena se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del Derecho penal (Teoría de la Pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. A propósito, Walter KARGL considera que para evitar

² MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, 7ª ed. alemana por Jorge BOFILL GENZCH / Enrique AIMONE GIBSON, Astrea, Buenos Aires.

³ GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983, pp. 74-75.

⁴ Término derivado del latín *Poena* que refiere a la diosa romana encargada de causar un mal o un dolor físico, anímico o psicológico, cuando se rompe el equilibrio alterando el orden social o persona.

⁵ Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena (Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, Exp. 019-2005-PI/TC, Fundamento 37). No obstante, en el Derecho Penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria («La necesidad de la pena es un dato factico que aporta al conocimiento empírico (...). Su necesidad a un hecho real», GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 121), ya que sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello se afirma –según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán–, que es una «amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres» (BERDUGO *et al.*, 1999, p. 24; Vid. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, 2002, p. 47).

un Derecho Penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena⁶.

En Holanda, el profesor Louck HULSMAN propugnaba una *perspectiva abolicionista del sistema penitenciario*, consideraba que la administración penitenciaria debería ser convertida en servicios de asistencia con lo que se asegura que muy pocas personas quedarían sin trabajo por la desaparición del sistema penal. En suma la abolición significaría la reanimación de las comunidades, de las instituciones y de los hombres para lograr la nueva mentalidad, HULSMAN, entre otras propuestas, consideró necesario cambiar el lenguaje, pues no se puede superar la lógica del sistema penal si no se rechaza el vocabulario que sirve de base a esta lógica: el nuevo lenguaje debe ser apto para expresar una visión no estigmatizadores sobre personas y situaciones (ejemplo: no existen crimines ni delitos, sino «situaciones problemáticas»)⁷.

BECCARIA no hacía mención precisa sobre la necesidad de resocialización, pues, a partir del libre albedrío consideraba que el reo no volvería a delinquir al temer repetir el mal sufrido anteriormente (destierro e infamia). Quedando de este modo una ausencia de toda mención a un hipotético fin correctivo de la pena respecto del delincuente en su obra⁸.

Para LARDIZÁBAL, adquiere un papel relevante la finalidad correctiva de la pena respecto del delincuente: «Es un objeto tan importante que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Y aprovecha la ocasión para abogar por las llamadas «Casas de Corrección» que sustituyen a los presidios y arsenales».

⁶ KARGL, Walter, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt / Universidad Pompeu Fabra / Comares, Granada, pp. 57 y ss.

⁷ HULSMAN / BERNAT DE CELIS, 1984, pp. 70, 81, 84, 85, 90, 122. Sobre *La necesidad de politizar la perspectiva abolicionista*, véase, GARCÍA MÉNDEZ, 1986, pp. 178 y ss. *Sobre el carácter utópico de la propuesta abolicionista*, vid. SILVA SANCHEZ, 1992, p. 23.-c

⁸ Sin embargo, en la edición de «*Dei delitti ...*», preparada por ROMAGNOLI, en la que se introduce en el tomo II el uVoton sobre la reforma criminal de la Lombardía austríaca, BECCARIA señala que toda buena legislación criminal ha de tener como fin en primer lugar la enmienda y corrección del reo cuando ésta sea posible, y en todo caso el ejemplo dado al resto de la sociedad. Vid. S. ROMAGNOLI: *Opere de Beccaria*, ed. Sansoni, Florencia, 1958, tomo II, p. 741. Vid. RIVACOBBA, *op. cit.*, p. 83, citado por BETEGÓN JERÓNIMO en «*Lardizabal: «Discurso sobre las penas» (Nota con motivo de su reedición)*».

les, y que contribuyeran a producir «el saludable efecto de la enmienda en los que aún sean capaces de ella»⁹.

Define pues a la pena, como el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa. De esta manera excluye la posibilidad de que pueda hablarse de pena jurídica antes de la formación de la sociedad civil, ya que en el estado de naturaleza considera que las relaciones intersubjetivas están marcadas por el principio de igualdad; previamente a la constitución del estado civil, sólo se puede hablar de rechazo de la fuerza con la fuerza o de venganza particular, y por tanto, el objetivo principal que persiguen los hombres al reunirse en el pacto social es un medio de defensa que emane de una superior y pública autoridad¹⁰.

II. La pena dentro del marco de un Estado constitucional de Derecho

La pena en el estado social y democrático de Derecho se encuentra condicionada a que se acredite la existencia de un *Injusto Penal*, y a su vez, la existencia de un *sujeto* que conozca la existencia en su sociedad de dicho injusto¹¹.

Un Estado Constitucional de Derecho, fundamenta todas sus instituciones jurídicas en principios rectores que tiendan a la protección no solo de los sujetos pasivos dentro del delito, sino que también al sujeto activo, ya que justamente esa fundamentación, se vinculará directamente a la premisa que entre uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, está el que el Régimen Penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad¹².

⁹ DE LARDIZÁBAL, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Poda, México, 1982, con prólogo de J. PIÑA Y PALACIOS, cap. III, núm. 4, p. 85.

¹⁰ *Ibidem*, op. cit., cap. 1 núm. 2, p. 20.

¹¹ WELZEL, Hans, *Derecho reinsertación social. Penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 2ª ed. Castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 326. Dicho de otro modo la pena, como especie publica más grave con la que cuenta el ordenamiento jurídico, solo puede ser impuesta al autor de un injusto, luego de su acreditación probatoria en el marco de un proceso penal con todas las garantías, del cual se deriva su privación de su libertad, en PEÑA CABRERA, Alonso Raul, *Derecho Penal. Parte General - Teoría de la Pena y sus consecuencias jurídicas*, 2ª ed., Rodhas, Lima, 2007, p. 731.

¹² Constitución política del Perú, 1993. Art. 139, inc. 22.

El desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben éstas como instrumentos que tienen como principal finalidad la reforma o reinserción del delincuente, y que encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas, han tenido como base la obra del jurista italiano del siglo XVIII BECCARIA¹³.

Y es que, al producirse la *ejecución de la pena* se producen en dos efectos según sea el sujeto: a) en la sociedad, sentimientos y efectos conminatorios dentro de su esfera mental (intimidación de la colectividad), mientras que b) en el autor, puede producir un cambio motivacional que si lo desea el sujeto puede terminar convirtiéndose en enmienda, pero si viera reflejado en la pena una respuesta *retributiva*¹⁴, desarrollaría un resentimiento y odio a la sociedad que terminaría por impedirle desarrollar relaciones sociales positivas, desarrollándose. Entendamos que la Pena no solo puede ser una respuesta jurídica sino también social, por lo que el penado luego de haber cumplido con su condena, no puede ser abandonado por el Derecho, ya que resulta necesario brindarle mecanismos necesarios que le proporcionen la readaptación, rehabilitación, y reincorporación en su sociedad.

Sería prudente comentar brevemente acerca de la Teoría Unificadora Dialéctica: mediante la cual se unifica el Retribucionismo y la teoría de la Prevención, consta de tres estadios: prohibición de una

¹³ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 35.

¹⁴ Dicha teoría de la pena encuentra sus orígenes en los pensamientos filosóficos de HEGEL y KANT.

KANT parte del concepto retributivo de la pena, según el cual la función de la pena no es la de prevenir los delitos sino puramente, hacer justicia, es decir hacer que haya una perfecta correspondencia entre el delito y el castigo (se trata de la justicia como igualdad, que los antiguos llamaban «igualdad correctiva»). Para un mejor entendimiento, plantea el siguiente esquema: *TESIS*: voluntad general (ordenamiento jurídico), *ANTÍTESIS*: delito = negación de la voluntad general, *SÍNTESIS*: negación de la negación mediante el castigo del delito. ZAFFARONI indica: «para Hegel la pena se imponía como una necesidad lógica de carácter retribucional: si el delito es la negación del derecho, la pena es la negación del delito y la pena sería la afirmación del derecho». Dable es aclarar, que el derecho es invulnerable e indestructible para Hegel, pues participa de la naturaleza del espíritu, que a su vez es «realidad». De allí que pueda «negárselo» pero no «destruírselo». De allí que lo que pretende negar el derecho será «una apariencia», en tanto la pena «anula esa pretensión o intento negatorio», demostrando que el derecho es invencible, igual que el espíritu. La conducta del delincuente para Hegel es una contradicción, pues pretende afirmar su libertad negando la Libertad de los demás y esto en términos hegelianos es irracional.

conducta amenazada con una pena, aplicación de la pena prevista para el hecho y durante la ejecución de la pena prevalece la idea de la Prevención Especial. ROXIN explica esta teoría diciendo que «El Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazándolo, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado»¹⁵.

En general, podría decir que las teorías de la pena que más se enmarcan dentro de un Estado Constitucional de Derecho, son las de la prevención especial y general¹⁶.

La teoría de la prevención especial, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad¹⁷.

Por otro lado, la teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

¹⁶ La teoría de la prevención especial y general, fueron desarrolladas por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de LISZT, el Positivismo Criminológico Italiano, el Correccionalismo, la Escuela de la Defensa Social y Claus ROXIN.

¹⁷ Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la Pena, según VON LISZT; «sólo la Pena necesaria es justa». Se habla de «relativa» porque su finalidad está referida a la «evitación del delito».

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología: Delincuente ocasional: pena = «recordatorio», Delincuente no ocasional pero corregible: deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena, Delincuente habitual Incorregible: la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo, haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables. La función de la pena es la prevención especial por medio de la intimidación, resocialización e inocuización.

de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito, mientras que la vertiente positiva de la prevención general, postulada por Claus ROXIN señala que: «el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado»¹⁸.

Se debe dejar en claro que, ninguna de las medidas tendiente sea la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana, al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia¹⁹.

Las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se

¹⁸ MAIER, Julio B.J., «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en *Determinación judicial de la pena*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28. En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

¹⁹ Sentencia de la corte constitucional italiana, Caso N° 107/1980, Fundamento 3, «que la función y el fin de la pena misma se agoten en la esperada enmienda del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de disuasión, prevención y defensa social.

observa, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

III. El caso peruano

Es constante escuchar en nuestro país, el clamor de la sociedad frente a la necesidad de *penas* o sanciones más altas o severas frente a los que cometen delitos, inclusive, el mismo Presidente de la República comentó encontrarse a favor de la Pena de Muerte.

Ante todo, debemos entender que el tiempo justo de la pena, debería ser el tiempo necesario para que el sujeto pueda readaptarse, rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad, asimismo, existen estudios psicológicos que indican que el periodo de internamiento no debe superar los 15 años, porque, a partir de ahí, el deterioro que produce la cárcel hace prácticamente imposible la rehabilitación. También una declaración aprobada por la Abogacía Española el pasado mes de enero habla de efectos físicos y psíquicos «irreversibles» causados por las condenas de larga duración²⁰.

En el discurso del *Derecho Penal simbólico* desarrollado por HASSEMER resalta de manera objetable que las nuevas tendencias de criminalización en las legislaciones penales responden a simples efectos simbólicos. Esta visión entiende que «determinados agentes políticos tan solo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta»²¹. En algunos supuestos, las legisla-

²⁰ En «Cadena perpetua en España: ¿una reforma imperiosa o innecesaria?», <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/21/espana/1266751762.html>

²¹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Universidad de Piura, ARA Editores, Lima 2003, p. 68.

ciones penales conllevan un efecto simbólico obtenido con su promulgación. Esta tendencia identifica una especial importancia de la labor del legislador con dichas normas como comunicación política a corto plazo²². Se constituye un Derecho Penal que no opera para disminuir la criminalidad, su efecto simbólico lo limita a calmar los temores y miedos de la sociedad. «Esta transformación del Derecho penal se puede constatar claramente en el paulatino abandono del principio de subsidiariedad, en tanto ya no se utiliza el Derecho penal como *ultima ratio*, sino muchas veces como *prima ratio*, y más aun, como *sola ratio*»²³. Es notorio apreciar como las denominadas «agencias criminalizadoras» se ven cada día más influenciadas y de una u otra manera coaccionadas a penas más elevadas o severas, que son peticionadas por la sociedad ante los altos índices de criminalidad, terminando de tal manera en tipos penales formados o estructurados con tendencias «represivas» y socavando la fundamental naturaleza del derecho penal como la *ultima ratio*.

Un ejemplo muy singular de lo expuesto en el párrafo anterior, es el delito de Violación Sexual de menor de edad²⁴, el cual debido a la

²² *Ibidem*, p. 77.

²³ *Ibidem*, p. 109.

²⁴ Artículo 173.- Violación sexual de menor de catorce años de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.» (*) (*) Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

importancia del bien jurídico que protege, y, el repudio que causa en nuestra sociedad la comisión de estos actos, hizo que hace unos años hubiera una serie de protestas con la finalidad de elevar las sanciones que se les imponía a estos sujetos, hecho que provocó que el Congreso de la República fuera severamente criticado por la supuesta pena «*poco severa*» que se había establecido para este delito.

En este caso, el legislador no tuvo más opción que establecer por ejemplo, para el delito de violación sexual de menor de edad entre diez y catorce años, una pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, cuando anteriormente era no menor de veinticinco ni mayor de treinta años, hecho que se le suma la inaplicabilidad de beneficios penitenciarios tales como el indulto, conmutación de pena, redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad y liberación condicional.

El Tribunal Constitucional peruano²⁵, ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente, contraviniendo el respeto por la dignidad del ser humano, ya que esta prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.

Opiniones tales como que penas más altas, generarán una reflexión en el individuo antes de la comisión del ilícito, son realmente

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.» (1)(2)

(1) De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, no procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en el presente Artículo.

(2) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por el delito previsto en el presente Artículo.

²⁵ Pleno jurisdiccional 0019-2005-PI/TC. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N° 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47° del Código Penal.- Fundamento 37.

falsas, ya que es discutible sustentar la tesis conforme a la cual una pena más alta genera el grado de reflexión suficiente en un individuo proclive a la criminalidad para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

Es preciso destacar, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena puede justificar un exceso a la medida de la culpabilidad en el agente, ya que al momento de aplicársele la pena, el juez penal debe determinarla a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su conducta a los bienes de relevancia constitucional protegidos; sin embargo, en nuestro medio es constante observar opiniones tales como que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución, pareciendo retroceder en el tiempo, hasta la aplicación de la tan famosa «*Ley del Talión*»²⁶, y la consecuente imposición de penas más severas.

IV. Reflexiones y propuesta personal

De lo expuesto podemos analizar, que la pena se concibe sólo como reacción que mira al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores, observando que los verdaderos fines y la consiguiente utilidad que debería propiciar, terminan siendo letra muerta al momento de su aplicación, encontrando así un Estado, que lo único que le interesa es la represión e aislamiento de los sujetos considerados peligrosos.

Nuestros Jueces deben entender, que la imposición del castigo debe evaluar las circunstancias atenuantes, los diferentes grados de

²⁶ El término ley del talión (latín: *lex talionis*) se refiere a un principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido. De esta manera, no sólo se habla de una pena equivalente, sino de una pena idéntica. La expresión más famosa de la ley del talión es «ojo por ojo, diente por diente» aparecida en el Éxodo veterotestamento. Históricamente, constituye el primer intento por establecer una proporcionalidad entre daño recibido en un crimen y daño producido en el castigo, siendo así el primer límite a la venganza.

participación (autoría, complicidad, encubrimiento) y las circunstancias eximentes (por ejemplo, cuando el criminal es un loco o un niño). El posterior desarrollo de las nociones de libertad condicional y libertad vigilada, así como de los tribunales de menores y reformatorios demuestran, en efecto, la progresiva consideración de la rehabilitación del delincuente como finalidad de mayor importancia que la del castigo en sí.

No olvidemos de ninguna manera el carácter residual que tiene la aplicación de la pena privativa de libertad en un sujeto que ha cometido un delito, por lo que, el legislador debe intentar en la medida de lo posible y conforme a la gravedad del hecho punible, buscar la aplicación de otros métodos de castigo o sanción, entre los que podríamos mencionar:

- Soluciones procesales (El Fiscal y el abogado defensor llegan a un acuerdo. No apta para delitos graves).
- Trabajos en beneficio de la comunidad durante ciertas horas a la semana, regímenes de Prueba en donde el Juez no emite sentencia condenatoria, sino que establece una serie de condiciones que el delincuente deberá cumplir en un determinado periodo de tiempo y pasado ese tiempo el juez decidirá si condenar o dejar sin efecto el procedimiento penal.
- Multas.
- Vigilancia electrónica a través de pulseras o collares para obtener constantemente la localización de su portador.
- Otras que brinden a su vez mecanismos para poder disminuir la sobrepoblación y hacinamiento²⁷ que existe en nuestras cárceles en todo el país.

Los riesgos permanentes del hacinamiento son la ocurrencia de motines, reyertas y fugas, el bajo índice de resocialización y el incremento de enfermedades como la tuberculosis, VIH e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS). Como parte de la solución a este problema, es necesario impulsar una agresiva política de indultos, derechos de

²⁷ Reporte en números: 43,137 internos a nivel nacional, 79 establecimientos penitenciarios operativos, 22,589 plazas para albergar internos, 91.41% es la tasa promedio de sobrepoblación. Los penales con mayor hacinamiento son: 432.80% (Chorrillos), 362.59% (Callao), 219.29% (San Pedro), en <http://www.minjus.gob.pe/prensa/detalle.asp?strNoticiaId=00432>.

gracia y conmutación de penas, hecho que está siendo promovido en la actualidad por parte del Ministerio de Justicia²⁸.

Dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales de la persona, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena privativa de libertad.

Asimismo, ninguna medida legislativa podrá, en un afán por favorecer «a toda costa» la libertad personal del individuo, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Conclusiones

1. La negación o aceptación categórica de la pena, dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial)

2. Opiniones tales como que penas más altas, generarán una reflexión en el individuo antes de la comisión del ilícito, son realmente falsas, ya que es discutible sustentar la tesis conforme a la cual una pena más alta genera el grado de reflexión suficiente en un individuo proclive a la criminalidad para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio.

3. El legislador se ve cada día más influenciadas y de una u otra manera coaccionadas a penas más elevadas o severas, que son peticionadas por la sociedad ante los altos índices de criminalidad, terminando de tal manera en tipos penales formados o estructurados con tendencias «represivas» y socavando la fundamental naturaleza del derecho penal como la ultima ratio.

²⁸ *Ibidem*. Así lo informó la Ministra de Justicia Rosario Fernández en la presentación del Programa de Infraestructura Penitenciaria que recoge recomendaciones de Comisión de tercerización de penales.

3. Debemos tener constantemente en cuenta que la pena privativa de libertad, debe ser aplicada cuando ya no existan otros medios para reparar el mal causado, teniendo en consideración el carácter residual que tiene la aplicación de la pena privativa de libertad en un sujeto que ha cometido un delito, por lo que, el legislador debe intentar en la medida de lo posible y conforme a la gravedad del hecho punible, buscar la aplicación de otros métodos de castigo o sanción

4. Toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Bibliografía

BETEGÓN, Jerónimo, «Lardizabal: Discurso sobre las penas (Nota con motivo de su reedición)» en *Anuario de Derechos humanos*, 1984-1985.

DE LARDIZÁBAL, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Poda, México, 1982.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte General*, Universidad de Piura, ARA Editores, Lima, 2003.

- Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, Exp. 019-2005-PI/TC.
- Sentencia de la Corte Constitucional Italiana, Caso N° 107/1980.

GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Manual de ciencia penitenciaria*, Edersa, Madrid, 1983.

KARGL, Walter, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Comares, Universidad Pompeu Fabra, Granada.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, 7ª ed. alemana por Jorge BOFILL GENZCH / Enrique AIMONE GIBSON, Astrea, Buenos Aires.

MAIER, Julio B.J., «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en *Determinación judicial de la pena*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y Democrático de Derecho*», 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General. Teoría de la Pena y sus consecuencias jurídicas*, 2ª ed., Rodhas, Lima, 2007.

ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed. Alemana, 2ª ed. castellana.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

**LAS COINCIDENCIAS DE LA ESTAFA Y LA VENTA DE HUMO
EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

MARCOS IVAN GALVÁN RAMOS*

* Coordinador General del Taller de Investigación Jurídico Penal (TAIJPENAL) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

I. Introducción

Miércoles 21 de abril, aproximadamente 8 de la noche, aula 347 de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Marcos; clase de Derecho penal parte especial III con el Dr. PARIONA. Era una de mis primeras citas teóricas con los delitos que afectan el buen funcionamiento de la administración pública.

En el transcurso de la clase, nos hallamos frente al delito denominado Tráfico de influencias, lo cual era algo rotundamente nuevo para mí; muy deseoso de aprender algo más dentro de mi ya elegida especialidad jurídica puse la debida atención del caso.

A medida que avanzaba la explicación del tipo penal en mención, me topé con la sorpresa de que uno de los supuestos en los que se cometía tráfico de influencias (entre sus diversas modalidades y circunstancias) concurre cuando una persona, aprovechando que otra tiene un conflicto legal (caso judicial o administrativo), aduce tener vínculos (influencias), sin tenerlos realmente, con un funcionario o servidor público, los cuales pueden ayudar a resolver tal conflicto. Y que, para activar tales influencias, recibe, solicita o hace que prometan una ventaja a su favor o en la de un tercero. Según precisa el mismo tipo penal: «...hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...».

Si bien no se admite expresamente que se trate de una ventaja o beneficio de carácter patrimonial, no podemos negar que tal posibilidad es del todo factible; es más, lo usual va a ser que tal concesión tenga naturaleza patrimonial; y lo excepcional recaería en beneficios de otro tipo. En ese sentido, y percatándonos del sentido patrimonial de la circunstancia descrita, ¿no nos encontramos acaso ante un delito de estafa?

En la presente ponencia trataré de deslindar los detalles suficientes para poder sustentar que el tráfico de influencias en su modalidad

simulada se subsume perfectamente en el tipo penal de estafa (art. 196), lo cual hace suponer además una discordancia normativa, y que, como veremos más adelante, nos llevará a una necesaria modificación legislativa.

II. La estafa y el tráfico de influencias como delitos comunes: la primera coincidencia

La estafa como conducta sancionada penalmente se encuentra en el capítulo V del Título V del libro segundo del código penal; específicamente en el artículo 196. Tal Título está constituido por los tipos penales que sancionan los delitos transgresores del bien jurídico patrimonio, en tal caso, la estafa por la ubicuidad, se suma a la protección de dicho bien jurídico.

El artículo 196 bosqueja la estafa de la siguiente manera:

«El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años».

Como es evidente, nos encontramos ante un delito común, ya que la norma no exige que el sujeto activo tenga una cualidad distintiva o cumpla una función particular para tener aptitud en la comisión de la estafa. En otras palabras, el tipo penal descrito puede ser cometido por cualquier persona.

Por otro lado, para llegar al objetivo comparativo, nos toca situarnos en el capítulo II del Título XVIII del mismo libro. En tal capítulo se ubican los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos (valga la redundancia). En él encontramos al artículo 400 referido al tráfico de influencias, el cual cita en su primer párrafo lo siguiente:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

En primer lugar, es necesaria la acotación acerca de la ubicación errónea de este tipo penal en el Capítulo en mención; ya que el mismo está referido a los delitos contra la administración pública cometidos especialmente por funcionarios públicos. En ese sentido, debemos observar que en la descripción del delito se utiliza la terminología «el que», la cual amplía y generaliza la posibilidad de comisión, a saber, permite que cualquier persona sea el potencial autor del delito de tráfico de influencias. Si bien puede defenderse, de alguna manera, la vigente ubicación acudiendo a la descripción realizada en el segundo párrafo del tipo penal: «*Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años en inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del código penal*»; creemos que el sustento es insuficiente e ineficaz, ya que el segundo párrafo conforma la agravante de la situación descrita en el primero, es decir, que hay una suerte de vínculo subyacente; por lo cual podemos afirmar que lo descrito en el primer párrafo es el elemento determinante para distinguir la ubicación del tipo penal.

Podemos sumar a la presente crítica, que todos los tipos penales alojados en los denominados «delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos» hacen referencia expresa a que el sujeto activo deba ser un funcionario o servidor público; a excepción del cohecho activo genérico y el cohecho activo específico, que a nuestro parecer, muestran la misma situación problemática que el tráfico de influencias: ubicación errónea.

No obstante, de nada sirve realizar una crítica sin plantear una solución al problema. La misma a nuestro parecer, y como se debe haber deducido ya por lo mencionado anteriormente, consiste en la inclusión del tráfico de influencias en el Capítulo I referido a los «delitos contra la administración pública cometidos por particulares».

En segundo lugar, y fruto de la generalización de potenciales autores mencionada, podemos afirmar que el tráfico de influencias es también, al igual que la estafa, un delito común, ya que puede ser cometido por cualquier persona.

III. El rol del patrimonio en la estafa y en el tráfico de influencias: la segunda coincidencia

En la doctrina existen distintas teorías que intentan explicar la naturaleza del patrimonio, es decir, buscan determinar cuál es la esencia de este bien jurídico. En primera fila, nos encontramos con la teo-

ría económica que reconoce como patrimonio a todo aquel objeto transferible que tiene un valor en el mercado. En segunda, nos encontramos con la teoría jurídica¹, que asegura al patrimonio como derecho subjetivo reconociendo como tal a todo objeto que tiene reconocimiento legal. En tercera, nos topamos con la teoría personal funcional que entiende como esencia del patrimonio al valor personal que brinda el titular al bien jurídico. En cuarta y última, nos encontramos con un criterio mixtificado consistente en la suma de las perspectivas jurídica y económica, a saber, vincula el concepto de patrimonio a todo aquello que tiene reconocimiento legal y es susceptible de valorización en el mercado.

Estamos conscientes de que el contexto académico jurídico no es el adecuado para resolver la problemática de los fundamentos que ofrecen las distintas teorías que plantean la naturaleza del patrimonio; y menos para sustentar la toma de posición por alguna de ellas. Por lo tanto, partiremos diciendo que la teoría asumida en nuestro país es la mixta. En tal sentido, la adoptaremos para desarrollar y explicar la repercusión que mencionamos tiene el patrimonio tanto en el tipo penal del tráfico de influencias como en el de estafa.

Debe entenderse que nuestra pretensión en el presente artículo, no radica en sustentar una equivalencia absoluta y global entre las conductas descritas en los artículos 196 (estafa) y 400 (tráfico de influencia). Sino que se intenta demostrar que ciertas conductas subsumibles en el tipo de tráfico de influencias, encajan también perfectamente en el tipo penal de estafa. Vale la pena la aclaración para explicar lo siguiente.

Es cierto que puede existir una dosis de polémica respecto al bien jurídico que se transgrede con la estafa, no obstante, aparte de no ser este el contexto para discutir tal tema, creemos que debemos remitirnos a lo referido por nuestro código, no por una limitación exegética sin sustento; sino porque se trata de una condición determinante para lo que se pretende explicar. Recordemos que se trata de la comparación de dos normas predeterminadas, ubicadas en un conjunto normativo determinado lo cual implica que se encuentren bajo una es-

¹ «La llamada teoría jurídica... entiende por patrimonio el conjunto de los derechos patrimoniales (subjetivos) que le corresponden a una persona». BINDING, citado por KINHÄUSER, Urs, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 133.

tructura normativa única. Es así que no hay mayor razón para explicar el vínculo que guarda la estafa con el bien jurídico patrimonio, ya que su ubicación dentro de los denominados «delitos contra el patrimonio» permite prescindir de ello.

La explicación toma un rumbo determinante cuando nos avocamos a desarrollar la conexión existente entre el patrimonio y el tráfico de influencias. El artículo 400 reza su verbo rector de la siguiente manera: «...recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja...». Ahora bien, respecto a esto, planteémonos la siguiente pregunta ¿Cuál es la primera idea que se nos viene a la mente cuando leemos en la frase anterior los términos donativo o promesa o cualquier otra ventaja? Creo que cinco segundos son muchos para contestar tal inquietud. Obviamente nos estamos refiriendo a bienes de carácter pecuniario, es decir, susceptibles de valor en el mercado.

Esta idea espontánea no tiene un sustento vacío ni es ajena a la realidad. Sino que parte del sentido común de las personas, el cual surge a la vez de un vínculo con el contexto real que se desarrolla a través de las experiencias adquiridas en una realidad social determinada. Piénsese tan solo en los últimos lustros de nuestra historia política, que están llenos de acontecimientos corruptos: acuerdos ilícitos, negociaciones clandestinas, chantajes, sobornos, etc. Y que si bien los escándalos de corrupción más sonados han sido de cobertura abierta por los distintos medios de comunicación, tampoco podemos mantenernos ajenos a los consecuentes y numerosos reportajes referentes a intervenciones de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) en los cuales se denuncia y se sorprende en flagrancia actos de corruptela de distintos funcionarios o servidores públicos de menor rango. Por tanto, podemos afirmar que tanto en el «jet set» como en los niveles inferiores del funcionariado público, es el dinero el motor y motivo de la corrupción. En resumen, y sin temor a equivocarnos, decimos que los beneficios que sustentan, estimulan y son contenido de los actos de corrupción graves y menos graves están, en su gran mayoría, vinculados al dinero, esto es, a beneficios ilícitos de carácter patrimonial.

Con esta descripción no se pretende excluir las distintas naturalezas que pueden presentar un «donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio», como son los favores sexuales, sentimentales, laborales, etc. No obstante, por el mismo razonamiento común al que se acudió hace un momento, se puede concluir que tales casos son míni-

mos, por no decir, casi inexistentes. Basta hacer una prueba con nuestra propia subjetividad. Si nosotros fuésemos, ontológicamente hablando, es decir, excluyendo la intervención de valores o juicios morales que poseemos, personas que tienen vínculos cercanos, y por tanto influencias, con funcionarios o servidores públicos capaces de determinar el curso de un conflicto legal; y estamos predispuestos a negociar tales influencias ¿De qué modo negociarían este vínculo privilegiado? ¿A cambio de qué pondrían al servicio de alguien tales influencias? La respuesta es más que obvia, y creo que todos coincidiríamos en que se trata del dinero. Ni siquiera se hace una referencia general a «elementos patrimoniales», sino que la respuesta es aún más sugestiva ¡Dinero! La manifestación por excelencia del patrimonio.

Por lo mismo, podemos sugerir lo siguiente, que en la realidad, el patrimonio juega un rol casi constitutivo respecto al tráfico de influencias, ya que su presencia en tales delitos se da casi siempre, salvo casos excepcionales como se mencionó anteriormente.

IV. La referencia del *animus* o móvil en la estafa y en el tráfico de influencias: la tercera coincidencia

Habiendo desarrollado, explicado y confirmado la importancia que juega el patrimonio en el delito de tráfico de influencias; es por peso propio que se puede realizar la presente aseveración. Si lo que se busca normalmente, a cambio de colocar a disposición de alguien las influencias que se tiene sobre determinado funcionario o servidor público, es Dinero; entonces estamos en presencia de un móvil de lucro, más conocido con el *nomen iuris* de *animus lucrandi*.

Por tanto, se puede decir que el sujeto activo del delito del tráfico de influencias normalmente presenta *animus lucrandi* al igual que el agente que comete una estafa.

V. El engaño como método para llegar al perjuicio en ambos tipos penales: la cuarta coincidencia

La norma correspondiente al delito de estafa (artículo 196), respecto al modo-medio para cometerla, dice lo siguiente: «...induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta...». Así también, por su lado el artículo 400 referido al delito de tráfico de influencias recita: «El que... invocando... influencias... simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...».

En ambos casos podemos encontrar una evidente referencia al engaño del sujeto pasivo para lograr el cometido delictivo. Se trata de camuflar la situación real para obtener la aquiescencia de la víctima, y consumir sus perniciosos fines. Se acude a tan ruin modo de ejecución debido a que si la situación se mostrara tal como es realmente, el potencial sujeto pasivo no accedería a acordar algo con el estafador.

En tal sentido, podemos afirmar que el agente, tanto en la estafa como en la modalidad de tráfico de influencias simuladas, acude al error de la víctima para consumir el delito. Esconde la verdad y muestra una mentira para que la coyuntura se muestre a favor de sus pretensiones.

VI. La extracción de un subtipo en el tráfico de influencias: consecuencia de las coincidencias

Como ya se puede ir coligiendo de lo explicado hasta el momento, nos encontramos con una modalidad de tráfico de influencias denominado «tráfico de influencias simuladas» que se encuentra inmerso en el tipo penal global o genérico (tráfico de influencias), y que muestra la misma estructura jurídica que la estafa.

En ese sentido, podemos construir figurativamente un subtipo a modo de explicación didáctica del planteamiento. El subtipo iniciaría más o menos del siguiente modo:

«El que simulando tener influencias recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público...».

Este subtipo es el denominado «tráfico de influencias simuladas», el cual a nuestro parecer debe ser extraído del artículo 400 del código penal por describir una conducta que se encuentra dentro del marco de protección del delito de estafa. El sustento de la reducción del tipo penal «tráfico de influencias» se corrobora en las «cuatro coincidencias» descritas a lo largo del presente trabajo.

No obstante, si observamos la problemática desde el punto de vista del contenido del engaño, se puede arribar a un criterio diferenciador entre el tráfico de influencias simuladas y la estafa. Se concluiría que nos encontramos ante un supuesto del primero cuando el sujeto activo engaña a su víctima aduciendo tener influencias (una mentira específica); y ante uno del segundo, cuando la engaña

aduciendo cualquier otro pretexto (una mentira genérica). Es decir, habría una suerte de concurso aparente de normas que sería resuelto por el principio de especialidad; donde resultaría ganador (apostando al fundamento de tal principio) el tipo penal que tiene el «engaño más específico», en este caso, el tráfico de influencias simuladas.

Como se podrá observar, el criterio diferenciador aludido ridiculiza un principio rector del ámbito comparativo de las normas como es el principio de especialidad; además de mostrarse disfuncional respecto a los fines de la norma.

VII. La petición de «interceder ante un funcionario o servidor público» en el tráfico de influencias simuladas como situación jurídicamente protegible: el complemento de nuestro planteamiento

Se supone que el Derecho Penal ha sido creado para proteger situaciones acordes a derecho, ya que éstas favorecen la convivencia pacífica. De proteger lo contrario (situaciones ilícitas) sería una antítesis de su propia naturaleza.

Es así que nos ubicamos ante una aparente contradicción que se reduciría a las preguntas: ¿Es correcto que el Derecho Penal proteja el patrimonio de una persona pretenciosa de que alguien intervenga frente a un funcionario o servidor público para favorecerla en un conflicto legal, que fue engañada porque ese «alguien» no tenía realmente las influencias que aducía? ¿No se supone que ésta es una situación ilícita que no merece protección? Pasaremos a resolver tal problemática.

Esta situación ilícita a la que hacemos referencia, y que es un elemento tácito dentro del tipo penal tráfico de influencias, se encuentra tipificada genéricamente en el artículo 397 del código penal como corrupción o cohecho activo:

«El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos de violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios de cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años».

El tipo penal descrito ha sido creado para preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública frente al peligro o posición de riesgo que se genera al objeto jurídico de tutela con el accionar del sujeto activo². En este caso, vinculamos tal circunstancia a la conducta del sujeto que solicita las influencias en el tráfico de influencias simuladas para poder deslindar cómo es que tal petición es pasible de protección jurídica.

Si bien el agente que solicita activar las influencias de un tercero para que éste interceda ante un servidor o funcionario público, está consciente de la contribución a un acto de corrupción, vale decir, actúa dolosamente para lesionar el bien jurídico protegido; tal lesión está condicionada a que las influencias de aquel tercero sean reales, ya que si éstas no existen, será imposible que se consuma el acto de corrupción (la lesión del bien jurídico); y por lo tanto podrá afirmarse que se trata de una tentativa inidónea.

La referencia que registra nuestro código penal de la tentativa inidónea es la siguiente: «No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto». En este caso podemos aseverar que se configura una tentativa inidónea porque al no existir las influencias aducidas por el traficante, ni siquiera se coloca en riesgo el bien jurídico protegido por la norma penal (el prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública), lo cual sugiere una absoluta ineficacia del medio empleado³.

Por tanto, si llegamos a la conclusión de que la petición de interceder ante un funcionario o servidor público en el tráfico de influencias simuladas configura una tentativa inidónea del delito de corrupción o cohecho activo, entonces estamos asumiendo que tal circunstancia no es siquiera típica⁴, ya que bajo un criterio de imputación

² ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 786.

³ Voto discordante del Vocal Supremo Titular Robinson Octavio González Campos en la jurisprudencia Exp. 1981-2002, Lima, de la Sala Penal Transitoria: «Que la acción colisionadora o empleo oficial (funcionarios o servidores públicos) tiene que ser de la magnitud y capacidad de afectación real y concreta del bien jurídicamente protegido...». Jurisprudencia encontrada en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública - Jurisprudencia Penal*, Jurista Editores, 2004, Lima, pp. 526-531.

⁴ «La inclusión de la influencia simulada en el ámbito de la tipicidad del delito ha merecido severos cuestionamientos al señalarse que una influencia que no es tal,

objetiva, no existe un resultado lesivo o una acción dañina con la cual vincular normativamente a la conducta realizada. En tanto lo mencionado mucho menos podemos referirnos a la antijuridicidad o culpabilidad. Lo cual nos lleva a corroborar la juridicidad de la circunstancia descrita, y por lo tanto, a asumir su calidad de situación jurídicamente protegible.

VIII. El subtipo de «tráfico de influencias simuladas» está tipificado en el artículo 196 del Código penal: conclusión

Como penúltimo punto a tratar, debemos mencionar la conclusión a la que hemos llegado. La conducta referida al tráfico de influencias simuladas está expresamente descrita en el artículo 400 del código penal. Tal inclusión es el objeto de crítica del presente trabajo, ya que, como venimos reiterando, el delito de estafa es suficiente para sancionar tal conducta, a saber, la circunscribe en su descripción, y por lo tanto vuelve innecesaria su tipificación en otra norma penal.

IX. Modificación legislativa mediante una reducción textual del artículo 400 del código penal: proposición

Por último, como es de esperarse, debido a nuestra ya expuesta extracción del subtipo «tráfico de influencias simuladas» del artículo 400 del código penal, proponemos la modificación de dicho artículo, reduciendo su texto a la sanción del «tráfico de influencias reales». Lo cual, enmarcará de manera adecuada su ámbito de protección.

El texto aproximado iniciaría de la siguiente forma:

«El que aprovechando las influencias que posee, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público...»

Bibliografía

KINHÄUSER, Urs, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración Pública-Jurisprudencia Penal*, Jurista Editores, Lima, 2004.

esto es, que no existe, que es fingida, que no posee la suficiente peligrosidad para indisponer el bien jurídico tutelado, al tratarse simplemente de un engaño, no debe merecer la atención de la norma penal a nivel de delito contra la administración pública, pues al no existir vinculación de prevalecimiento ni real ni potencial entre el traficante y el funcionario se hace innecesario extender la tipicidad del tráfico de influencias a un supuesto de estafa común». ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*

**DIFICULTADES DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA
EN UNA SOCIEDAD POSTMODERNA**

ALEXANDER CLAROS GRANADOS*

* Alumno de sexto Derecho año en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Asistente de Cátedra del Dr. Fidel ROJAS VARGAS en el curso de Derecho Penal III en la UNMSM, ganador del concurso de ayudantía de cátedra - 2010, para el curso de Derecho penal I en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro fundador del tanto del Taller de Ciencias Penales y del Taller de Derecho Penal Económico; ambas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Introducción

Ante las nuevas formas de comportamiento humano en esta sociedad postmoderna o sociedad de riesgo¹ –especialmente de carácter organizativa y económico– que crean una relación jurídica asocial y trae como consecuencia la transgresión de bienes jurídicos de relevancia penal, comporta replantear el modelo del Derecho penal clásico o nuclear² para dar respuestas a estos comportamientos de relevancia penal tan disimiles y confusas, especialmente en el marco empresarial; por ello, se debe considerar el marco general de la ciencia del Derecho penal y de la Política criminal para prevenir conductas delictivas desde la empresa y/o la empresa, en último caso fundamentar propiamente la responsabilidad penal de ésta.

Ahora bien, estas nuevas formas de acciones delictuosas que aparecen en la sociedad postmoderna es de carácter grupal³, organizativo y con fin lucrativo, que se manifiesta en las empresas y grupos criminales; y, en gran mayoría estas acciones contienen el tinte económico, con mayor razón cuando las empresas actúan en el mismo campo social de la «asociación ilícita o criminalidad organizada»⁴.

¹ Sobre el alcance y contenido de una sociedad del riesgo, BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., Paidós, Barcelona, 1998. Título original: *Risikogellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, y en relación al Derecho penal: MENDOZA BURGO, Blanca, *El Derecho penal en sociedad del riesgo*, 2001, pp. 24 y ss.

² Que implicaría poner en cuestionamiento la vigencia del sistema del Derecho penal en sus inicios, especialmente la teoría del delito diseñado por VON LISZT / BELING / BINDING, entre otros.

³ He ahí a la deficiencia del Derecho penal clásico, que puso su centro de atención en las conductas desplegadas por un solo individuo (ejemplo: violación sexual, hurto, robo, homicidio, etc.).

⁴ Los términos «Asociación ilícita» y «Criminalidad organizada» son tan confusas y espontáneas, que no hay opinión dominante ni uniforme tanto a nivel doctrinal y

Por tanto, es necesario saber quién(es) responden penalmente en la empresa cuando se conoce plenamente que las acciones ilícitas penales provienen desde la empresa; en este orden de idea se plantea el problema si debe responder penalmente las entidades colectivas (empresas, personas jurídicas, etc.); de ser afirmativa su responsabilidad penal, se debe establecer cómo y en qué medida se debe constituir su responsabilidad penal.

Ante estos cuestionamientos; la ciencia penal debe centrar su estudio en aquellos comportamientos de la persona en su aspecto fáctico y ontológico, especialmente el desenvolvimiento de esas acciones en lo social, económico y político; y después, elaborar conceptos jurídicos normativos y fundamentar responsabilidades penales, para estar a la expectativa de la sociedad moderna o sociedad de riesgo.

1. El desenvolvimiento de las empresas en el marco el social y jurídico penal

Las empresas económicas por sí mismo tienen el fin lucrativo, porque es una unidad de producción para satisfacer necesidades que una sociedad determinada requiere, y para su acrecentamiento y obtención de más lucro (costo-beneficio) busca agruparse con mayor cantidad de personas para aumentar sus posibilidades de ganancias (reorganización de las empresas); asimismo buscan mayor redes de comercialización de los bienes y/o servicio que ofrece en el ámbito nacional, regional e internacional; ante ello y en la ambición de pretender lucrar en mayor medida o de estar en la superioridad de ventas a sus competencias, tienden a transformarse en un sistema de injusto constituido, es decir, en la modalidad de empresas económicas con tendencia criminal, que estos devienen cuando aquellos que tienen el poder de disposición y dirección de la empresa toman la decisión de desviarse del marco jurídico y de los objetivos que la empresa se propuso en el acto de su constitución o del objeto social, y se vuelcan a realizar ilícitos penales.

Es necesario aclarar, cuando se constituyen empresas con el único objetivo de realizar fines ilícitos, como por ejemplo fabricar ametralladoras para proporcionar terroristas extranjeros, no estaríamos

jurisprudencial; especialmente el término «criminalidad organizada» que «debe pertenecer al mundo de la Sociología criminal», GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», en *Revista Penal*, N° 2, secc. Doctrina, p. 23, 1998.

hablando propiamente de una empresa con tendencia criminal, más bien se está ante una asociación ilícita, como lo describe el artículo 317° del Código penal; porque hay un apartamiento del derecho y cuyo único objetivo es lucrar con actividades ilícitas.

Ante estas acciones ilícitas descritas anteriormente desde el marco jurídico empresarial, debe haber intervención por parte del Estado en las actividades de las empresas, tomando en consideración el ámbito jurídico, político, social y económico; porque ha quedado demostrado que la economía liberal (y sus agentes económicos) o capitalista no tiene funcionamiento y/o fundamento por sí sólo en esta «sociedad postmoderna o de riesgo» o sociedad postindustrial, dado que necesariamente tiene que intervenir el Estado para regular estas conductas tan disímiles que influyen en la actividad social y económico del Estado y como consecuencia afectación del orden público y mediatamente la lesión de los derechos fundamentales y constitucionales, tanto de las personas naturales y personas jurídicas; por tanto, el Estado en cumplimiento de su función de organizador, protector y conductor de una sociedad organizada y como protector de los derechos fundamentales y constitucionales se justifica su intervención; tiene razón su intervención por ser un Estado social y democrático de derecho⁵.

2. La responsabilidad penal en la empresa

Para identificar las personas y fundamentar su responsabilidad penal en la empresa; es de saber que para una atribución de acciones ilícitas tiene que haber el juicio de imputación, y ésta se construye a partir de la libertad de acción que han tenido las personas dentro del ordenamiento jurídico, especialmente dentro de la empresa, para la realizar aquellos acontecimientos que son materia de reproche penal; esto conlleva que las acciones que realiza las personas dentro del marco empresarial, debe analizarse de dos modos: *ex post* y *ex ante*, así «ex post solo puede reprocharse la realización de un tipo delictivo a una persona en la medida en que ésta hubiera podido ex ante tal realización del cumplimiento de un deber»⁶.

⁵ Que el Estado como institución propia que hoy conocemos tuvo su mayor desarrollo con la revolución francesa y por la cual tiene cabida el Estado de derecho y posteriormente desarrollado en mayor medida Hermann HELLER, acuñando «Sozialer Rechtsstaat» o «Estado social de derecho» al darle un sentido material y no formal al Estado.

⁶ KINDHÄUSER, Urs, *Problemas fundamentales de coautoría*, traducido por Manuel CANCIO MELLÁ, en *Revista penal*, secc. doctrina, 2002, p. 57.

Por cierto, en el sistema interactivo en esta sociedad postmoderna, las relaciones sociales se interactúan en sinfín de formas e intensidad aun no identificado y determinado, y cada persona inmersa en ella actúa de acuerdo a su conciencia propia y en el ámbito de la libertad otorgada; conforme con esa conciencia y libertad viene el juicio de imputación por parte del Estado (control social formal) y del contorno social donde existe ese desenvolvimiento (control social informal) a las acciones desplegadas por las personas; el Estado reaccionará en *ultima ratio* (aunque en el sociedad de riesgo no se cumple en todo su cabalidad este principio) con el derecho penal cuando aquellas conductas hayan creado riesgo o daño a bienes jurídicos que tienen protección penal, pero estando en una sociedad postmoderna existe el adelantamiento de la barra punitiva con la creación en mayor proporción de los delitos de peligro, en mayor medida los delitos de peligro abstracto; que por cierto no tiene una identificación plena del bien jurídico que se lesiona.

Estas nuevas formas de conductas que lesionan o ponen en riesgo los bienes jurídicos de relevancia penal (artículo IV del Título Preliminar del Código Penal) se desarrollan en las actividades de la empresa económica, o dentro de ella, y se muestran cuando los que direccionan la empresa utilizan a ésta para la comisión de acciones ilícitas con sanción penal, y dado que en las empresas con gran poder económico están conformada por personas con participación en acorde con sus acciones, entonces en paralelo a ellos devendrá su ámbito de libertad de acción en la empresa; entonces éstos (aquellos que tienen mayores acciones en la empresa) eligen quienes serán los miembros del directorio, los gerentes, secretarios, etc., o mejor dicho, ellos elegirán quienes serán los que toman la dirección de la empresa; y en esta sistematicidad y división de trabajo complejo que crean los que tiene mayores acciones en la empresa trae como consecuencia la no individualización del autor(es) del delito en la empresa, por ello, se ha llegado hablar de una «irresponsabilidad organizativa», por ejemplo, «cuando conductas individuales por acumulación o sinergia pueden devenir nocivas»⁷, entonces algunas legislaciones por cubrir esta laguna jurídica penal responsabilizan penalmente a la empresa.

⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 29.

Para enfrentar estos problemas se debe saber en calidad de qué (autoría y participación) se tiene que solucionar los problemas de la responsabilidad penal en la actividad de la empresa cuando al menos existen la individualización de autores y partícipes; para ello, desde la doctrina de ha esbozado algunas respuestas afirmativas a la coautoría (SCHÜNEMANN, JAKOBS, etc.); y la jurisprudencia alemana a recorrido a la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder.

Solucionar el problema de la individualización de la imputación en la empresa no resulta nada fácil, por ello algunas legislaciones europeas (Italia, Austria y Bélgica) no se crean dificultades y solucionan el problema bajo el concepto de la «*teoría unitaria del auto*», es decir que todos los que intervinieron el delito son autores y su responsabilidad penal deviene acorde a grado de intervención en la acción ilícita, que para nuestro punto de vista no es adecuado, porque toma el concepto ontológica del autor pero fácticamente o subjetivamente la intervención en la comisión del ilícito se despliegan acciones que no tienen responsabilidad penal o puede entrar en el análisis del teoría de Imputación objetiva; es decir, en el plano objetivo material puede existir la relación de causalidad en la configuración de los elementos objetivos del tipo penal, mas no existe lo mismo en el plano subjetivo, pues solo algunos intervinientes tienen la función del deber de cuidar el bien jurídico dañado o tienen el dominio del hecho, por tanto es más adecuado la «*teoría de la autoría y participación*».

2.1. La figura penal de la coautoría en la actividad empresarial

Respecto figura penal de la coautoría; se ha manifestado a todas luces en la doctrina y la jurisprudencia que para la existencia de la coautoría es necesario una estructuración horizontal y por ende las decisiones que se toma es de manera conjunta –hay un compromiso de todos a la vinculación del delito–, en el momento de la planificación y en la comisión del hecho delictivo, donde cada integrante aporta para la configuración del delito, tanto en el plano objetivo como subjetivo; la coautoría no puede ser de naturaleza puramente objetiva, pero tampoco exclusivamente subjetivo»⁸.

⁸ KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», en *Revista de Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, Nº 11, Madrid, 2002, p. 56.

En el ámbito jurisprudencial, Corte Suprema con ejecutoria N° 1781-2008 dice que: «es menester una actuación concertada entre ellos y un reparto de funciones, que suponga a su vez una cierta organización mínima, obviamente ocasional, transitoria o esporádica y un conocimiento de tal hecho por los agentes, lo que expresa situaciones de coautoría o participación y, a su vez explica el fundamento de esta agravante, radicado en el momento de su eficacia delictiva»⁹.

Entonces, la figura penal de la coautoría a nivel doctrinal y jurisprudencial tiene un cierto dominio y concordancia de conceptos, y trasladando a delitos en la, o a través de la empresa es aplicable sólo a quienes dentro de ella se encuentran con las mismas posición y facultades de tomar decisiones; a la vez, si quien ejecuta el hecho inmediato fue quien tomó la decisión; que se da el caso cuando en la reunión de los miembros del Directorio o asamblea general de accionistas acuerdan realizar el acciones de ilícito penal y quien lo ejecuta fue parte de la toma de decisión, entonces aquí sí se daría la figura jurídica penal de la coautoría, por tanto se establecería la figura del dominio funcional del hecho, pues, frente al acuerdo previo estuvo el reparto de funciones; y es cuando «por efecto de una división de tareas, ninguno de quienes parte en hecho realiza más que una fracción de la conducta que el tipo describe, o sea que ninguno de los intervinientes realiza la totalidad del programa sino que esto se toma por la sumatoria de todos los actos parciales de todos los miembros»¹⁰, pero esto no siempre es así; por ejemplo, cuando la junta general de accionistas o un colegiado de la empresa toman la decisión, mas ninguno de ellos ejecutan el ilícito penal; se notará que los que ejecutan lo decidido no estuvieron en tal decisión y ni siquiera realizaron un mínimo aporte para que se tome tal decisión, por ello no sería aplicable en este último caso la coautoría dentro del marco empresarial para encontrar la responsabilidad penal de quienes intervienen en la comisión del delito y como consecuencia negaríamos la aceptación tácita dentro de la coautoría, puesto que, en este caso hay un traspaso de voluntad, es decir cualquier puede hacer la conducta de otro como si fuera la suya, que se puede dar no solo cuando se da el acuerdo previo sino que también cuando existe la aceptación tácita de la ejecución del hecho,

⁹ Ejecutoria suprema de la Primera sala penal transitoria de la Corte Suprema, 2008.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 785.

pero esta «causalidad puede en todo caso ser objeto de la atribución de responsabilidad, pero no fundamento de ésta»¹¹.

Además, la coautoría se debe fundar desde el plano de la libertad de actuación de las personas, dado que desde la libertad de acción desplegada de la persona se puede realizar el juicio de imputación; por tanto a nuestro entender la coautoría implica que la libertad del sujeto debe manifestarse desde el momento de la configuración del delito hasta el momento de su ejecución, pues son momentos que tiene el pleno desenvolvimiento de la libertad; entonces, cuando el sujeto no ha tenido la facultad u oportunidad de hacer efectivo su voluntad, en el momento de la configuración del delito, no se puede hablar de coautoría, porque nos estaríamos amparando en los aportes solo fácticos, sino que tiene que valorarse la relación jurídico comunicacional y la relación de los partícipes desde el inicio de la infracción de la norma.

2.2. La autoría mediata en la actividad empresarial

Es necesario analizar la figura penal de la «autoría mediata en aparatos organizados de poder» para saber si resuelve los problemas de responsabilidad penal en los delitos empresariales, a pesar que ROXIN (creador de la figura jurídica penal de la autoría mediata en aparatos organizados de poder) dice que «aquí (delitos en empresas) no se puede fundamentar una autoría mediata de superiores apoyadas en las reglas del dominio de organización, que inducen a cometer delitos a los empleados»¹², porque según el autor no cumple con los condiciones que fundamenta el dominio de organización (Poder de mando, desvinculación del orden jurídico, la fungibilidad y la considerablemente elevada la hecho del ejecutor). ROXIN es de la opinión que estos problemas se resuelve bajo la figura jurídica de «infracción de un deber» cuando dice «me resulta más adecuado recurrir a la figura jurídica por mi desarrollada de los delitos consistentes en la infracción de un deber (*pflichtdelikte*) y, con su ayuda, una autoría de los cargos directivos, en tanto se les atribuye una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad de las acciones de la empresa»¹³.

¹¹ KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», en *Revista de Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, Madrid, 2002, p. 54.

¹² ROXIN, Claus, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006, p. 21.

¹³ *Op. cit.*, p. 22.

Ante todo, se debe tener presente que la figura penal de autoría mediata ha solucionado varios problemas de individualización de imputación, gracias a que ROXÍN lo fundamentó bajo ciertos presupuestos concurrentes y donde el elemento fundante es el dominio del hecho y quien tiene la configuración de todos los elementos objetivos del injusto penal está bajo el dominio del hombre de atrás.

Para llegar a una posición se debe analizar cada elemento configuradores de la autoría mediata, que son: poder de mando, la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder, fungibilidad del ejecutor mediato, la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.

En toda empresa económica existe organización bajo ciertas reglas de conductas, o «filosofía empresarial o cultura empresarial»¹⁴ y que éstas están en el dominio de la organización de la empresa, hablando propiamente en el estatuto, pacto social, objeto social, etc. la empresa es como la cédula de dominio sobre cierto espacio económico, al igual que existe dominio de una organización delictiva sobre cierto espacio de poder político, económico y social, al igual se da en las empresa, aunque llega a más ámbito de dominio, dado que empresa tiene espacio de dominio no solo nacional, sino que también regional e internacional, he ahí su dominio, entonces verdaderamente existe un dominio de organización de la empresa sobre espacios económicos, jurídicos y en muchos focos de poder políticos, por ende tendrá dominio propio de su organización empresarial, que las voluntades particulares, o de los empleados necesariamente tendrá que ser sometidos a la orden de dominio de los que direcciona la empresa.

3. Problemática de los delitos de dominio y de infracción de un deber en la responsabilidad penal de los miembros de la empresa

Dada la referencia del problema que resulta determinar en calidad de qué (autor, participe u otros) debe responder aquellas personas que cometen delitos en la empresa o en utilización de esta, pues

¹⁴ LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, 1ª ed., traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima, 2003, este autor por filosofía dice: «Por filosofía empresarial entiendo la totalidad de las representaciones fundamentales y valores de la dirección empresarial, tanto respecto de la empresa misma como a su posición en el entorno ecológico, económico y social», pp. 130-131.

consideramos que se llega a sólo dos puntos de vista; bien sea que los delitos que se cometen en la empresa es bajo el delito de dominio o de un delito de infracción de un deber, de acuerdo el punto de vista que se asume se determinará la calidad de los autores o partícipes.

En los delitos de dominio existe un mandato general que compete a toda persona de no defraudar expectativas de carácter general (*neminem laedere*), este mandato general incumbe a cualquier persona, y que comporta el respecto de las normas jurídicas y de las reglas de la pacífica convivencia; estas expectativas están dadas por la interacción e interrelación entre las personas, por ello debe ser de mutuo respeto y por ello que se puede dar un dominio de hecho en la realización del delito.

En forma diferente se defrauda las expectativas en los delitos de infracción de un deber, aquí se incumple un deber especial y solo pueden realizar estos delitos quienes poseen el deber ese deber especial de salvaguardar aquellos bienes jurídicos que se le fue asignado o que en determinada posición está a su cargo, y que solo incumbe a ciertos grupos de personas, por ejemplo los funcionarios públicos en los Delitos de Contra la Administración Pública, a ellos les atañen el deber especial de salvaguardar un bien jurídico que se le fue asignado –el correcto funcionamiento de la administración pública–, y frente al incumplimiento de ese deber, el funcionario público comete el delito de infracción de un deber, respondiendo en calidad de autor mas no como partícipe; dado que tiene el deber de salvaguardar «valores e intereses sociales institucionalizados que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen las condiciones ideales o mínimas del funcionamiento del sistema de la Administración pública para el logro de los fines del Estado»¹⁵.

Ahora, a nivel jurisprudencial comparado, especialmente el Supremo Tribunal Alemán, ha sido de la opinión que los que cometen delitos a través de la empresa o en ella y para determinar la imputación de quienes cometieron el delito se realiza bajo la figura de penal de dominio de organización, puesto que cumple con todos los presupuestos de esta figura penal.

Teniendo la certeza de la existencia de un delito en la empresa y frente a la estructuración de la empresa (La Junta general de accionis-

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración de Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 16.

tas, El Directorio, el Gerente general, etc.), se hace complicado determinar en calidad de qué debe responder quien ejecutó el delito y quien (s) ordenó; algunos considera que se debe recurrir a los delitos de dominio, como consecuencia existe la figura penal de la autoría y participación, mientras la doctrina mayoritaria opina que debe considerarse tal hecho delictuoso como un delito de infracción de un deber, por tanto quienes cometieron tal delito deben responder en calidad de autores.

Somos de la opinión, por el momento, que el empresario al asumir la interacción con los agentes económicos activos y pasivos de la sociedad y estando que cada miembro o integrante de la empresa deberes específicos diferentes, hasta incluso diferentes interés, entonces tiene tomando este aspecto factico y subjetivo de cada persona que integra la empresa, entonces se acomodaría mejor la figura del delito de dominio, por tanto se tendrá que establecer la calidad de autoría y participación en la responsabilidad de quienes concurren a cometer el delito en la empresa.

4. Conclusión

Se puede visualizar de todo el trabajo, el campo del derecho penal económico es un tema reciente y resulta difícil determinar en calidad de qué la responsabilidad penalmente quienes cometen delitos en la empresa, y mayor aun es difícil establecer a todas luces que si debe responder penalmente o no las empresas, ya sea con personas o sin personalidad jurídicas; aunque la doctrina dominante es la opinión que sí debe haber la responsabilidad penal de la empresa.

Estas dificultades, como se explicó, es una consecuencia más del carácter complejo que vive nuestra sociedad, y a ello se suma el desarrollo disfuncional que tiene el Derecho penal, que ponen cada vez más relativizado los principios constitutivos al derecho penal nuclear (El principio de la última ratio, el Principio de culpabilidad, el Principio de lesividad, etc.) que en determinados lugares el derecho penal es el instrumento fundamental para la organización o desorganización de la empresa, sin importar el transgresión que se deviene con el demasiado uso del derecho penal; con el presente trabajo esperamos contribuir en algo del derecho penal económico en cuanto a la imputación de las personas que cometen delitos a través de ella.

Bibliografía

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., Paidós, Barcelona, 1998. Título original: *Risikogellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Criminalidad organizada y tráfico de drogas», en *Revista penal*, N° 2, secc. Doctrina, 1998.

KINDHÄUSER, Urs, «Problemas fundamentales de coautoría», en *Revista penal*, secc. Doctrina, traducida por Manuel Cancio Meliá, 2002.

KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», en *Revista de Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, Madrid, 2002.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

KINDHÄUSER, Urs, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», en *Revista de Derecho penal*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, Madrid, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

ROXIN, Claus, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006, p. 21.

LAMPE, Ernst-Joachim, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, 1ª ed., traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima, 2003.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración de pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007.

Ejecutorias suprema de la Primera sala penal transitoria de la Corte Suprema, 2008.

**ALGUNOS PLANTEAMIENTOS PROBLEMÁTICOS
DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO SUPUESTO
DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD**

ROCÍO ROBLES RAMOS¹

¹ Estudiante del 5 año de Derecho de la UNMSM y miembro principal del Taller de Investigación «Dogmática Penal».

«La razón cosecha fundamentos; lo contrario, imposiciones»

I. Introducción

La tipicidad se erige como indicio de la antijuridicidad, por lo que en este punto se desarrolla los supuestos de las causas de justificación con lo cual la antijuridicidad de una conducta puede excluirse o atenuarse, por lo que resultaría irrelevante para el derecho penal, pues no se contradice con el ordenamiento jurídico.

Es allí donde las causas de justificación presentan sus límites, pues a diferencia de una causa de inculpabilidad las causas de justificación además de convertir el hecho típico en lícito impiden que se imponga al autor una pena. Por ello toda extralimitación en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será considerada antijurídica.²

En nuestro ordenamiento jurídico penal se encuentran reconocidas en el Art. 20³ en el inc. 3 la legítima defensa, en el inc. 4 el estado de necesidad, en el Art. 5 ejercicio legítimo de un, Art. 6 fuerza física irresistible, Art. 7 miedo insuperable, etc. En el presente artículo desarrollaremos en particular los presupuestos que configuran esta causa de justificación, algunos aspectos problemáticos presentados en cada uno de los supuestos, la necesaria correlación entre estos para excluir la antijuridicidad y algunas propuestas de *lege ferenda* de carácter político criminal.

² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, 2001, p. 92.

³ BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Editorial de Palma, Buenos Aires, p. 183. Agrega que no solo en el ordenamiento penal se encuentran las causas de justificación sino que además proceden de todo el ordenamiento jurídico por lo que entre ellas se complementan.

II. Desarrollo del tema

2.1. Las causas de justificación

Las causas de justificación son los permisos del Derecho que convierten a un comportamiento típico en lícito eliminando el injusto y la pena.

Estas se encuentran en todo nuestro ordenamiento jurídico pero es en el campo del Derecho penal que generan mayor problemática al establecerse los parámetros por los cuales una conducta típica de sanción penal deja de serlo y es trasladado al margen de lo permitido.

Para que la conducta quede justificada además del comportamiento objetivo es necesario el requisito subjetivo es decir que el autor conozca de la situación justificante y que tenga la voluntad específica. Debido a la ausencia de uno de los requisitos de las causas de justificación tanto objetivo como subjetivo se genera una justificación parcial que trae como consecuencia la atenuación de la pena.

Los fundamentos de las causas de justificación atienden a varios principios según la teoría dominante⁴ como el principio de ausencia de interés o el principio del interés preponderante, principio de proporcionalidad, etc.

2.2. La legítima defensa

La legítima defensa como causa de justificación en particular se encuentra regulada en el Art. 20 del Código Penal en el inc. 3 como legítima defensa propia o legítima defensa de terceros, por ello es la defensa necesaria ante una agresión ilegítima no provocada suficientemente.

2.2.1. Naturaleza

El fundamento de la legítima defensa se encuentra principalmente en que el Derecho no se encuentra en la situación de soportar lo injusto lo que materialmente significa principio de autodefensa y de forma *supra* principio de prevalecimiento del orden jurídico. Ya que ante una agresión antijurídica: « si al Derecho le es necesario que el particular defienda el bien jurídico y el derecho frente a esta agresión, la conducta del individuo que realiza estas dos funciones ya no es castigable sino valorada

⁴ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, 3ª reimpr., Grijley, 2009, p. 532.

positivamente, incluso imprescindible por eso el Derecho las aprueba y apoya incondicionalmente»⁵.

Estos dos principios operan a nuestra consideración conjuntamente pues cuando el individuo responde a un ataque antijurídico actúa en defensa de sus bienes jurídicos por ende se afirma la vigencia del derecho ante la conducta permitida.

Requisitos:

En nuestro ordenamiento son tres los requisitos que configuran la legítima defensa:

- La agresión ilegítima
- La necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla
- La falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

1. La agresión ilegítima

Como lo señala ROXIN⁶: Es una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana. La agresión tiene que ser ilegítima que amenace lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Este requisito es el presupuesto fundamental que lo diferencia del resto de las causas de justificación.

De ello se deriva una serie de consecuencias que no hacen configurar una legítima defensa como:

No hay legítima defensa contra los ataques de animales o cosas, no pueden ser objeto de legítima defensa los bienes comunitarios o bienes supraindividuales, tampoco en el caso de ausencia de acción como los actos reflejos, estado de inconciencia, debido a que el acto del sujeto atacante no representa una agresión ilegítima pues su comportamiento no se encuentra direccionado por su voluntad por lo que el juzgador debe tener claro los supuestos de falta de acción, por último no es posible ejercer legítima defensa contra las personas jurídicas pues existen otros mecanismos alternativos de protección esto en expresión del principio de ultima ratio del Derecho penal. Un sector de

⁵ LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.

⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Civitas, Madrid, p. 611.

la doctrina⁷ con la cual concordamos manifiesta que cabe la legítima defensa ante la agresión antijurídica de un inimputable o de quien actúa bajo una causa de exculpación.

Además es posible que se configure una agresión ilegítima por omisión, en ese sentido lo manifestado por ROXIN. **Si se puede matar o lesionar a alguien** mediante omisión, no se ve por qué esas acciones de homicidio o lesiones no van a ser «agresiones». Como por ejemplo, en las personas que tienen un deber de garantía, sólo quien tenga que responder de la evitación del resultado puede agredir, puesto que a él se le imputa el resultado, al correspondiente bien jurídico⁸.

La doctrina española anteriormente discutía⁹ que debe considerarse por el principio de protección de los bienes jurídicos esta agresión también debe ser típica es decir constituir el tipo de injusto de un delito, siendo una exigencia político criminal que la agresión que se configura en un delito tiene el significado suficiente que haga permisible la respuesta de defensa. Aunque en oposición a ella otro sector¹⁰ considera que no es necesario de que la agresión configure un delito pues puede constituir una falta lo que es un fundamento político criminal con mayor sustento a la cual también nos avocamos.

La actualidad de la agresión

Del supuesto de la agresión ilegítima se deriva de que la agresión debe ser actual, este requisito diferencia a la defensa de la venganza pues el primero es permitido por el derecho mientras que el segundo el estado ejerce el castigo. Por eso el agredido puede defenderse cuando la agresión se configure en grado de tentativa y mientras la agresión perdure seguirá siendo actual a diferencia de cuando la agresión desaparece es decir cuando el delito esta acabado o consumado. Pues debe existir una relación funcional entre la defensa y el ataque que expresa y fundamenta la justificación permitida por el Derecho.

La realidad de la agresión

La agresión debe ser real es decir no basta que quien se defiende crea que lo hace ante una agresión que solo existe en su imaginación,

⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 432.

⁸ ROXIN, Claus, *op cit.*, p. 612.

⁹ Esta discusión sobretodo en la doctrina española, pues bajo el Código español anterior se exigía que la agresión a los bienes constituyera delito en cambio en el actual solo menciona infracción penal con lo que se encuentra regulado un delito o falta.

¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979.

por lo que traerá como consecuencia la denominada legítima defensa putativa que puede configurar una causa de inculpabilidad o a generar un error de prohibición vencible o invencible según el contexto desarrollado.

2. La necesidad racional del medio empleado

En este supuesto es preciso defenderse de alguna forma y aplicar el medio defensivo adecuado, como lo señala VILLAVICENCIO¹¹ solo los bienes jurídicos del agresor pueden ser afectados por la defensa siempre que le sirvan para la agresión. La defensa es la conducta que repele la agresión de ello se deriva la necesidad de defenderse que se presenta cuando la agresión es contemporánea a esta, respecto a la racionalidad del medio empleado este debe ser el adecuado para impedir o repeler la agresión siendo la menos perjudicial para el agresor esto se evaluara de las circunstancias en que se generan los hechos pues nuestro legislador ha dejado de lado la consideración de la proporcionalidad de medios para reemplazarlos por la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se disponga para la defensa, en ese sentido se ha dejado al margen la proporcionalidad de los medios por considerarse que tendría que establecerse una jerarquía entre los bienes jurídicos en conflicto y una lesión objetiva de estos ya que evaluar la proporcionalidad de los medios empleados por quien se defiende generaría una extralimitación de la legítima defensa lo que configuraría la conducta como no permitida es decir antijurídica.

Es así que nuestro legislador cambio los criterios de valoración lo cual es correcto pero consideramos darle una mayor importancia a los medios disponibles para la defensa por un cariz y por el otro cariz la necesidad misma de la defensa, ya que el criterio de necesidad racional conlleva a soluciones justas y que no se consideren arbitrarias muchas situaciones en donde por ejemplo: cuando un sujeto que es atacado por un cuchillo se defiende de este disparándole en la pierna, también en el caso de una persona que es atacada por un niño aquí no se presenta la necesidad de defensa pues basta con esquivar el golpe del niño.

Los tres elementos de la necesidad racional deben complementarse pues de la ausencia de uno de ellos se presentaría una legítima defensa incompleta.

¹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op cit.*, p. 541.

Es importante hacer la distinción entre el exceso extensivo del exceso intensivo, el primero se da cuando la defensa se prolonga durante mayor tiempo del que dura la actualidad de la agresión mientras que el exceso intensivo implica que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una intensidad lesiva menor; en el primer caso se excluye la legítima defensa completa como incompleta en el segundo caso permite la eximente completa.

3. La falta de provocación suficiente

Este punto contempla que la persona que se defiende no debe haber provocado la agresión, es necesario interpretar lo «suficiente» para que una conducta no sea considerada como legítima defensa, en ese sentido siguiendo a ZAFFARONI¹², debe considerarse que la provocación, que puede constituir una acción u omisión, es una conducta anterior a la agresión y que ella misma no puede configurar una agresión, además de que esa conducta debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer el principio de que nadie está obligado a soportar lo injusto, lo que sucede cuando la conducta del propio agredido lo hubiese determinado.

Además la suficiencia no solo se entiende como el factor causal de la agresión sino también como imposibilidad de invocar la legítima defensa cuando la provocación es intencionada y cuando la acción es en sí misma una agresión ilegítima a esto se añade que la provocación imprudente no es suficiente para impedir la legítima defensa, con ello se establece que la suficiencia debe constituirse como relevante para que se considere la actuación de otro sujeto como justificante.

Por lo tanto el que provoca suficientemente crea la necesidad de defensa, crea el estado de cosas que acarrea como consecuencia la legítima defensa.

Elemento subjetivo de la legítima defensa

La acción de defensa debe responder a una voluntad de defensa, es necesario el conocimiento y la voluntad como presupuestos subjetivos, pues solo del conocimiento de la necesidad de defenderse puede el Derecho proteger aquella respuesta ante una conducta agresiva.

Legítima defensa de terceros

El Código Penal acepta la defensa de un tercero, quien ejerce la acción de salvaguarda aplicándose los mismos criterios que la legítima

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALIAGA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Eddiar, 2008, p. 488.

ma defensa propia. Por lo que este tercero ajeno a la provocación actúa conforme a derecho, en estos casos importa que el agredido tenga la voluntad de ser defendido por otros pues nadie puede imponerle a otro su defensa cuando este no desea ser defendido.

III. Alcances de *lege ferenda* con carácter político criminal

En este punto es necesario remitirnos a brindar soluciones de *lege ferenda* que deben considerarse en la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación.

En este sentido siguiendo a la moderna teoría de la argumentación jurídica consideramos necesario que el juzgador debe aplicar los supuestos de la legítima defensa utilizando los alcances del *test de proporcionalidad*, en la fundamentación de sus sentencias.

La evaluación de las circunstancias en la legítima defensa debe ser el primer presupuesto material al momento de excluir una conducta como antijurídica es decir permitida por el derecho, por lo que debe evaluarse conjuntamente los tres supuestos de esta causa de justificación.

En el caso de la agresión ilegítima consideramos que no es necesaria que la conducta sea configuradora de un delito basta con que se establezca una falta, este presupuesto es de suma importancia pues en el código penal no se hace ninguna mención respecto a ello.

En el caso de necesidad racional de defensa la evaluación de los supuestos reemplazados por el legislador donde se desplaza a la proporcionalidad debe establecerse taxativamente ya que al dejarse abierta la posibilidad de otras circunstancias se podría incluir otros supuestos que pueden ir contra el principio de legalidad.

En el caso de falta de provocación suficiente este es un aspecto que ha sido muy poco estudiado pues la demostración de la voluntad del provocador genera controversias que a nivel del aspecto subjetivo el juzgador debe evaluarlas con fineza.

Conclusiones

- Las causas de justificación constituyen los permisos que nos otorga el Derecho cuando se realiza una conducta típica, por lo que se excluye la antijuridicidad de la conducta y la pena.
- En el supuesto de agresión ilegítima es necesario que esta conducta se presente como actual y real para quien la repela se encuentre justificado y no transgreda el límite permitido.

- La necesidad racional del medio empleado se evalúa de acuerdo con las circunstancias concretas del caso y a la luz de los principios de criterios garantistas.
- Es necesaria la evaluación de la correlación de los tres supuestos de la legítima defensa en base a los principios del Derecho penal nuclear y garantista.
- Las propuestas de *lege ferenda* constituyen algunos presupuestos ya reconocidos como álgidos en la doctrina y que esperamos se tomen en cuenta para una próxima reforma del Código Penal.

Propuestas de *lege ferenda*

- La hipótesis de los diversos problemas planteados en las causas de justificación deben ser evaluados a la luz de los principios del Derecho penal como el de intervención mínima, protección de bienes jurídicos, el principio de culpabilidad y no solo por responsabilidad objetiva.
- En la demostración del aspecto subjetivo de las causas de justificación en especial de la legítima defensa es la labor de los operadores del derecho verificar los requisitos mínimos establecidos como en el caso de los elementos del dolo: el conocimiento y la voluntad del que se defiende de una agresión ilegítima, pues partiendo de este punto muchos casos solo serían pasivos de una eximente incompleta.
- En la jurisprudencia desarrollada por nuestros tribunales los criterios en los cuales genera controversia considerar a un menor como imputable de una agresión antijurídica, se pueden dar otras soluciones como establecer la conducta por la causal de estado de necesidad.
- Otro aspecto a desarrollar en la provocación suficiente implica establecer los parámetros que indiquen la suficiencia de forma taxativa solo así se podrá establecer la responsabilidad penal y abarcarla como antijurídica.
- En nuestro código se hace necesario establecer si la legítima defensa puede alegarse en todos los delitos de la parte especial pues en muchos casos puede generar impunidad.
- Por último la legítima defensa como causa de justificación solo es un mecanismo de los permisos establecidos por el Derecho penal y que debe tener las características de *numerus clausus* pues el límite del principio de legalidad lo exige así.

Bibliografía

- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Eddili, Lima, 2005.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Depalma, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal, Civitas, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979.
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., Griljei, 2005.
- LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, Barcelona, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Temis, 2001.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, 3ª reimp., Grijley, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALIAGA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Eddiar, Lima, 2008.

**LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS EN EL ACTUAL SISTEMA DEL
DERECHO PENAL**

EDSON J. ZELADA HERRERA

I

Desde inicios del S. XX, con el mayor aporte de uno de los autores más grandes en Alemania, Karl BINDING, quien a inicios del siglo pasado en su obra «*Las normas y su contravención*» rompió con todo esquema debido a que diferenció la norma penal de la ley penal¹, las normas se convirtieron en el fundamento principal del Derecho penal como también lo fue para la elaboración de su sistema. De esta forma, el concepto y función que se le ha atribuido a las normas en el Derecho Penal ha variado de acuerdo a los sistemas penales y los fines que el Derecho Penal cumplía en la sociedad con resonancias en el ámbito de la teoría del delito así como en el análisis de los casos en particular.

En un primer momento, el *iusnaturalismo* señalaba la idea de la existencia de una Justicia superior a las leyes humanas. En relación al fenómeno jurídico, el concepto de una *Justicia natural* prevalecerá frente a las leyes establecidas por los gobernantes, y serán relativas al ser expresión de la voluntad política. Los rasgos definidores de esta Justicia material serán siempre su universalidad e inmutabilidad. Si el ordenamiento jurídico quería sancionar las *conductas insostenibles para la vida comunitaria*, lo podía hacer mediante disposiciones sumamente generales: «el que se comporte de un modo gravemente contrario a las exigencias de la vida comunitaria será castigado, según la medida de su culpabilidad, con una pena lícita»², lo cual denotaba el carácter altamente retributivo de las penas.

¹ Título original de la obra es *Über Normen und...* señalando que el delincuente infringía la norma jurídico-penal, mas no infringía ni lesionaba la ley penal, sino que, la cumplía, esto es, se adecuaba a lo descrito en el texto legal.

² WELZEL, Hans, *Nuevo sistema de Derecho penal*, 1ª reimpr., BdeF, Buenos Aires, 2002, pp. 70-71. Lo cual se muestra posteriormente en el estado moderno, «el que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado...».

Luego, el Causalismo, inspirado en el movimiento positivista propio del S. XIX, reconoció la importancia esencial para el Derecho penal de las normas, entendidas como descripciones objetivas de la conducta prohibida, lo cual puso de relieve su conspicua tendencia normativa monista del *Derecho*. Desde este punto de vista, se adopta frente al *Derecho* una actitud éticamente neutral, esto es, que acepta como criterio para distinguir una norma jurídica de uno que no lo es ciertos datos verificables objetivamente y no la mayor o menor correspondencia con un determinado sistema de valores. Es por ello que según esta postura, el Derecho está compuesto sólo por normas con un carácter *imperativo*³. La norma solo podía ser entendida como el resultado de un acto de voluntad por parte del Estado. Entre sus principales representantes tenemos en Alemania a VON LISZT, BELING, y en Inglaterra a Von A. THON, J. AUSTIN, BENTHAM, HART y Kelsen. Precisamente este último, considerado el padre del positivismo jurídico, señalaba que la norma jurídica es la imposición de deberes: «el deber contenido en la ley penal es tan inviolable como el de la norma». Luego en la segunda etapa del positivismo, se asume una posición Normativa dualista, en la cual se aceptaban, además del criterio normativo, criterios valorativos de concordancia con los aportes del Neokantismo. Según esta teoría, existen normas imperativas (mandatos y prohibiciones), pero también existe otro género de reglas jurídicas, éstas son, las reglas de permiso (causas de justificación). Entre los principales representantes, tenemos a MEZGER, RADBRUCH y MAURACH⁴.

Después del período del Nacionalsocialismo, en Alemania se desarrolló el *sistema finalista* de WELZEL, que caracterizó a la estructura del delito y del Derecho Penal libre de toda valoración cimentando su

³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 55.

⁴ Frente a las posiciones imperativistas, se sostuvo entre diversos autores la opinión de que la norma jurídica posee un carácter hipotético (Posición anti-imperativistas), además de concebirlo como una regla técnica, y también como juicio de valor. Como *juicio hipotético* la norma poseía dos elementos constitutivos: una hipótesis, condición o supuesto de hecho, y una consecuencia jurídica. Cfr. COSSIO, Carlos, *Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, 1964, pp. 330 y 660 y ss. Realizaba una distinción entre *endonorma* y *perinorma*, la primera correspondía a las normas de conducta dirigidas al ciudadano; y, la segunda era referida a la sanción que el juez aplicará si la primera no se cumple. ASIMISMO, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, modernas bases dogmáticas*, Grijley, 2004, p. 404. «Si es A, es B (= el que mate a otra persona, será castigado con tal pena de prisión»

teoría en las estructuras lógico-objetivas que trataban de demostrar las constantes antropológicas (previas al Derecho) como característica principal de los acontecimientos en el mundo exterior realizadas por los sujetos. De acuerdo a esto, la misión del Derecho penal era la protección de los valores éticos sociales, de modo que una conducta típica abarcaba no solo a las descripciones típicas, sino también a las acciones que estaban al margen de los órdenes morales de la vida social activa. En ese sentido, las normas eran comprendidas siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes morales de la vida en sociedad.⁵

Posteriormente, en el desarrollo del pensamiento jurídico penal, a partir de la década de los setenta, se desarrolló la reciente fase que ha sido denominado por la doctrina como el funcionalismo caracterizada por una fuerte tendencia teleológica dirigida a conseguir fines estrictamente político criminales. Entre sus representantes tenemos a SCHMIDHÄUSER (*Sistema teleológico del Derecho penal*, 1968) y a Claus ROXIN (*Política criminal y sistema de Derecho penal*, 1970), quienes fueron los principales iniciadores de este movimiento. En virtud de la finalidad, sobre todo, preventiva de las sanciones penales, las normas adoptaron un carácter prescriptivo, en el sentido de que eran dirigidos a los ciudadanos con la finalidad de que estos se abstengan de cometer delitos.

Finalmente, a partir de los trabajos sociológicos de LUHMANN y CALLIES, quienes señalan que es importante reconocer la estructura comunicativa que posee la norma jurídica que se enlaza, en una red de *expectativas*⁶, se dio por terminado un largo período de tranquilidad en cuanto a este tema, ya que con el funcionalismo de JAKOBS se empezó a discutir si precisamente la norma desempeña una función meramente institucionalizadora de expectativas sociales; o si, por otro lado, desempeña una tarea orientadora de conductas. En lo sucesivo, trataré de aproximarme a las funciones que puede y debe cumplir las normas dentro del sistema jurídico penal en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

⁵ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducido por Carlos Fontán Palestra, Desalma, Buenos Aires, 1956, p. 63.

⁶ Así también MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 35. La norma jurídico-penal constituye también una red de expectativas: «se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista».

II

Existe un consenso en la doctrinal al señalar que la *norma*, en un aspecto lato y general, es toda regulación de conductas humanas en relación a la convivencia⁷. Ninguna persona puede vivir aislada en sí misma. Es por ello que para regular la convivencia entre las personas se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de una comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. La norma, en este sentido, tiene por base la conducta humana que pretende regular, y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen una sociedad. Ahora bien, en cualquier tipo de sociedad, por primitiva que sea, se dan una serie de reglas, *las normas sociales o morales*, que sancionan de algún modo (segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.) los ataques a la convivencia. Estas forman el orden social y están ligados íntimamente a los valores ético-sociales, aunque éste era insuficiente para garantizar la convivencia. Por eso, en algún momento histórico, se hizo necesario e inevitable un grado de organización y regulación de conductas humanas más precisas y rigurosas. Así nace secundariamente, la NORMA JURÍDICA, que se va a proponer dirigir, desarrollar o modificar la sociedad con el fin de reforzar el orden social. Ya Miguel REALE, señalaba el carácter de obligatoriedad objetiva de las normas jurídicas expresados a través del *debe ser* y no a través del *ser*⁸. Es decir, las normas jurídicas representan no una descripción de un estado de cosas tal como son (*es*), sino una prescripción de cómo deberían ser (*debe ser*)⁹. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el Orden Jurídico¹⁰.

⁷ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego, *Curso de Derecho pena. Parte general*, Universitas, 1996, p. 49. Este autor señala que norma es «una regla, disposición o regulación de algo» y que norma jurídica «ordena y regula, y prescriben cómo deben o pueden ser las distintas relaciones interhumanas y situaciones de la vida social». Así también QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Aranzadi, 2000, p. 48. BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho Penal. Parte general*, p. 52. «Normas son las que aparecen en el Decálogo de Moisés, «no matar, no robar, no injuriar».

⁸ REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 5ª ed., Pirámide, 1984, pp. 74 y ss.

⁹ Sobre esto véase MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y Sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 501.

¹⁰ Véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases...*, Grijley, 2004, *op. cit.*, p. 57, «[...] este conjunto de disposiciones jurídicas se caracteriza porque requiere sistematización, unidad y coherencia, es decir, que no todo complejo de normas forma un ordenamiento ni un sistema, aunque todo ordenamiento es un complejo (ordenado) de normas».

Es importante reiterar que la norma tiene un carácter de superioridad sobre la ley. En ese sentido, la distinción entre norma y ley gira en torno a que ésta es el vehículo que plasma los valores que recogen las normas dentro de un determinado ámbito, mientras que aquella sólo expresa una *orientación* (de conductas), que se expresa en un *mandato*, es decir, la norma jurídico-penal es de carácter imperativo, impuesta por el Estado y que motiva a las personas hacia una determinada dirección y se diferencian de las normas morales por su *obligatoriedad*¹¹, y se caracterizan porque van a regular las conductas valoradas como más dañosas en una determinada sociedad.

La norma jurídico-penal es, como lo señala el maestro español Santiago MIR PUIG, un *mensaje prescriptivo* (que prescribe una conducta determinada) que señala un *debe ser* y que se expresa a través de símbolos o enunciados¹².

Estas normas penales se presentan como *prohibición* o como *mandato* de actuar. En el primer caso impone una abstención de una actividad, y el delito se comete a través de una acción, es decir, el sujeto hace algo que no debe hacer (*facere quod non debetur*); y en el segundo caso, la norma establece un deber de actuar, y el delito se comete a través de una omisión (*non facere quod debetur*). Estas características han sido recogidas en el Código penal peruano como bases de toda punibilidad, señalados en el artículo 11º, el cual expresa que «son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»¹³.

Este sector de la doctrina, sostiene que la norma tiene un contenido de determinación, es decir, conciben al Derecho solamente como un conjunto de imperativos, destinado a plegar la voluntad de quien a ellos se resista (VON FERNECK), y por ello consideran a la norma penal como norma de *determinación*, esto es, como *mandato* o *prohibición* dirigida al ciudadano. El ordenamiento jurídico consiste, desde este punto de vista, en manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman

¹¹ QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal...* p. 49. Véase también MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo en Derecho penal*, en www.criminet.com «las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios».

¹² MIR PUIG, Santiago, *Derecho Pena*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 66.

¹³ Jurisprudencia: «la pena a imponerse debe sujetarse a las bases de punibilidad previstos por ley, así como a la forma y circunstancia en que se cometieron los hechos.» Ejecutoria Suprema del 16/01/97, Exp. N° 5599-96-B-Lima. GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la corte suprema*, t. III, Idemsa, 1997, p. 52.

un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, y sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a quienes afectan. Por lo que, la función de la pena, y el fin asignado al Derecho penal es la de prevención de delitos.

Por ende la función que la norma jurídico-penal cumple es que orienta conductas. Se sostiene que la misma pretende informar a la generalidad acerca de qué comportamientos son prohibidos o permitidos (mandatos y prohibiciones) y guardan íntima relación con las normas entendidas como reglas de determinación, es decir, expresan un mandato o imperativo, esperando un comportamiento adecuado mediante la motivación, correspondiente a una visión que da especial relevancia a la prevención apelando a motivar al ciudadano prohibiéndole delinquir¹⁴.

No obstante, a pesar de que no es la única arista por la que se puede observar la función de la norma, es importante reconocer su principal aporte; ya que como expresa el maestro Silva Sánchez, *la renuncia a una interpretación deóntica (valorativa) del Derecho penal, conlleva, asimismo, a una renuncia al análisis de la racionalidad valorativa de los enunciados jurídico-penales concretos: se eliminaría los límites al poder estatal y, como consecuencia, el Derecho penal se convierte en un puro fenómeno de poder*¹⁵.

III

Por otro lado, contrario a quienes entienden a la norma como determinación, existe otro sector de la doctrina que conciben la norma penal sólo como «norma de valoración», conciben al Derecho como «ordenación objetiva de la vida», y a sus normas la entienden como expresión de un *juicio objetivo de valor*. De esta manera las normas «son reglas de conducta que entrañan una valoración (negativa: no matar a otro; positiva: prestar socorro a una persona en peligro)»¹⁶;

¹⁴ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 76, «las normas penales, tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo. Las normas están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano prohibiéndole delinquir». En contra POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Modernas Bases*, op. cit., p. 428, «la norma (orientación de conductas) no contiene un imperativo ni un mandato... sino una declaración programática que se sustancia en una forma normativa».

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 20 Las cursivas son nuestras.

¹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978, p. 14.

este juicio valorativo, al encerrar una calificación positiva o negativa, no encerraría un *imperativo* dirigido al ciudadano. De esta manera, lo más coherente sería atribuir al Derecho penal una finalidad meramente *represiva y retributiva*.

En ese sentido, este sector de la doctrina señala que la norma penal posee una importante *función reguladora de conductas sociales* consideradas como más dañosas en una determinada sociedad, es decir que el Derecho penal no protege (ni puede pretender configurar toda una sociedad, para eso también están las demás ramas del Derecho, como por ejemplo el ámbito civil, constitucional, administrativo, etc.) bienes jurídicos en su totalidad ni en toda circunstancia, sino solamente a aquellas conductas que van a dañar a bienes jurídicos catalogados como más importantes para el hombre (vida, libertad, patrimonio, etc.) de conformidad con el principio de carácter fragmentario del Derecho penal¹⁷.

Así el Derecho es entendido como un tipo de institución social-funcional. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas.¹⁸ De acuerdo a esto, la norma penal posee una estructura comunicativa que la enlaza, en una red comunicativa, o de expectativas si se quiere, a los sujetos que en ella intervienen. Debido a ello, la norma jurídica tiene la principal *función de comunicación* entre los sujetos de una sociedad organizada¹⁹.

Es así que, a partir de la publicación del Tratado de Derecho penal de Günther, JAKOBS en 1983 en el cual se propone una normativización absoluta de los conceptos del Derecho Penal. En ese sentido, el contenido esencial de las normas se analiza a través de lo

¹⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, Lima, 2004, p. 407. Véase también MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, op. cit., p. 61, «el derecho penal no es sólo un instrumento de protección de bienes jurídicos, también el Servicio de bomberos o la Cruz Roja lo son, sino un instrumento de motivación del comportamiento humano en sociedad.»

¹⁸ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*, 2002, p. 89.

¹⁹ Por todos, CALLIES, en FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 178. desde este punto de vista, Rolf Peter CALLIES señala que es importante reconocer que la norma jurídico-penal posee una estructura comunicativa que se enlaza, en una red de *expectativas*²⁰, a los 3 elementos que en ella intervienen. Siendo estos elementos: a) el *ego* (sujeto activo), que se conduce activamente y su acción está referida a otro sujeto, b) el *alter* (sujeto pasivo) y, 3) el tercero llamado a intervenir con una acción «reactiva» frente a *ego* (el Estado que reacciona mediante la sanción).

que se ha denominado la «teoría de los deberes», en virtud del cual se distinguen *deberes negativos* (o deberes derivados por responsabilidad por organización) que corresponden a todos los ciudadanos expresadas como prohibiciones; y *deberes positivos* (o deberes derivados de responsabilidad institucional), que se corresponden con un *status especial* – que le obliga a actuar.²⁰ En ese sentido, el concepto de norma no se define echando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, esto es, las posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. Es decir, la norma es una *expresión de una expectativa de conducta institucionalizada* y cumple una función de *medio asegurador de expectativas sociales institucionalizadas (estabilizadas)*: «la sociedad surge cuando la norma proporciona la pauta rectora de la comunicación, esto es, determina a qué comportamiento y cómo hay que adherirse». De acuerdo a la función otorgada desde este punto de vista las expectativas que se estabilizan contrafacticamente (contra los hechos), «no prometen un comportamiento adecuado a la norma ni motivación al mismo pero sí protege a quien espera un comportamiento adecuado a la norma»²¹.

Para entender este punto de vista con mayor claridad, imagínese un semáforo en luz verde en un cruce de calles en el cual la luz verde expresa de modo *institucionalizado la expectativa* (normativa) del conductor de que no se le crucen otros vehículos. Pues esta expectativa es compatible obviamente con el *fenómeno cognitivo* de que hay conductores que no respetan el semáforo y defraudan (cognitivamente) la expectativa del conductor al que el semáforo le da vía libre.

En resumen, en el concepto funcional de norma, entendida como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos, no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple (o no) con las normas. Al contrario: a eso es precisamente a lo que hay que renunciar si la norma ha de cumplir con su función. La norma o se cumple, o por desconocida no se cumple.

²⁰ POLAINO NAVARRETE, Introducción..., *op. cit.*, p. 238.

²¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 24. «la institucionalización tiene su origen en la habituación y es una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores, que resulta de un proceso histórico». La norma le indicaría lo que uno puede esperar de los demás y lo que los demás pueden esperar de él, a fin de que unos y otros se organicen.

IV

No obstante, dadas las constantes contradicciones y polémicas que se han suscitado entre los diversos enfoques, surge la postura ecléctica de la norma, la cual señala que la infracción de la norma aparece como resultante de la *unión* de ambos aspectos de la misma. Por un lado, las críticas al positivismo no se hicieron esperar, debido a que omitieron un detalle fundamental en su concepción de norma, y era que la norma jamás puede concebirse como el *fin último* del Derecho, ni tampoco darle un carácter *estático*, sino sobre todo darle un carácter *dinámico* a la norma, concebida como *base en toda experiencia jurídica*²². De acuerdo a esto, tampoco existe relación alguna entre Derecho y moral, o entre el Derecho existente y el Derecho tal como debe ser. De este modo, no pueden afirmarse o defenderse juicios morales, aunque esto sea posible en la exposición de hechos, mediante argumentos racionales, testimonio o prueba.²³

Asimismo, el maestro MIR PUIG considera, que si el Derecho penal no prohíbe en absoluto que no se realice conductas delictivas, de esto se puede inferir que «[...] se llevará al primer plano la función de valoración retributiva de la pena, que se entenderá como manifestación de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, pura retribución»²⁴.

En ese sentido, si su contenido es meramente valorativo (juicio objetivo de valoración), ésta se puede *proyectar a todos los comportamientos antinormativos, tanto conductas de imputables como de inimputables*²⁵. Por ejemplo, cuando un tipo penal en especial, posee uno de los llamados elementos subjetivos, por ejemplo, el delito de

²² Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 60. «las normas penales son punto de partida de la reflexión jurídico-penal, pero no el punto de llegada. Si así fuera, la ciencia penal no conocería avance ni progreso: las normas positivas serían prácticamente elementos inmutables».

²³ Sobre esto, DWORKIN, Ronald, *Filosofía del Derecho*, Fondo Cultural Económica, México, 1980, p. 37.

²⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 76. esto último guardaría íntima relación con el pensamiento hegeliano en cuanto a la función que cumple la pena.

²⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, *op. cit.*, p. 53. Véase también, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal liberal*, *op. cit.*, p. 154, sostiene «toda reducción de las normas penales a imperativos conduce al fracaso desde el momento en que se reconoce que lo inimputables también son capaces de infringir la ley penal, esto es, de realizar injustos con relevancia penal».

hurto, que requiere un *ánimo de lucro*²⁶, resultaría insuficiente si es que la norma sólo fuera de valoración y no poseyera un carácter de determinación.

Asimismo, las críticas al sector doctrinal que entiende la función de la norma como orientadora de conductas, se hicieron presentes. Si la norma sólo contiene determinaciones dirigidas a los ciudadanos, sólo cabe «obedecerlas» o «desobedecerlas», es decir, estas normas proveen de medios para la realización de deseos y decisiones. No expresan (como en el contenido imperativo) «haz esto quieras o no», sino más bien «si deseas hacer esto, así es como debes hacerlo». Una cuestión que sólo se podría encuadrarse en un Estado solamente paternalista.

Es por ello que en la actual doctrina jurídico-penal se acepta que *ambos conceptos* de norma señalados *son compatibles*²⁷. En un primer momento, como juicio de valoración; y, en segundo momento, como imperativo o regla de determinación, es decir, una conducta delictuosa no puede determinarse con apego sólo a un *mero juicio objetivo de valoración*, por lo que resulta imposible prescindir del *juicio subjetivo de determinación* de lo que se opone a la norma²⁸. Dicho de manera más clara, el Derecho está integrado de valoraciones y normas, de esta forma si el Derecho valora positivamente el bien de la vida humana, ha de valorar negativamente (desvalorar) toda muerte de un ser humano, y, sin embargo, no puede prohibir mediante sus normas toda causación de muerte, ni siquiera por parte de un ser humano, sino sólo las producidas por conductas voluntarias previstas en un tipo penal no justificadas y evitables por el sujeto²⁹. En otras palabras, *una conducta humana sólo alcanzará pleno significado antinormativo*, cuando cometa un hecho desvalorado socialmente y protegido por la norma.

Y en este punto resulta preciso el ejemplo del semáforo rojo en la calle perpendicular del mismo cruce antes aludido que nos muestra el maestro SILVA SÁNCHEZ, para explicar lo dicho. En efecto, con respec-

to al conductor que tiene ante sí el semáforo rojo, ciertamente puede afirmarse que éste expresa, asimismo, la expectativa normativa de quien, por su parte, lo tiene verde, de que no se produzca una colisión. Debe observarse que, en un cruce, el semáforo verde de una calle y el semáforo rojo de la perpendicular a aquélla forman parte de un único sistema semafórico: *son una única norma*. Lo que ocurre es que esa única norma se muestra para unos como *institucionalización de una expectativa* y para otros, como *directiva de conducta*.

Por lo demás, es lógico que los papeles se invierten continuamente, en cada nueva interacción social: en el cruce siguiente, quien antes tenía luz verde, puede pasar a tenerla roja y viceversa. De modo que resulta unilateral fijarse únicamente en los ciudadanos como sujetos fieles al Derecho y no como autores potenciales o viceversa: pues en cada sujeto confluyen las dos vertientes³⁰.

V

De acuerdo a esto, en la actualidad se acepta en la doctrina que la norma jurídico-penal cumple una función de mantenimiento y *protección de un sistema de convivencia* y que sólo dentro del sistema y desde ese sistema puede explicarse³¹.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta fundamentalmente que las normas son el elemento esencial en la configuración del Sistema del Derecho penal. Este sistema debe basarse en elementos tanto de carácter material como los de carácter formal, de modo que el análisis de acciones relevantes para el Derecho Penal tenga como punto de partida los criterios valorativos sobre una base normativa, puestos de manifiesto en las diversas categorías del delito como en la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esto como consecuencia de la inabarcable complejidad y continua variación de la sociedad y de los valores que sirven para su ordenación.

Consideramos que, por todo lo mencionado, resulta inevitable ser partidarios de una visión orientadora (motivadora) de la norma, así como su función estabilizadora de expectativas sociales, sin que esto signifique la contradicción entre ellas, debido a que éstas se caracterizan por su dinamicidad en relación a un contexto social deter-

²⁶ Art. 187º del Código penal peruano: «el que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año». El fin de hacer uso denota el ánimo de lucrar con lo ajeno, cosa que no agota el contenido de la norma si no existiese la sanción prevista.

²⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, p. 57; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, op. cit.*, pp. 63 y 64.

²⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 56.

²⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, p. 75.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho Penal, op. cit.*, p. 27, «el cruce de calles resulta ser, una buena metáfora de los conflictos de esferas individuales».

³¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 57.

minado. La norma orienta en cuanto pretende adecuar la conducta de los ciudadanos al canon jurídicamente querido de no infringir normas. Y por otro lado, esta orientación no es posible sin la existencia de *expectativas sociales*, entendidas como modelos de conductas establecidas por un orden social y jurídico.

Esto con el fin de construir un sistema abierto, sujeto a posibles modificaciones en las que se puedan generar nuevas ideas o remover ciertas instituciones, de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social, sino que más bien se adapte a él, porque tratar de inmunizar los conceptos o pretender su inalterabilidad, nos llevaría seguramente al fracaso en la construcción de un sistema. Baste lo dicho por ahora para mencionar que todo lo desarrollado hasta aquí, guarda íntima relación con metas comunes propias de una sociedad, perteneciente a un Estado social y democrático de Derecho, encargado de incluir dentro de sus objetivos el respeto por la dignidad del ser humano así como las instituciones que componen la sociedad, y que tiene como finalidad principal el respeto a los derechos fundamentales los cuales también tienen un doble valor: de un lado, representan los «valores supremos», y de otro, permiten al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el *status* de libertad como un *derecho individual*. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya *institucionalizado*, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos estos derechos resultan ser elementos constitutivos del cuadro constitucional y del ordenamiento inspirado en los principios de libertad³². De acuerdo a ello, la doble función que puede y debe cumplir la norma dentro del Sistema del Derecho Penal no es incompatible con las finalidades de nuestra sociedad, sino por el contrario es una exigencia acorde con los valores que se consagran en nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, *Derecho penal. Parte general*, UNIFE, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1994.

³² HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Fondo Editorial PUCP, 1997, pp. 55-56, 127-128 y 163-164.

COSSIO, Carlos, *Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Abeledo-Perrot, 1964.

DWORKIN, Ronald, *Filosofía del Derecho*, Fondo Cultural Económica, México, 1980.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

HÄBERLE, Meter, *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Fondo Editorial PUCP, 1997. LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*.

JAKOBS, Günther, *Tratado Derecho penal. Parte general*, Marcial Pons, 1997.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008.

- *Límites del normativismo en Derecho penal*. En www.criminet.com

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Grijley, 2004.

QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Aranzadi, 2000.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1978.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

WELZEL, Hans, *Nuevo sistema de Derecho penal*, 1ª reimp., BdeF, Buenos Aires, 2002.

**TRES PROPUESTAS, UN POLÉMICO ACUERDO Y
DOS REFLEXIONES: ¿UNA HEREJE INTERPRETACIÓN
DEL ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE?**

G. ANDRÉ GARCÍA LEÓN¹

¹ Alumno del 5to. año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo - Asistente de la Cátedra principal en Derecho Penal en la Fac. d° y CC.PP en la UNT - setiembre 2009 a mayo 2010 - Presidente Fundador de la Asociación Civil adjuris-presidente fundador de la Asociación Civil inquisitio essentia ius - actualmente coordinador del Área de Ciencias Penales y Criminológicas en dicha asociación.

«El estudio del Derecho no se ha hecho para quienes quieren dormir la siesta en un bello paisaje a la sombra de un árbol florido, el estudio del Derecho corresponde a quien **tenga el ánimo suficientemente valiente como para poner en cuestión todas las ideas establecidas e inventar nuevos caminos** en medio de la escabrosidad de la historia de la humanidad».

Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA.

I. Introducción

En las últimas modificaciones de nuestro vigente Código Penal encontramos un sinnúmero de tipos penales que agravan las penas de los resultados acaecidos a consecuencia de la ejecución de las modalidades típicas que circunscriben el tipo básico. Por mencionar sólo algunos ejemplos tenemos que el artículo 129° del Código Penal (CP) agrava considerablemente la pena de la muerte o lesión resultante de la exposición o abandono a personas en peligro (art. 128° y 129°CP); el artículo 152° CP (Secuestro) *in fine* acápite tercero, prescribe que la pena será de cadena perpetua si se causa lesiones graves o muerte del agraviado durante el secuestro o como consecuencia de dicho acto); la misma suerte correrá quien se encuentre incurso en el art 173° A CP, así como en el 189° *in fine* CP *si como consecuencia del hecho(robo) se produce la muerte de la víctima.*

Esta figura del artículo 189 CP *in fine* conocida como robo con muerte subsecuente, sorprendentemente hace unos meses fue sometida a debate en el V Pleno Jurisdiccional de Salas Penales Permanente y Transitorias, en el Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116; el cual en síntesis le traspuso la impronta de delito preterintencional evitando quizá la interpretación de causación fortuita de la muerte asimilable a la responsabilidad objetiva (*versari in re illicita*) y además el citado acuerdo estableció la diferenciación entre la figura del robo con muerte subsecuente del *asesinato para facilitar u ocultar otro delito.*

No adelantaremos aquí nuestra posición crítica ante la interpretación de los magistrados de la figura del robo con muerte subsecuente en el mencionado acuerdo plenario pero dejaremos fijado la problemática a solucionar como la constituye en primer y segundo término la utilización de filtros normativos en los límites objetivos y subjetivos de la conducta típica; para finalmente inducir a la hereje solución vía aplicación del concurso ideal de delitos, proscribiendo la observancia del art 189 *in fine* de nuestro vigente Código Penal.

II. Un polémico acuerdo

El 13 de noviembre de 2009 las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal dictando el Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116.

Según señala el texto del acuerdo plenario se procedió a tomar como referencia las distintas sentencias de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances **del delito de robo agravado por muerte subsecuente** (artículo 189° *in fine* del Código Penal) **y el delito de asesinato por conexión con otro delito** (artículo 108°, inciso 2, del Código Penal), a fin de determinar las diferencias entre ambos supuestos típicos y en qué casos son de aplicación uno u otro. De otro lado, se resolvió también sobre la misma base jurisprudencial, identificar cuál es la naturaleza penal de las lesiones causadas a la víctima y a las que se refiere el inciso 1 de la parte segunda del artículo 189° del Código Penal para poder distinguirlas de aquellas mencionadas en el último párrafo del citado artículo».

Nosotros sólo nos pronunciaremos sobre la posición de los magistrados en la diferencia entre robo con muerte subsecuente y el asesinato para facilitar otro delito; la misma que se funda en las siguientes afirmaciones desprendidas del acuerdo plenario y rezan como sigue: «*es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desamparamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple*

resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal».

Al sellarle la impronta de delito preterintencional al robo con muerte subsecuente se busca sutilmente corregir un grave defecto legislativo de la redacción del art 189 *in fine* que no indicaba expresamente que el resultado al menos debería producirse imprudentemente; cuestión que bien podría integrarse de una interpretación sistemática del art.12°CP *in fine*: *El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por ley*; que si bien es cierto no casaba a tono de estricta literalidad pero se evitaba la poco afortunada salida de los magistrados en la atribución preterintencional de la figura.

El robo con muerte subsecuente al entenderse en el acuerdo plenario como un delito preterintencional, no debería tener en su haber una redacción de fórmula impersonal objetiva como el *resultare, originare, produjere o sobreviniere*, o en los términos de nuestro artículo 189 *in fine como consecuencia del hecho*³.

Otro valor de destacar es que si los delitos preterintencionales se caracterizan por delimitar proporcionalmente la pena en razón al delito más grave *no querido*, esta cuestión no sería respetada por la interpretación de los magistrados en el acuerdo plenario, pues el mismo art. 189 *in fine* plantea la condena a cadena perpetua de sobrevenir la muerte a consecuencia del hecho; pena evidentemente nada proporcional al aplicable al homicidio simple o al calificado.

Creemos que son los delitos cualificados por el resultado los que aparecen en el robo con muerte subsecuente; pero esta vez con el ropaje de aceptar por lo menos que a consecuencia del acto ilícito principal sobreviniera un resultado no querido pero al menos previsible.

Como se dijo anteriormente en la crítica a la interpretación de la figura de la preterintencionalidad; las características de la *fórmula impersonal objetiva* y la sanción desproporcional, son características propias de los delitos cualificados de resultado. No olvidemos que la característica primigenia de estos delitos es que el resultado sobrevenido puede ser atribuido, sin dolo o culpa; es decir si su existencia

² Corte Suprema de Justicia de la República. V Pleno Jurisdiccional de las Salas penales permanente y transitorias. Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116. Lima, 13-11-2009.

³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Universitas, Madrid, 1996, p. 545.

deviene de modo fortuito; cuestión que lo diferencia del delito preterintencional que acepta al menos su causación imprudente y dolosa (eventual)⁴.

Pero, es también aceptado en la doctrina⁵, que el resultado sobrevenido pueda darse por imprudencia⁶, lo cual no trastocaría el principio de responsabilidad subjetiva por dolo o culpa, permitiéndose la legitimidad de éstos delitos por estar permitido su producción imprudente⁷.

Hasta aquí sólo hemos dialogado con la interpretación de los magistrados, nuestra discrepancia en la nominación dogmática de la figura del robo con subsecuente de muerte, la cual carecería de mucha utilidad sino estuviese absolutamente exento de consecuencias; y entre ellas tenemos que la aceptación preterintencional de estos delitos en un extremo considerativo si aceptase modalidad eventual, cerraría el paso a una fácil diferenciación de un asesinato para facilitar otro delito a modo de ejemplo. Si Jesús apuñala a Mario en el forcejeo para quitarle su dinero y el primero ejecuta la acción previendo el resultado pero aceptando su muy probable consecuencia (no querida); existirían serias dudas de una fácil diferenciación, pero agreguémosle una variante al caso; que sucedería si Mario no muere inmediatamente pero cae al piso inconsciente para que horas después de que Jesús realizara su cometido, falleciera.

Realmente creemos que la adopción interpretativa de los delitos cualificados por el resultado no soluciona el problema; pues sólo nos muestra el camino y una doctrina que aquí no nos permitimos aceptar: cerrar los ojos a una cadena perpetua para un resultado previsto además de enviarle el siguiente mensaje al victimario: *mata primero antes de apoderarte del bien mueble, porque si no lo haces y si de los actos de violencia resulta muerta la víctima serás castigado con cadena perpetua*⁸.

⁴ Vid. LUZON PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.*, p. 540. Aunque lo acepte en situaciones poco probables.

⁵ Incluso también la jurisprudencia Vid. ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito de bobo: Monografías de Jurisprudencia Especializada 2*, 1ª ed., Grijley, Lima, pp. 87 y 89.

⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2004, pp. 302 y ss.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2004, p. 321.

⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, en SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Idemsa, Lima, p. 965.

La tarea pasa por una solución que armonice en contenido dogmático político criminal que creemos se resume en las tres propuestas desarrolladas a continuación

III. Tres propuestas

1. La pertenencia del riesgo como límite objetivo

El delito de robo al ser un delito complejo⁹ encuentra en su ejecución una serie de conductas que bien podrían encajar en la manifestación de otras conductas típicas como lo sería la amenaza de peligro inminente para la vida o integridad física con la coacción (Art 151°CP) o la consecuencia lesiva del empleo de la violencia que bien podría encajar en el injusto de lesiones.

Aunque se entienda como absorbidas estas modalidades que facilitan la sustracción del patrimonio en el tipo de robo, existe la posibilidad de agravar el tipo cuando se causa por ejemplo lesiones a la integridad física o mental de la víctima; cuestión que merece dos lecturas: la agravación se produce porque el riesgo creado para la sustracción sigue perteneciendo a la figura del robo pero sobrepasa el límite de la violencia, pues el tipo sólo señala la utilización de violencia más no que con ello se permita lesionar- lesionar más allá de lo permitido.

La segunda lectura es que es evidente que el riesgo creado ya no es un riesgo genuino de la violencia para sustraer el patrimonio que finalmente causa lesiones o lesiones graves, o en el caso particular analizado aquí (robo con muerte subsecuente) sino es un riesgo de muerte; que ya no pertenecería al tipo de robo.

De aquí que consideremos que el límite normativo/objetivo a emplear es la pertenencia típica del riesgo de muerte o lesión grave (resultado); que finalmente determine su aparición diferenciadora límite. Este criterio deberá ser acompañado de las siguientes reglas:

1.1. El riesgo de muerte será dirigido hacia la víctima que posee el bien

La acción violenta que conlleva el riesgo que finalmente produce la muerte, debe ser realizada contra quien posee el bien objeto

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, t. II, Ceura, Madrid, 1991, p.69.

de sustracción¹⁰, siendo este o no titular del derecho, en otras palabras el sujeto pasivo del riesgo de muerte será sobre quien recae la acción típica.

Si el riesgo produce la muerte del sujeto pasivo ha de entenderse que la figura que acaba de configurarse es la de asesinar para facilitar otro delito (art. 108 inciso 2 CP) en caso de existir congruencia subjetiva dolosa.

1.2. El riesgo de muerte será dirigido para conseguir la sustracción del bien:

El riesgo creado no puede producirse luego de cometerse el hecho delictivo, pues podría subsumirse en la hipótesis de un concurso real con homicidio o dependiendo de la direccionalidad de la acción podría consistir en un asesinato para ocultar otro delito del 108 inciso 2 CP.

El riesgo ha de realizarse para conseguir la obtención del bien objeto de interés por el sujeto agente¹¹; lo que determina que la acción perseguida debe realizarse en la ejecución misma de la violencia, no importando su oportunidad o en la combinación de violencia o amenaza; pues a buen recaudo esa acción termina facilitando la sustracción del bien.

Si nos limitaríamos a una dirección unificada y mecánica de la ejecución de la muerte para facilitar la sustracción ulterior de un bien, dejaríamos vacía la posibilidad de contingencia o el desenvolvimiento de las circunstancias en que se ejecute este riesgo de muerte.

1.3. La ocurrencia del resultado (muerte) será valorado ex ante

Creemos que en sede ex ante, han de tomarse los datos, conocimientos, experiencias, circunstancias, reglas, que objetivamente han de ser valorados en la creación del riesgo de muerte, esto es, en razón de que «las normas de conducta tan sólo puede apoyarse en datos que en el momento anterior de la acción sean accesibles al destinatario de la norma y ello parte de las condiciones elementales de la existencia del Derecho¹²».

¹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 320 (conclusión 5).

¹¹ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª ed., t. II, Idemsa, Perú, 2008, p. 256.

¹² FRISCH, Wolfgang, *Delito y sistema de delito*, en WOLTER/FREUND (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 239.

La existencia de un modelo estándar, medio o profano de acoger los criterios a valorar se desprende desde un punto de vista del argumento de que el «máximo conocimiento disponible ex ante no es base adecuada desde la perspectiva de la norma de conducta¹³». Pero también no debemos olvidar la existencia de datos subjetivos o elementos subjetivos en los cuales, se fundará también la valoración que procederá muchas veces a la individualización o al caso concreto de ocurrencia del tipo a subsumir¹⁴.

Así tendremos que valorar si al momento de la ejecución de la violencia que ostenta el riesgo de muerte el autor sobrepasaba el estándar objetivo de la creación de dicho riesgo; cuestión distinta a la ocurrencia de la muerte por direccionalidad fortuita, por intervención de un tercero o por conducta o autopuesta en peligro de la víctima.

2. La decisión del autor como límite subjetivo

Para que sea entendida la conducta como configuradora del riesgo que finalmente causa el riesgo de muerte en el robo con muerte subsecuente o asesinato para facilitar otro delito; debe atenderse también a los sustratos subjetivos del tipo; propiamente aquí del tipo que crea el riesgo de muerte.

Si bien es cierto salta a la vista la diferenciación de la ocurrencia subjetiva en el homicidio, el robo y el asesinato para facilitar otro delito, constituyéndose para este último un dolo especial, un elemento subjetivo del injusto (distinto al dolo); consistente en un ánimo, finalidad o intención (adicional) ulterior al resultado provocado¹⁵ que es el de apropiarse del bien del sujeto pasivo (delito atrofiado/mutilado o cortado de dos actos); aquí no sería menos propio encontrar la interpretación de la decisión del autor para determinar la ocurrencia subjetiva dolosa; el descarte de la imprudente; así como la de la de los elementos subjetivos del tipo¹⁶.

¹³ *Ibid.*, p. 245.

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ STRATENWERT, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Marcelo Alberto Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, el autor señala que los elementos subjetivos del injusto no tienen contrapartida con el tipo objetivo, devienen de acontecimientos exteriores en cuanto ostentan datos y relaciones internas.

¹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 311-312.

La decisión del autor debe contener la aprehensión del peligro típicamente desaprobado por parte del autor¹⁷; es decir el autor debe haber captado en su comportamiento todo aquello que sustenta el juicio de desaprobación típico, habiendo debido captar la conducta en su idiosincrasia normativamente relevante¹⁸. Esta concepción normativa que limita subjetivamente el acaecimiento de la muerte en el robo subsecuente de muerte permite diferenciar la ocurrencia de las figuras subjetivas en el homicidio, asesinato y robo con muerte subsecuente.

La aprehensión del riesgo en traslado a la figura típica de homicidio doloso comprenderá el conocimiento y operación en base del mismo hacia la consecución única de aquel resultado; cuando no exista una aprehensión del riesgo de muerte y por lo tanto no sea un dato cognoscible del que se deduzca su dirección estaremos ante una figura imprudente de homicidio. Dicho con un Ejemplo: Pedro y Juan luego de haber robado una cantidad de dinero discuten sobre la suma a repartirse y producto de la acalorada discusión intercambian palabras, falleciendo después Juan por tres puñaladas de Pedro quien actuó decidido a lesionar de muerte a Juan.

La aprehensión del riesgo en la figura del asesinato para facilitar otro delito ha de entenderse como la comprensión de su comportamiento dirigido a la producción del resultado-medio a la consecución de un resultado ulterior: Dicho con un ejemplo: Si la policía encuentra en el interior de una casa de cambio a Martín apunto de sustraer dinero, luego de dispararle al vendedor de la tienda; deberá entenderse que estamos ante un asesinato para facilitar otro delito.

La decisión del autor en el robo con muerte subsecuente debe ser entendida como la comprensión del riesgo de lesión perseguido que tiene la propiedad o aptitud de reducir a la víctima a fin de facilitar la sustracción del bien o bienes o viabilizar su desistimiento para la entrega próxima de sus bienes.

La diferencia existente entre la muerte con ocasión del robo y la muerte para ejecutar este injusto ulteriormente; debe lograrse de la congruencia normativa del límite subjetivo de la decisión del autor y el límite objetivo de la pertenencia del riesgo al resultado (muerte).

¹⁷ FRISCH, Wolfgang «Comportamiento Típico e Imputación de Resultado», traducción de la edición alemana (Heidelberg 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Mourillo, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 62.

¹⁸ Loc. Cit.

El acto que determina finalmente la muerte en el robo es un acto propio de éste, tendiente a la ejecución misma del robo; por ejemplo no podría entenderse que un disparo a quemarropa en el pecho, varias puñaladas, o actos tendientes a asfixiar a la víctima; serían actos dentro de la ejecución misma del robo; pero con ello no descartamos que los instrumentos o modalidades de la utilización de éstos (armas de fuego u otro tipo, elementos punzocortantes, contundentes, asfixiantes, o de adormecimiento); no sean utilizados en el robo con muerte subsecuente como sería el caso de quien le lanza un golpe en la cabeza con una botella de vidrio dejando inconsciente a una persona para luego sustraer la caja fuerte.

La decisión del autor también se manifiesta en la comprensión de los elementos utilizados (contundencia, gravedad, oportunidad); que finalmente configuran la valoración normativa dirigida por la violencia empleada; decisión aprehensora del riesgo que permite su congruencia del conocimiento del curso causal de la acción, la subsunción normativa y la debida escala de prohibición en virtud de la escala de riesgos prohibidos que configuran cada modalidad típica básica, agravada o de propiedades típicas similares.

3. El concurso de delitos como solución: una herejía

Podría entenderse que la muerte que se produce con ocasión o con motivo del robo, no debe estar sujeta a las reglas del concurso de delitos, puesto que la muerte producida no es una figura típica diferente, sino que está conectada o constituye el desprendimiento de un efecto colateral o grave de la figura primaria que es la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo¹⁹.

También se podría alegar en abono de lo anterior que el robo con subsecuente de muerte es un auténtico delito cualificado por el resultado del robo; pues no se debería desconocer la naturaleza de delito complejo de este permitiéndose así absorber las modalidades *y sus excesos* cuantitativos de su ejecución típica *y ello también acogería al resultado* (agravado)²⁰.

Con todas estas argumentaciones podemos decir, que sólo cabría hacer esfuerzos en distinguir el robo subsecuente de muerte, del asesinato para facilitar otro delito o de un simple homicidio simple (dolo-

¹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.399.

²⁰ *Ibid.*, p. 398.

so/culposo); conformándonos así con lo que parece transmitir la norma: «No deberías arriesgarte a permanecer de por vida en una prisión: asesina de buenas a primeras a tu víctima; así podrás ir menos años a prisión».

Consideramos además que la solución no pasa con la idea de la modificación de este artículo que lleva ya varios años de vigencia; y no se ha visto hasta ahora su tan reclamada modificación y aún más ahora con una interpretación vía acuerdo plenario que a nuestro parecer aún no soluciona el problema.

La solución propuesta por nosotros encarna una función de política criminal y se encarna en los siguientes argumentos:

3.1. La cadena perpetua no puede ser aplicada a la figura del robo con muerte subsecuente

A la luz de los principios que inspiran el Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, encontramos que cuando se alude al Estado democrático encontramos sustento en el principio de proporcionalidad, también denominado principio de proporcionalidad mínima²¹, que hace referencia a la gravedad del injusto y de la pena²²²³. Y por tanto Implica un juicio lógico o ponderación que compara valorativamente la gravedad del hecho antijurídico y la gravedad de la pena, la entidad del injusto y la del castigo mismo²⁴.

Aquí en la aplicación de la pena de cadena perpetua al injusto de robo con muerte subsecuente entendemos como se desprende del principio de proporcionalidad del que destacamos dos exigencias fundamentales *la necesidad de que la pena sea proporcional* y *la exigencia de la medida de proporcionalidad*²⁵, cuestión que no encuentra asidero en la figura antes vista además si se afirma que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza o racional del ejercicio del

²¹ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 130.

²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 399.

²³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General. El principio de proporcionalidad es una idea de Justicia inmanente a todo Derecho*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 93.

²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *op. cit.*, p. 400.

²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 137.

poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes a una persona en desproporción grosera con el mal provocado²⁶; y esta desproporción se muestra en toda su extensión en el robo con muerte subsecuente.

En virtud de otro principio fundamental del estado democrático como lo constituye el principio de Humanidad de las penas se ha alegado que la pena privativa superior a los 15 años produce un **impacto personalizador irreversible**,²⁷ consecuencia de ello es pues que se reclama que «toda consecuencia de la punición debe cesar en algún momento, por largo que sea el tiempo a transcurrir, pero nunca puede ser *perpetua* en el sentido propio de la expresión pues implicaría admitir la existencia de la **persona descartable**»²⁸.

Todo lo anterior parece casar bien con la pena aplicada al robo con muerte subsecuente pues en un sentido que podemos llamarle positivo este principio reclama la fijación de topes a la dureza de las penas en virtud del daño que causan quienes lo sufren²⁹.

3.2. El robo con muerte subsecuente ha de asimilarse como un concurso ideal entre robo agravado y homicidio imprudente

El concurso ideal o concurso formal de delitos circunscribe aquella conducta que a su ejecución circunscribe su campo de acción a dos o más tipos penales. La esencia del concurso ideal es la unidad de acción que determina la pluralidad de tipos penales existentes³⁰.

Esta vía de solución es para nosotros la más adecuada, si bien es cierto su aplicación podría ser entendida como la violación al principio de especialidad, pues ya existe una figura especial que regula el robo con muerte subsecuente; pero su regulación no traduce los principios en los que se informa el Derecho Penal y que deben respetar los jueces al hacer Derecho.

Además ha de entenderse que la muerte en el robo no es un efecto concomitante o propio de la violencia del robo, sino que al constituir un agravante demuestra que tal actividad es anómala a la consti-

²⁶ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 130.

²⁷ Id.

²⁸ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *op. cit.*, p. 132.

²⁹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 132.

³⁰ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1ª ed., vol I, Bosch, Barcelona, 1978, p. 1011. (esencia del concurso ideal)

tución típica del injusto complejo de robo y por lo tanto; debe agravarse porque tiene mayor cercanía configuradora de otro tipo que es el homicidio.

3.3. El robo con muerte subsecuente con resultado doloso ha de entenderse como un asesinato para facilitar otro delito

Cuando exista la producción del resultado muerte en el robo atribuible a su configuración objetiva eventual, creemos que debe asimilarse a la figura del asesinato para facilitar otro delito (robo); pues si bien es cierto la acción no se ha dirigido en principio al cometido de muerte de la víctima, la aceptación de los efectos por parte del sujeto agente traen consigo la aparición genuina posterior de la figura. En otras palabras el resultado asentido eventualmente determina, la viabilización posterior de los actos tendientes a la sustracción del bien o bienes.

IV. Dos reflexiones

1. El robo con muerte subsecuente debe ser interpretada a la luz de claros instrumentos dogmáticos

En principio esta figura debe tener un uso adecuado de las instituciones dogmáticas que fluctúan en relación a su estudio; y ello se logrará con la utilización de límites normativos, pues creemos que si partimos de los postulados de la doctrina de la conducta típica debemos entender que para considerar que una conducta ha sobrepasado el riesgo básico tolerado³¹, se partirá de criterios normativos³², es decir de reglas que en concordancia a las principales instituciones que inspiran y legitiman el campo de actuación del Derecho Penal permitirán una valoración estrictamente jurídica para la delimitación de dichas conductas. La importancia del uso de bases normativas radica en la consecución de una auténtica seguridad jurídica para el Derecho Penal³³ y

³¹ FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico...* La conducta ha de organizarse de manera que se mantenga en el marco del riesgo básico tolerado, pp. 115-116.

³² LESCH, Heiko Harmut, *Intervención delictiva e Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia Bogotá 1995. «Evidentemente la dogmática normativista, en cuanto aclara injusto penal como contradicción a la norma, debe compaginarse con una teoría de las normas», p.47.

³³ ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 49. El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones **valorativo** político-criminales en el sistema del Derecho Penal.

ello se constituye ineludiblemente en el asiento fundamental de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues si tuviésemos que partir de subjetividades³⁴ o de formulaciones que tienen bases psicologistas³⁵ de fácil aprehensión manualista, pero de escasa aplicación en la realidad, quedaríamos maniatados al arbitrio de los fallos judiciales y entonces caería el Derecho Penal en una grave crisis de inseguridad y desorientación jurídica. Todos estos argumentos normativos permiten una mejor y armoniosa interpretación y desarrollo de la figura del robo subsecuente de muerte, este debe ser el punto de partida.

2. El robo con muerte subsecuente debe ser interpretada a la luz de claros fundamentos político criminales

La figura del robo subsecuente de muerte no debe en lo absoluto analizarse sin haberse nutrido de los postulados, principios o tesis que permitan realizar un crítico y concienzudo estudio de su razón de ser en el plexo normativo penal, en orden a las instituciones (*fuentes*) que las inspiran y las repercusiones que con sus fines deba cumplir todo ordenamiento jurídico penal, en aras de encontrarse acorde con las reformas legislativas que le permitan un mejor desarrollo vivencial con nuestra realidad.

Estos argumentos que combinan e instrumentan la dogmática constituyen para nosotros nuestro punto de llegada.

V. Conclusiones

1. La redacción del robo con muerte subsecuente en nuestro Código Penal permite su adscripción a la figura de delito cualificado

³⁴ En este sentido FRISCH, Wolfgang, «La Imputación Objetiva: Estado de la Cuestión», en *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, 1ª ed., Civitas, Barcelona, 2000.

«Se trata de la idea de que las categorías ontológicamente orientadas... no pueden aprehender los criterios que son decisivos en aras de la circunscripción de lo jurídico y de la libertad y la delimitación del ámbito del Derecho», p. 55.

³⁵ CARO JHON, José Antonio, *Imputación subjetiva*, cita a su ponencia presentada en el marco del VII Curso Internacional de Derecho Penal: «El funcionalismo jurídico penal a debate», realizada en Lima del 07 al 10 de Junio de 2006, organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, La Maestría de la PUCP y Grijley. El autor cita dos frases muy ilustrativas, la garantía romana *internis non judicat praetor* (el juez no juzga el fuero interno) y la célebre frase de Alejandro GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, «La conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer», pp. 1-2.

por el resultado y con ello no sería del todo correcta la afirmación de los Magistrados en el Acuerdo Plenario toda vez que el delito de robo con muerte subsecuente no es un delito preterintencional.

2. Con la utilización de los criterios normativos de la pertenencia del riesgo como límite objetivo y la decisión del autor como límite subjetivo se determina con mayor acierto a la diferenciación entre el robo con muerte subsecuente y el asesinato para facilitar otro delito.

3. La solución para la inaplicación de la cadena perpetua en supuestos de acaecimiento de muerte imprudente por robo es la del concurso ideal de delitos.

4. Finalmente es de destacar que en el análisis de esta figura se debe ineludiblemente realizar un concienzudo y correcto estudio de instrumentos dogmáticos y político criminales que deben fundar su legitimidad y existencia en el derecho penal.

Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, t. II, Ceura, Madrid, 1991.

CARO JHON, José Antonio, *Imputación subjetiva*, cita a su ponencia presentada en el marco del VII Curso Internacional de Derecho penal: «El funcionalismo jurídico penal a debate», realizada en Lima del 07 al 10 de Junio de 2006, Organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, La Maestría de la PUCP y Grijley.

FRISCH, Wolfgang, «La Imputación objetiva: Estado de la cuestión», en *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, 1ª ed., Civitas, Barcelona, 2000.

FRISCH, Wolfgang, «Delito y Sistema del Delito», en *El sistema integral del Derecho penal*, WOLTER / FREUND / KUHLEN / BRURKHARDT / FRISCH, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación de resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Mourillo, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, 1ª ed., Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*», traducción y adiciones por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 1ª ed., vol. I, Bosch, Barcelona, 1978. LESCH, Heiko Harmut, *Intervención delictiva e Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª ed., Universitas, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

PEÑA CABRERA, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, 1ª ed., t. II, Idemsa, Lima, 2008.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2004.

ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito de robo: monografías de jurisprudencia especializada 2*, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., t. I, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Idemsa, Lima.

STRATENWERT, Günther, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Marcelo Alberto Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

**REFLEXIONES ACERCA DE LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD
FRENTE A TIPOS PENALES ABIERTOS Y LEYES PENALES
EN BLANCO: UN ACERCAMIENTO AL ENFOQUE GARANTISTA**

LUIS R. TEJADA ROQUE*

RESUMEN: A pesar de que el principio de legalidad en un estado moderno, sea producto de la evolución histórica en defensa de la libertad, para la superación de los estados anteriores a dicho principio; este sigue siendo entendido en la praxis actual de la misma manera como se le entendió en el contexto anacrónico sobre el cual se le creó, olvidando el mayor contenido material e institucional que debe de apreciar en esta etapa de dinamismo globalizado de los estados modernos, repercutiendo a un mal entendimiento de las garantías derivadas de ella como la **garantía de taxatividad** y por otro lado, a un retroceso de la política criminal primaria y secundaria de parte del estado, vale decir, en la creación de normas y aplicación de las mismas. El autor explicará una proporcionalidad entre la función jurídico-dogmática y función jurídico-política del citado principio fundando la existencia necesaria de leyes penales en blanco y tipos penales abiertos.

PALABRAS CLAVES: Taxatividad, Teoría institucional, Estado Constitucional de derecho, dignidad, igualdad, política criminal, dinamismo fáctico, bien jurídico, conducta punible.

I. Deslinde del tipo penal dentro de un derecho penal garantista

Abordando al problema actual del derecho penal moderno en ámbitos como su función, finalidad e interpretación de sus normas, y más en este último punto que debido a la forma antitécnica en redacción legislativa de base político criminal se llega a colisionar con los principios lógicos de coherencia y sistematicidad en la construcción de las normas penales, lo que implica que se de un marco restringido a las normas originándose dentro de una aspecto dogmático malas o innecesarias imputaciones por dar menos cabo a elementos importantes como las circunstancias, la forma y el modo en que se cometen los hechos delictivos. Es por tal motivo que mucho se cuestiona en que estado actual se encuentra la teoría del delito que partiendo dentro de una esfera científica-dogmática más nos estaríamos apegando meramente a un causalismo. Así «los jueces en los pocos casos de motivación doctrinaria de las sentencias se han limitado a aplicar la

causalidad o incluso un *Versari in re illicita*¹ olvidando los criterios normativos de imputación objetiva que en nuestro derecho penal moderno se manejan dentro de la dogmática. Con todo lo anterior encontramos que es importante saber el punto de inicio sobre el cual debemos preocuparnos para un acercamiento hacia una idónea descripción de la conducta delictiva en el derecho penal moderno dentro de la teoría del delito; dicho punto de partida es el tipo penal que desde el causalismo hasta el funcionalismo ha sido la institución dogmática básica que ha permitido la realización del derecho penal moderno no sólo dentro de un aspecto objetivo-descriptivo en un suceso físico-causal valorativamente neutro como lo hacían los causalistas, sino también dentro de un aspecto objetivo-valorativo enriquecido de manera subjetiva por el finalismo tanto en los tipos dolosos como imprudentes y objetivo-normativo por el contenido social que «explaya un sentido al comportamiento autónomo del ciudadano, a la persona mediante un rol»².

«El tipo representa el eje alrededor del cual funcionan la antijuricidad, la culpabilidad, y las condiciones objetivas de punibilidad exigidas por la imputación jurídico-penal»³. De este modo el tipo es la piedra angular de toda la teoría del delito, como presupuesto de antijuricidad y culpabilidad; ya que el tipo al describir una conducta de manera objetiva y subjetiva implica un doble carácter valorativo: Un juicio sobre el hecho para determinar si su conducta es antijurídica y un juicio sobre el sujeto para determinar la culpabilidad. Así «mientras la antijuricidad es esencialmente un juicio objetivo de desvalor de la acción típica, la culpabilidad es un juicio subjetivo o de reproche personal»⁴.

Sin embargo, examinar al tipo sólo dentro de una esfera científica-teórica del delito, reduce o ignora la razón fundamental por la cual se ha instituido y aplicado, pues olvidar su causa fundamental significaría desconocer la esfera política a la cual debe adaptarse, cuyo contenido es esencia del estado social y democrático de derecho del cual somos parte.

¹ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal*. 1ª ed., traducido por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, p. 44.

² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. 1ª ed., Universidad Autónoma de Madrid, Ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999, p. 68.

³ BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*, 3ª ed., Hamurabi, Buenos Aires, 2002, p. 21.

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Teoría jurídica del Delito: Ensayo Español contemporáneo...* en una noción del delito y elementos delimitadores, p. 2.

Bajo este enfoque el tipo cumple funciones fundamentales dentro de dos aspectos: El jurídico-dogmático y el jurídico-político.

Así dentro de su primer aspecto ubicamos a su función indiciaria y fundamentadora al ser ratio cognocendi de la antijuricidad, vale decir, como un conocimiento provisional que será completado cuando se determine la antijuricidad (conducta típica contra todo ordenamiento jurídico) ya que no toda conducta típica es antijurídica debido a que hay «situaciones especiales que una conducta contraria a la norma puede ser permitida mediante las proposiciones permisivas»⁵; y argumentadora de una conducta típica (acción punible) como fundamento del delito respectivamente⁶ y dentro del segundo aspecto al estar dentro del manejo de un derecho penal mínimo y garantista «tiene por fundamento y fin la tutela de libertades de individuo, frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder»⁷ por medio de su función seleccionadora, indicando las conductas penalmente relevantes desplegando dentro de la misma línea su función motivadora (preventiva) para la preservación de la seguridad jurídica propia de la doctrina funcionalista de JAKOBS que se maneja dentro del Estado social y democrático de derecho.

II. Lineamientos del tipo abierto en la imputación objetiva.

Conociendo ya la naturaleza sustancial del tipo explicado en la primera parte de este trabajo, es por lo general que se den tipos cerrados en su modalidad de dolo y culpa, pues «el código penal le da un tratamiento de *numerus clausus* bajo un fin garantista de saber en qué casos se está en el supuesto culposo o doloso»⁸. Sin embargo, dentro

⁵ ROXIN, Claus. *Teoría del Tipo Penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. 1ª ed., traducido por Enrique Bacigalupo, Universidad de Madrid, Desalma, Buenos Aires, 1979, p. 4.

⁶ El tipo imprime la culpabilidad, como presupuesto para la pena y de este modo satisfacer la necesidad de prevención general, sin embargo, la prevención general es manejada en relación con la interpretación del tipo, que para la culpabilidad no es suficiente sin tener criterios de prevención especial sobre el delincuente en concreto. De este modo, antes de la exigencia de prevención general con respecto al tipo, goza de supremacía aplicar política criminal con respecto a las circunstancias del agente, para que también quede proscrito todo ámbito de responsabilidad objetiva (ROXIN. Derecho penal. *op. cit.*, p. 219).

⁷ CARRUITERO LECCA, FRANCISCO / CORREA CASTRO, David, *Filosofía del Derecho*, 1ª ed., Lima, 1998, p. 467.

⁸ VILLA STEIN, JAVIER, *Derecho penal. Parte general*, 2 ed., San Marcos, Lima, 2001, p. 265.

de la imputación objetiva; la teoría del tipo trata o aspira a tener en su dimensión estructural la incorporación de elementos que den plenitud a la precisión y claridad de la conducta penalmente relevante⁹ cuando de ella derive un resultado lesivo no querido, hablamos así de los delitos de negligencia e imprudencia¹⁰. Estos también conocidos como delitos culposos o de resultado, tendrán como presupuesto el quebrantamiento del deber de cuidado que es manejado dentro de un estándar valorativo de riesgo. La negligencia en no hacer o hacer algo menor de lo exigido por la norma de cuidado configurándose la omi-

⁹ La doctrina mayoritaria suele concebir la teoría de la imputación objetiva como una teoría de imputación del resultado. Sin embargo, ello no se compeadece con la propia praxis de la doctrina dominante, que incluye en este marco teórico consideraciones en realidad pertenecientes a la determinación de la conducta típica. Por ello, un creciente sector doctrinal –en el que hay que destacar las aportaciones de FRISCH y JAKOBS, ha propuesto orientar la teoría de la imputación objetiva para entenderla como revisión de la teoría del tipo objetivo. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica. «Esta es la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva: se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales» (CANCIO MELIÁ, Manuel, Ensayo: Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, *op. cit.*, p. 7). Vista desde esta perspectiva, el peso esencial de la teoría –aplicable a cualquier infracción– estaría en los mecanismos dogmáticos de la imputación de la conducta como típica.

¹⁰ Según las críticas duras del finalismo, la teoría de la imputación objetiva solo sería necesaria para resolver problemas de los delitos culposos pero superfluos para los problemas en los que sólo basta una que correcta (extensiva) conceptualización del dolo y una mejor interpretación de los elementos del tipo objetivo. Un ejemplo muy claro es cuando un médico proporciona un medicamento a un moribundo para que éste pueda vivir el tiempo suficiente y así escribir su testamento. Pues como se ve, no hay necesidad de acudir a la imputación objetiva por el aumento de riesgo o el ámbito de aplicación de la norma, ya que el verbo «matar» no se ha realizado en su contenido esencial por no tener la finalidad de acortar la vida, sino más bien de alargarla (ROXIN. La imputación objetiva en el Derecho penal, *op. cit.*, pp. 29 y 30). Sin embargo el profesor FEIJOO SÁNCHEZ citando a Armin KAUFMANN menciona que en este ejemplo no se debe de considerar si el sujeto quiere o no quiere, sino de cómo configura este su conducta en el mundo exterior, pues «la delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del motivo de la acción ni del punto de vista ni de la representación del autor, sino de un criterio objetivo» (FEIJOO SÁNCHEZ, El dolo eventual, *op. cit.*, p. 38); en consonancia, en ese ejemplo del finalismo, se debe de examinar si las medidas que adopta el sujeto son suficientes para que la conducta sea atípica al no incrementarse el riesgo general de la vida. Y si las medidas no son idóneas, la cuestión se reduce a averiguar si el autor conocía el alcance lesivo de su conducta, pues puede presentarse el supuesto de que el sujeto tenga voluntad de matar, desfavorecido solamente por las circunstancias objetivas no pudiendo concretar el resultado previsto o final, de modo que la imputación objetiva no es sólo para delitos imprudentes, sino también para determinar delitos dolosos si es que se esclarece que el autor conocía el alcance lesivo de su conducta en el mundo exterior, mediante criterios objetivos.

sión culposa u omisión culposa impropia si es que el autor se encuentra en posición de garante, y la imprudencia en violar la norma de cuidado en hacer algo excesivo o de más que no corresponde al deber de cuidado. Podemos verlo en los siguientes ejemplos respectivos: Hablamos de imprudencia cuando alguien circula a más de la velocidad permitida, y hablamos de negligencia cuando no se averigua si el paciente es alérgico a la droga que se le pretende suministrar. En este sentido se tendrá como denominador común «el principio de riesgo» que da la cuestión a determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico¹¹, contrario sensu, no siempre la mera lesión del bien jurídico determinará la concreción de un riesgo no permitido, vale decir que no puede considerarse como antijurídica una acción lesiva hasta comprobar si se ha respetado o vulnerado el deber de cuidado objetivo exigido, de modo que en esta realización de la conducta típica, el tipo no tendría efecto indiciario de antijuricidad, lo que debe ser fundamentada por un juicio ulterior independiente de ésta¹². Pues no bastan fundamentos de estados de justificación, la relación causal entre acción y resultado, ni de describir o designar la acción típica para determinar la antijuricidad, sino que dependerá de una labor dogmática posterior que realice el juez, para determinar el alcance preciso del tipo al momento de la sentencia, mediante un examen de elementos normativos y descriptivos determinando, si fueron respetados o no por el autor en una determinada situación, pudiéndose manifestar supuestos de error de tipo tanto invencibles con ausencia de dolo, como vencibles a título de culpa y error de prohibición sobre los elementos normativos¹³.

¹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. 1ª ed., Universidad Autónoma de Madrid, Ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999, p. 56.

¹² El ser dado del derecho (derecho positivo) incluye en sí la aplicabilidad al caso particular. Con esto penetra en la esfera de lo no determinado por el concepto, de lo cuantitativo (de lo cuantitativo por sí, o como determinación del valor en el cambio de un cualitativo frente a otro cualitativo). La determinación conceptual proporciona sólo un límite general dentro del cual tiene todavía lugar una oscilación. Empero, ésta debe ser interrumpida al fin de la realización, por lo cual interviene una decisión dentro de aquél límite, accidental y arbitraria (HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 188).

¹³ Los elementos normativos del tipo, que son fundamentalmente valorativos, constituyen en el error de prohibición la duda o falta de verdad de un hecho de forma que componen un puente entre el tipo y la antijuricidad, por ende los elementos normativos son auténticos elementos de antijuricidad implicando que una circunstancia calificada por el tipo ya no sea *ratio cognocendi* sino *ratio essendi* de

En palabras de Kant: El «debe ser» al ser expresión de todos los imperativos, muestra una relación de la ley objetiva de la razón con una voluntad, que debido a la constitución subjetiva de esta, no puede ser determinada por tal ley estableciéndose así excepciones derivado de las posibilidades o condiciones fácticas¹⁴.

Por este motivo el tipo de delitos culposos es un «tipo abierto»¹⁵, así lo manifiesta el profesor de la escuela finalista WELZEL¹⁶. En otras

la antijuricidad. (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Derecho penal. Parte general, t. I, *op. cit.*, p. 70). Así mismo MEZGER estima que los elementos normativos son presupuestos del injusto tipificado, y por ende sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales, es así que WELZEL introduce elementos especiales o del deber jurídico de manera excepcional como elementos normativos fuera del tipo cuando se trate de los delitos culposos o de resultado.

¹⁴ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Edit. Luis Martínez de Velasco, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 97. Cuando pienso un imperativo hipotético en general, no vale subjetivamente como universalidad, pues no se puede saber el contenido de la ley universal o general hasta que me es dada la condición para adecuar mi acción (imperativo categórico) a la máxima de la ley general.

¹⁵ Contrariando esta postura el profesor JAKOBS plantea que: «Los tipos de delitos imprudentes no son tipos abiertos y ni siquiera están menos determinados que los delitos dolosos. Tanto en el delito doloso como en el imprudente en autor debe deducir la prohibición de causar» (JAKOBS, Derecho Penal, *op. cit.*, p. 388).

¹⁶ Contrario a esta postura, el profesor de la escuela Post - finalista ROXIN establece que todo tipo tiene indicio de antijuricidad, ya que el tipo posee «elementos de valoración global» del hecho, de modo que todas las circunstancias que fundamentan esa valoración jurídica global son también parte del tipo (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Curso de Derecho Penal: Parte General I, *op. cit.*, p. 353). Sin embargo WELZEL hace uso de los «elementos especiales de la antijuricidad o también llamados del deber jurídico» que se fundamentan en los elementos de valoración global del tipo de ROXIN, estos elementos evitan que se de siempre una exigencia expresa de antijuricidad en el tipo, implicando que de manera absoluta se ponga a la antijuricidad como elemento del tipo. Estos elementos especiales son reconocidos en los supuestos de delitos culposos, por ende estos elementos especiales no son concretos elementos normativos ya que aun así se encuentren descritos el en tipo, la antijuricidad exige que se exprese la ilegalidad de la conducta, que a veces se llega a determinar con ayuda de la jurisprudencia. Así mientras que WELZEL defiende una antijuricidad fuera del tipo acentuadamente en los supuestos de delitos culposos, ROXIN defiende una antijuricidad como elemento del tipo en los supuestos de delitos dolosos y culposos. Dentro de esta divergencia de posturas también está la del profesor SCHÜNEMANN pues al ver que ROXIN establece que el tipo sirve para la realización del principio de legalidad valiéndose de que el dolo debe ser siempre justificado por un previo conocimiento de lo antijurídico, menciona que esa exigencia es demasiado formal, ya que para determinar la culpa o imprudencia no seda citado requisito, así el principio de legalidad es sólo la forma pero no el contenido de un tipo penal. La doctrina del tipo de ROXIN muestra, una laguna en los que hace a la determinación político - criminal de su contenido (SCHÜNEMANN, Bernd, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, *op. cit.*, p. 96).

palabras el deber de cuidado (previsibilidad) es una grieta en el tipo subjetivo del delito culposo, implicando que este tipo abierto carezca de efecto indiciario de antijuricidad. «Ese es el problema de los tipos abiertos y por ello es tarea de la dogmática establecer el grado de apertura típica constitucionalmente admisible, que debe limitarse a la estricta necesidad derivada de la naturaleza de la descripción y de la naturaleza sobre la que versa»¹⁷. Es necesario resaltar el criterio del profesor LUZÓN PEÑA estableciendo que la remisión normativa viene efectivamente «obligada por la naturaleza de las cosas»¹⁸ valorando el ámbito del riesgo permitido con independencia de lo que precise o señale el tipo, mediante otros requisitos adicionales aparte de los supuestos de tiñen de mayor gravedad antijurídica. Así, «los tipos abiertos requieren complementación a través de la jurisprudencia. Ejemplo: Culpa (artículo 111, homicidio culposo) que necesita ser completado en cada caso por el juez en relación a la infracción del deber de cuidado»¹⁹, y «esta flexibilidad crea la posibilidad de dejar difusa la responsabilidad entre el legislador y la jurisprudencia en caso de resoluciones judiciales insatisfactorias en el caso concreto»²⁰

III. Problemas del tipo penal abierto y la ley penal en blanco en el marco constitucional

Ahora entrando en el análisis dentro de un ámbito aplicativo o funcional del tipo abierto, este se configura como el supuesto de hecho impreciso en la ley penal, específicamente en la no determinabilidad de la conducta prohibida (u imperativa)²¹, que abre

¹⁷ SILVESTRONI, MARIANO, *Teoría Constitucional del delito*, 1ª ed., Edit. Paraná, Buenos Aires, 2004, p. 143.

¹⁸ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª ed., Universitas, Madrid, 1999, p. 151.

¹⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 138.

²⁰ JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., traducido por Joaquín Coello y José Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 91.

²¹ "Un concepto muy diferente a la ley penal en blanco es lo que JIMÉNEZ DE AZÚA denomina, *leyes penales en blanco al revés*, en el que la parte no fijada es la pena en vez de estar en blanco el tipo o supuesto de hecho. Esta técnica atentaría con la garantía legislativa ya que no se puede confiar la determinación de las penas a instancias de rango inferior de la ley penal» (VILLAVICENCIO, Derecho Penal, *op. cit.*, p. 138). La no determinabilidad de la pena era propia del régimen dictatorial o totalitario del Reich en Alemania, que a pesar de haberse dado siempre un veredicto judicial sobre su admisibilidad, debía dejarse incluso a cargo de las autoridades administrativas.

una gama de cuestiones constitucionales en la garantía de seguridad jurídica (el ciudadano conoce con anticipación las conductas prohibidas), en el fundamento de la división de poderes, y sobre todo al rango de las fuentes formales a las que recurre el derecho penal en este tipo de leyes, con la finalidad de determinar la conducta prohibida. Hacemos así referencia a lo que Karl Binding llamó: Leyes penales en blanco²².

De esta manera el tipo abierto al estar incluido en una ley penal en blanco, coincide con esta de manera ontológica en ser fundamento del delito²³; llevándonos de la cuestión sobre los alcances de la imputación objetiva mediante el tipo abierto, a si en verdad la ley penal el blanco es legítima en una esfera política, en base a la constitucionalidad de los criterios que se apliquen mediante ella como técnica legislativa²⁴.

Así nos damos cuenta que el tipo-garantía²⁵ se quebranta al tratar de copar todos los criterios de imputación objetiva produciendo

²² En su origen dicha noción sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio, es decir el *Reichsstrafgesetzbuch* (Código Penal del Reich) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los estados o de los municipios». La ley penal en blanco se concibe, por ello, en un principio, como «autorización» o «delegación» por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco. Esta es la concepción que ideó BINDING (MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho penal, *op. cit.*, pp. 36 y 37).

²³ En las leyes penales en blanco hay una remisión en bloque a la norma extrapenal, de modo que se deja establecer el elemento típico (consistente precisamente en la infracción de la norma extrapenal), mientras que en los elementos normativos del tipo hay sólo una remisión interpretativa a una norma extrapenal, o sea para interpretar mediante ésta el alcance de un elemento típico que ya ha establecido la propia ley penal. (LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal: Parte General, *op. cit.*, p. 149).

²⁴ Sin embargo la ley penal en blanco no fue considerada como técnica legislativa para defender una garantía constitucional en el momento histórico que tubo su origen, pues en base a los proyectos de reforma que se hicieron para el código penal Alemán de 1871, estos fueron superfluos en sus avances significativos por un contexto que pasaba Alemania entre 1914 y 1919 (Primera Guerra Mundial) y sobre todo por la insaciable tendencia expansionista y totalitarista del Reich (Imperio Alemán). Por lo que la ley penal en blanco sólo se reducía a ser una autorización del Reich para que otro organismo de inferior jerarquía completara el supuesto de hecho, manifestándose así el régimen dictatorial dominante de la época.

²⁵ ROXIN defiende a ultranza la postura de la cual el tipo gira en torno a los fines de del principio de legalidad, manifestando que en el tipo-garantía se deben establecer los requisitos o elementos que distinguen el carácter doloso o culposo de la acción que describe, evitando analogías y retroactividad de la ley, respetando así el marco de garantías que se desprenden del citado principio, vale decir, *lex certa*, *lex*

tipos abiertos; por ende, la teoría de la imputación al ser tradicionalmente muy intensa es con dificultad politizable²⁶, implicando que el legislador se abstenga en algunas determinaciones por temor a impedir controversias científicas o decisiones mejores o preferibles al caso concreto.

Referido a lo anteriormente explicado, partimos diciendo que constitucionalmente la ley es el medio a través del cual se materializa el fin y función del principio de legalidad, y tratándose de leyes penales, que es el instrumento mediante el cual el estado aplica su poder punitivo para criminalizar y sancionar conductas, este recae sobre la libertad que al ser un bien jurídico personalísimo y un derecho humano fundamental de las personas, es motivo por el cual se desprende una serie de garantías del principio de legalidad trascendiendo su

stricta, *lex previa*, *lex scripta* y de seguridad jurídica. (BACIGALUPO, Tipo y error, *op. cit.*, p. 31). Sin embargo, tal argumento olvida, por cierto, que no sólo hay un principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) constitucional, sino que éste se debe armonizar con otras garantías que le son ajenas. Ya que el legislador debe dar una idea de cierta gravedad o entidad respecto de un concepto que admite grados o cuantificación, y, sea porque le resulta imposible cuantificar objetivamente en el texto legal o porque la cuantificación demanda ser juzgada en relación a las circunstancias particulares del caso. Es evidente que de la naturaleza de la conducta que el legislador quiere prohibir emerge la forma en que puede prohibirla. Pero el legislador sólo puede prohibir determinadas conductas, porque el mismo *sistema institucional* lo limita y dentro de las conductas que le es posible constitucionalmente hacer materia de prohibición, debe seguir el camino que la «naturaleza» de la conducta. De modo que una de estas garantías es la individualización ya que en los tipos abiertos la ley «describe tan solo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador», ejemplo tenemos en los delitos culposos que la naturaleza de la conducta prohibida requiere una prohibición necesitada de complementación en función de la imposibilidad de prever legalmente la inmensa gama de variables que pueden darse en concreto (ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. III, *op. cit.*, pp. 182 y 183).

²⁶ Esto es un problema que deriva de la divergencia de posiciones en ubicar la relación de la imputación objetiva respecto al tipo - garantía generándose dos posturas en la doctrina. A) Como un elemento de tipo o B) Considerarla como un correctivo de la acción típica, vale decir, posterior a la tipicidad de la conducta. Es así que «en España, aparte de la particular posición de Bustos, hay una tendencia importante a considerar a la imputación objetiva después de la verificación de la acción típica (tipicidad), mientras que la doctrina alemana dominante entiende, por el contrario, que la teoría de la imputación objetiva es un elemento incluido en el tipo objetivo que reúne criterios normativos los cuales, luego de afirmada la causalidad permiten afirmar o descartar la imputación de un resultado típico a la acción del sujeto activo» (ROXIN, La imputación objetiva en el Derecho penal, *op. cit.*, pp. 35 y 36).

aspecto formal y ampliando su efectividad sustancial o material²⁷; y dentro de este enfoque, el profesor Bacigalupo estima que «el principio de legalidad es la Magna Charta del ciudadano»²⁸, vale decir, que no protege al orden jurídico, sino al agente que se revela contra este ya que debe ser sancionado bajo condiciones establecidas por ley. Es así que el contenido y alcance del citado principio no debe estar reducido sólo dentro de un aspecto formal legalista, sino material cuya comprensión se extiende en la protección al débil frente al poderoso (El estado). Por ende «el ejercicio de la potestad punitiva en un Estado social y democrático de derecho debe mantenerse en un indispensable punto de equilibrio con la libertad y dignidad de la persona humana»²⁹.

Por otro lado el tipo abierto cuyos cuestionamientos constitucionales no son ajenos ha los que se le hace también a la ley penal en blanco por compartir una relación de parte-todo «ya que la ley es una unidad en la que el precepto (Tipo) va unido a la sanción»³⁰, es donde se observa que la imprecisión de la conducta prohibida o imperativa, dentro de un marco constitucional atenta contra la seguridad jurídica que plantea la cuestión en saber que constituye la ley penal a efectos de tratamiento dogmático de los delitos: Si sólo la referencia inmediata de la ley penal en blanco o también las disposiciones de complemento que la han de integrar. En otras palabras, si ha de realizarse o no una lectura de la ley penal en blanco ya integrada a la hora de abordar problemas como los relativos a error (sobre un elemento

²⁷ En la Alemania durante los años de 1945 y 1946 se dio el *juicio de Nuremberg* en el cual se dio vulnerando el principio de legalidad, ya que se enjuicio a los a los mandatarios de países soberanos que declararon la guerra al mundo sin causa justificada y a los causantes de crímenes en la guerra Nazi, existiendo vacío legal respecto a eso y sólo castigando conforme a los principios generales del Derecho reconocidos por los pueblos civilizados dentro de un aspecto formal, sin considerar los tratados internacionales ratificados por la República Federal acogidos en la Declaración General de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10-12-1948 y en Art. 15 I del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19-12-1966, que consagraban el principio de legalidad material o sustancial.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales del Derecho penal*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 45 y 46.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*. vol I, Trotta, Madrid, 1997, p. 85.

³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003, p. 20.

remitido)³¹, a la retroactividad de la ley penal más favorable (en los casos de variación de la norma de remisión) o la analogía (y su operatividad en el sector normativo el que la ley penal se remite). Es de esta manera como se vulnera la seguridad jurídica, que es una garantía fundamental del principio de legalidad, dejando incierto o impreciso el núcleo duro de prohibición³² de una conducta, esto manifiesta mayores problemas tratándose de leyes penales en blanco propias o en sentido amplio las cuales atentarían no sólo con la garantía citada, sino también contra la división de poderes al recurrir a otros dispositivos de inferior rango como pueden ser reglamentos o actos administrativos de carácter infra legal que son dictados por otros órganos u autoridades no legitimados de legislar en materia penal dentro del estado constitucional de derecho, y dentro de esta línea se observa que lo establecido en el Artículo 51 de nuestra carta fundamental; se vulnera el principio de supremacía constitucional, que en su dimensión se exige la supremacía del rango legal (ley penal) sobre el rango infra legal (reglamentos o actos administrativos). Estos problemas traen como consecuencia específicamente que los dispositivos procedentes de otros ámbitos normativos o instituciones extra-penales que son de distinto alcance y contenido al jurídico-penal, sean disconformes con la descripción del delito en la ley penal en blanco, por ende es necesario verificar primero si tal hecho constituye un ilícito en dicho ámbito jurídico (institución extra-penal), y en el supuesto en que se genere una contravención entre ellas, puntualizaría la mera

³¹ A los efectos del tratamiento del error y de la retroactividad de la ley penal más favorable, han de equipararse en todos los supuestos en que la disposición complementaria esté ubicada en otra normativa. En cuanto al error plantean idénticos problemas todos los casos en que el supuesto de hecho esté definido en una ley no penal. Tras considerarse estos casos como de error de derecho extrapenal exculpante, en la actualidad se equiparan a las demás hipótesis de error: habrá que distinguir entre error sobre los elementos del supuesto de hecho de la norma no penal (error de tipo) y error sobre la existencia o límites de dicha norma (error de prohibición)'' Ya se comprende que esta problemática alcanza por igual a todos los casos en que el complemento de la ley en blanco se halla en una norma no penal, aunque sea del mismo rango (MIR PUIG, Introducción a las Bases del Derecho Penal, *op. cit.*, p. 39).

³² En ejemplo podemos mencionar lo establecido en el Art. 343 bis del Código Penal español, concerniente al sector penal de los medicamentos, sanciona a quienes «expendieren medicamentos... sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias. Como vemos, no describe de manera completa la acción punible, ya que la acción (expendir) es en sí casi neutral, indicando solamente la materia prohibida (medicamentos).

o incompleta certeza, comprometiendo la seguridad jurídica creando dificultades para el intérprete; y siguiendo esta línea convergente, enfocándonos en la teoría constitucional del delito, con el tipo abierto se vulnera, «el principio de tipicidad según la cual no puede haber delito sin una exhaustiva descripción legal individualizadora de la conducta penalmente relevante»³³, vale decir, que derivando de la exigencia de ley estricta del principio de legalidad, «el principio de tipicidad es un mandato de determinación»³⁴, que se conoce como garantía de taxatividad vinculada al tipo penal, lo cual en los tipos abiertos sucede que se sobrepasa el nivel de garantía del principio de legalidad (taxatividad), debido a que la descripción legal carece de la determinación adecuada del núcleo fundamental de la materia prohibida.

Sin embargo, «el principio de determinación no puede entenderse como una exclusión total de ambigüedad, ni como la exclusión total de valoraciones»³⁵, vale decir, que «el principio de determinación no puede ser comprendido como una exigencia de la absoluta claridad»³⁶ ya que «nadie discute que un cierto grado de indeterminación es inevitable debido a que los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones»³⁷ y sobre todo por que «el legislador penal no puede pretender recoger absolutamente todo los matices con

³³ SILVESTRONI, Mariano, *Teoría Constitucional del delito*, 1ª ed., Edit. Paraná, Buenos Aires, 2004, p. 138. Este principio deriva del principio constitucional de acción estableciendo que no toda conducta es acción punible siempre y cuando no esté descrita en el tipo penal. De la premisa que el delito es una acción, se deriva que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible la conducta punible. Es así que se explica el principio de Tipicidad o Taxatividad, y como lo menciona nuestra Constitución en el Artículo II, inciso 24, acapitulado, «d», con la frase: «de manera expresa e inequívoca», pues no basta sólo la descripción para que una conducta sea acción punible, sino que esta sea precisa y clara obedeciendo al principio de certeza de la ley.

³⁴ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., t. I, Conceptos generales: Ley penal, Extradición circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, las penas y su determinación, causales de extinción de responsabilidad penal, consecuencias civiles del delito, Edit. jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 33.

³⁵ URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*, 1ª ed., Gráfica horizonte, Lima, 200, p. 60. La relativización del principio de determinación no supone la pérdida de racionalidad y equilibrio en las leyes penales, como supone la afectación a la seguridad jurídica-penal. El principio de lex certa cede a favor de reconocer que es sumamente difícil la tarea de crear normas penales cerradas. Esto no significa que el mandato de determinación se entienda como una autorización de abierta flexibilización.

³⁶ *Ibidem*, p. 71

³⁷ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal...*, 1ª ed., traducido por Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, p. 170.

que se expresa la realidad y debe acudir frecuentemente a términos amplios que deben ser concretados por los jueces en su función interpretativa de las normas»³⁸, esto deriva de lo que el profesor Jesús M. SILVA SÁNCHEZ estima sobre la realidad actual manifestando que «nuestra sociedad postindustrial aparece caracterizada por un marco rápidamente cambiante derivado de los avances tecnológicos sin paragon en toda la historia de la humanidad»³⁹, es así que dentro de este ámbito fáctico, con respecto a la ley penal en blanco, el profesor Luzón Peña plantea que «sólo debe adoptarse esa técnica como un instrumento absolutamente excepcional por resultar estrictamente necesario, imprescindible y no meramente conveniente»⁴⁰ para «la regulación de ciertas materias extrapenales que están en dinamismo»⁴¹. Así también lo señala el profesor Bustos Ramírez que en «determinadas materias, por su propia naturaleza, no pueden ser abarcadas totalmente dentro de un tipo penal y resulta indispensable la remisión a otra norma que puede ser inferior»⁴². En tales casos no vulneraría la exigencia de taxatividad, ya que esta garantía no debe entenderse sólo dentro de las posibilidades normativas o jurídicas, pues se vincularía extremadamente a un formalismo legalista de un estado gendarme que es contrario a nuestro estado constitucional de derecho, en palabras de Hegel: «Lo que es derecho alcanza, sólo por el hecho de que viene a ser una ley, no solamente la forma de su universalidad sino su verdadera determinación»⁴³, por ende, esta garantía en su

³⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 107.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 13.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª ed., Universitas, Madrid, 1999, p. 151.

⁴¹ *Ibidem*, p. 151. La complejidad técnica o el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación sobre seguridad, salubridad, etc., hace que a veces no haya otro recurso técnico posible que la remisión a la correspondiente legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido.

⁴² BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol I, Trotta, Madrid, 1997, p. 91.

⁴³ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Introducción de Carlos Marx, Edit. Claridad, Buenos Aires, 1944, p. 186. El Derecho no acaba en la ley como norma de conducta válida para todos, vale decir en pensamiento universal (determinación formal), que es la muestra de su contenido mas simple, sino que el momento esencial e interno es, antes que nada, el conocimiento de su contenido en una situación determinada (determinación sustancial), en otras palabras, reflexionar un poco, con agregados para su aplicación en lo particular.

valides material o sustancial no impide «ampliar los márgenes de aplicación de las libertades y derechos fundamentales de la persona»⁴⁴. De ahí cabe desprender que el uso de la ley penal en blanco, no sólo debe adecuarse a razones de estricta necesidad, en base a las exigencias formales de reserva y prevención (intimidación), pues no pueden justificarse sin pasar también por razones de proporcionalidad en una determinada circunstancia y no en otro, evaluándose las circunstancias individuales de un hecho o las personales del agente y las circunstancias colectivas económicas y sociales de una comunidad, en aras del respeto al principio de igualdad.

«En principio, la situación parece no presentar problemas cuando la norma remisorra contiene en si misma la descripción de la conducta prohibida y sólo deja en manos de la norma remitida la determinación de elementos accesorios u objetos de referencia de la acción descriptiva en el tipo»⁴⁵, ya que no integra la descripción de la conducta lo que no forma parte del tipo; en consecuencia, se entiende que las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias y los obstáculos procesales⁴⁶ se pueden remitir. Las circunstancias, las situaciones que coexisten con la relación de la conducta permanecen fuera de la conducta en tanto su concurrencia no es determinada por la voluntad del sujeto. De modo que la aceptación constitucional de la ley penal en blanco será en la medida que no afecte el núcleo duro de prohibición y que la disposición de rango inferior sólo se encargue de señalar aspectos complementarios, pero sin pasar a definir lo prohibido.

⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*. 1ª ed., t. I, Conceptos generales: Ley penal, Extradición circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, las penas y su determinación, causales de extinción de responsabilidad penal, consecuencias civiles del delito, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 38

⁴⁵ SILVESTRONI, Mariano. *Teoría Constitucional del delito*, 1ªed., Edit. Paraná, Buenos Aires, 2004, p. 141.

⁴⁶ Este punto va con la finalidad de dar un derecho penal más eficaz, teniendo en cuenta que en principio el juez penal tiene jurisdicción para resolver las cuestiones civiles o administrativas de cualquier sector del ordenamiento, siempre que se hallen íntimamente ligados al hecho punible que sea prácticamente imposible de su separación. Así el juez puede ver delitos societarios, los relativos a la propiedad intelectual, al mercado y al medio ambiente. Sin embargo por la tendencia intervencionista del derecho penal en la realidad actual, se llega a regular conductas pocos graves, lo que implica que en material procesal las leyes penales en blanco usen normas administrativas para determinar la infracción, más no alterar la sanción, lo cual vulnera garantías como la imparcialidad, ya que el procedimiento administrativo tiene interés directo sólo en la agilización de la resolución

Sin embargo, la ley penal no sólo protege bienes jurídicos individuales o personalísimos de la persona (vida, honor, propiedad intelectual, etc), pues al verse normas penales en blanco que protegen bienes jurídicos colectivos de carácter difuso como el medio ambiente⁴⁷ es aquí cuando es indeseables pero necesaria, la imprecisión de la conducta, que debido a la naturaleza del bien jurídico que se protege no puede hacerse constar de un modo concreto en qué momento haya de consistir el ataque al mismo. Por ende aquí constitucionalmente se acepta que las leyes penales en blanco recurran a reglamentos, pues es lo más adecuado a que se deje a la arbitrariedad del juez, valiéndose de sus pocos conocimientos o falta de experiencia en la materia y que tome decisiones injustas. Dentro de esta línea se presentan dogmáticamente cuestiones como el error de tipo o el error de prohibición sobre la norma complementaria⁴⁸, sin embargo se aumentaría

del expediente, por ende las garantías del expediente administrativo sancionador distan mucho en la practica de las que exigen el proceso penal. Es así necesario apuntar en esos casos a descriminalisar conductas que han dejado de tener cierto grado elevado de reproche social (MORENO CATENA, Victor, *Derecho procesal penal*, *op. cit.*, pp. 42 y 43). Ejemplo de estos argumentos, vemos que sucede mucho en el proceso por faltas, así en nuestro sistema penal peruano lo hallamos en el Art. 484 inciso 4 la valoración de la prueba y el plazo para presentarla depende no de la ley procesal penal sino de reglamentos ordinarios y comunes debido a la simpleza del proceso y en el Art. 12 del Código de Procedimientos Penales en donde la sanción de infracciones leves al patrimonio está en razón de una estimación prudencial, siempre que no exceda dos sueldos mínimos vitales vigentes, ejemplo específico si se trata de un trabajador de la industria.

⁴⁷ El profesor Klaus TIEDEMANN plantea un criterio especial al comparar el art. 330a del C. P. Alemán y el art. 324 del mismo cuerpo legal, ya que mientras que en el art. 330a se protege directamente e inmediatamente a la vida humana y la salud punibilizando la acción de difundir o vertir veneno o tóxicos; el art. 324 protege de manera inmediata a la ecología (el agua, el aire, etc). Esto expresa que la norma penal ambiental sufre una graduación en su contenido según el valor ponderativo del bien jurídico a proteger, y en el caso del art. 324 es como una regulación medial que tiene por finalidad proteger la buena salud y vida de la comunidad. De este modo es necesario resaltar el criterio especial del profesor al decir que «juntos a los delitos específicos del medio ambiente, deben ser aplicables los tipos penales generales para la protección de la vida y la salud» (TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, *op. cit.*, pp. 200 y 201). En este sentido la existencia de las normas penales en blanco del medio ambiente no responden necesariamente al interés colectivo y el carácter difuso de la naturaleza del bien jurídico a proteger, sino que es dotada dentro de una esfera de política criminal para poder graduar su contenido en la protección de vida individual y el medio ambiente colectivo.

⁴⁸ La doctrina alemana da poca importancia el hecho de la lectura conjunta de varios preceptos legales como técnica legislativa (es decir considera como si fuese un enunciado legal y único al completar una norma con otra), pero esto tiene conse-

la seguridad jurídica de un modo aparente ya que si no existe ley que recoja las infracciones que se pretende completar el tipo penal y se encuentran recogidas en un reglamento, no sólo se vulneraría la seguridad jurídica, sino que también las garantías constitucionales propias del estado de derecho, sin aportar criterios más claros para distinguir aquello que puede llegar a ser remisible sin menoscabo del principio de legalidad⁴⁹. Así HASSEMER puntualiza de manera resumida que «la flexibilidad de las normas sociales, la proporcionalidad de las normas sociales y la claridad en el proceso de aplicación del control social son los parámetros que permiten establecer normas conforme a las pautas de un Estado de Derecho»⁵⁰

IV. Deslinde del principio de legalidad dentro de un enfoque del garantismo

Vistos los problemas anteriormente analizados, sobre todo acentuados dentro de un enfoque formal del principio de legalidad, es donde vemos indeseable, pero estrictamente necesario vulnerar la seguridad jurídica⁵¹ que es fuente legitimadora del principio de legalidad. Sin embargo, el estado de derecho no puede seguir entendiendo al citado principio en disconformidad con el contenido sustancial y

cuencias a primera vista, pues del autor confiando y creyendo en conocer bien la norma complementaria, cometería siempre un error de tipo con ausencia de dolo. En cambio si le lee al tipo penal en concordancia con la norma complementaria traería como consecuencia que su desconocimiento o conocimiento equivocado es sólo un error de prohibición. (TIEDEMANN, Klaus, Derecho penal económico. Parte general, *op. cit.*, p. 2)

⁴⁹ El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad (poder legislativo), sin embargo la garantía de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la taxatividad (poder judicial). De modo que la legalidad formal de la ley legitima todos los actos subordinados a ella, mientras que la legalidad sustancial o material de la ley legitima todos los actos, incluida la de ley, a los contenidos de los derechos fundamentales (FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal, *op. cit.*, p. 857).

⁵⁰ HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal...*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 16.

⁵¹ ROXIN se basa en una idea de ponderación: Según esto, los conceptos necesitados de complementación valorativa serán admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son preponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica protegido (ROXIN, Derecho penal, *op. cit.*, p.171).

material de los derechos fundamentales, ya que adoptando una teoría institucional⁵², el aspecto formal o débil de dicho principio es insuficiente para el fin que persigue el estado constitucional de derecho el cual es el respeto a la dignidad de la persona⁵³.

De este modo «la ley ya no se presenta sólo como una limitación a la intervención del legislador en la realidad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de los derechos fundamentales; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de la ley del estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley; que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental cuando la constitución no lo haya previsto jurídicamente»⁵⁴. Por ende, «la legalidad en su validez sustancial dentro del estado de derecho es sinónimo de garantismo»⁵⁵. Es el garantismo que

⁵² La teoría institucional dota de una compleja composición a los derechos fundamentales alineados en dos aspectos: como derecho subjetivo individual o personalísimos y como derecho objetivo, es decir como orden institucional; es así que se requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo de la libertad adoptándose como garantía derivada de los derechos fundamentales. Y al ser así se reformula la reserva de la ley estrictamente formal para darle el contenido esencial en función del contenido material de cada uno de los derechos fundamentales, de este modo el principio de legalidad ya no puede ser entendido como solamente un principio formal, sino como una garantía institucional, en salvaguarda de velar por la protección del mínimo intangible de un derecho fundamental.

⁵³ El Tribunal constitucional en la sentencia: Exp. 001-2002-AI-TC, ha tenido ocasión de pronunciarse ampliamente respecto del principio de legalidad y concretamente sobre la exigencia de *lex certa*. Pues en aquella sentencia el TC considero diversos aspectos constitucionales de mayor relevancia, tales como los delitos de traición a la patria y de apología del terrorismo, así como sobre el derecho fundamental al debido proceso y sobre la humanización de las penas. De modo que se colige que la *lex certa* no se limita, a reconocer el mandato de determinación que deriva del principio de legalidad, en exigir claridad y precisión absoluta del legislador, sino que establece criterios que provee la teoría institucional por medio del test de razonabilidad o proporcionalidad respetando la dignidad de la persona en la conminación, aplicación y ejecución penal.

⁵⁴ La interpretación constitucional es concretización - *konkretisierung*-. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la realidad de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación (LANDA ARROYO, César, Derecho constitucional. Curso de preparación. Teorías de la interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 10).

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Pena*, 1ª ed., prólogo de Nolberto Bobbio, Trotta, Madrid, 1995, p. 856. Designa al derecho penal de estricta legalidad un sistema de garantías para maximizar los derechos y libertades de los ciudadanos.

dentro del modelo constitucional, el que hace dar garantías acordes al contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por ende es preciso decir que la garantía de taxatividad trasciende al concepto legalista de reserva de la ley⁵⁶ para dotar a los jueces un poder *sub lege*, para que en su interpretación no salgan del marco legal, precisando la conducta prohibida acorde al contenido de los derechos fundamentales. Por lo que a grandes rasgos decimos que «la función del principio de legalidad es esencialmente garantista»⁵⁷. Así también lo manifiesta el profesor Bacigalupo al estimar que «una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras que no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma»⁵⁸. Consecuencia de ello es que distinguimos «entre tipicidad formal y material de la conducta. No toda acción que se subsume formalmente en un tipo es típica porque el juicio de adecuación depende de criterios materiales que se vinculan a los principios orientadores de manera sustancial relacionándolos con la realidad»⁵⁹, vale decir, que la realidad, al ponerse en contacto con el

⁵⁶ La reserva de ley no es una garantía «de contenido», sino de forma, o de procedimiento. Quiere con ello decirse que por medio de este mandato al legislador no le viene indicada, ni vedada, materia alguna de regulación, sino únicamente la obligación de establecer los delitos y sus penas mediante una ley que sea expresión del proceso de formación regulado en la propia Constitución. Tampoco proviene de ella, la exigencia de que la ley cumpla con requisitos atinentes a la corrección y calidad lingüística. Así la mayoría de la doctrina sitúa a la reserva de ley sólo como garantía de formación democrática de la ley penal (en sede parlamentaria), esto es, como el «aspecto formal» del principio de legalidad penal. En consonancia, el principio de taxatividad (*rectius*, para nosotros, de determinación) es conceptualmente distinto de la reserva de ley, ya que en virtud del mandato de taxatividad, se exige que los textos jurídicos en los que se expresan las normas sancionadoras sean precisos, pero nada se dice acerca del *tipo o rango de ese texto jurídico*, para luego agregar también que son distintos los fundamentos justificativos de uno y otro: «mientras que la taxatividad protege la certeza jurídica y la imparcialidad (o igualdad en la aplicación del derecho), la reserva de ley, en cambio, está al servicio de otro principio: la democracia» (INZUNZA CÁZARES, Enrique, La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación, *op. cit.*, pp. 67 y 68).

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HERNÁN HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal*, vol I, Trotta, Madrid, 1997, p. 81. No obstante, que su formulación es *bastante precaria* y requiere un esfuerzo interpretativo lógico y sistemático para comprender dentro de la formulación constitucional todos sus aspectos.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique, *La rigurosa aplicación de la Ley*. Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Buenos Aires, 1995, p. 855.

⁵⁹ SILVESTRONI, Mariano. *Teoría Constitucional del delito*. 1ª ed., Edit. Paraná, Buenos Aires, 2004, p. 209.

principio de legalidad, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor; de este modo el profesor ZAGREBELSKY estima que «el principio de legalidad no agota en absoluto su eficacia en apoyo a reglas jurídicas, sino que posee una autónoma razón de ser frente a la realidad»⁶⁰, es así que «los conceptos valorativos no violan el principio de legalidad»⁶¹ ya que su significado puede ser concretado mediante la interpretación estableciéndose diferentes grados de taxatividad⁶²; el estado al «considerar la realización de los valores manifiesta su adecuada función en la plasmación de su diseño institucional, vale decir, las formas de acción política y jurídica dentro del modelo constitucional»⁶³, es así que de manera específica se concluye que «el legislador puede acudir en ocasiones a conceptos que necesiten de la concreción jurisdiccional pero cuyo significado genérico se desprende de la propia ley o es deducible de su finalidad»⁶⁴. Así dentro de esta misma tendencia el profesor Mir Puig nos habla del proceso de «la concreción de la ley a la realidad»⁶⁵ en el sentido de que «la tradicional concepción de la «aplicación» de la ley se pasa al concepto de proceso de «concreción» de la ley al caso concre-

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, E3ª ed., Trotta, Valladolid, 1999, p. 118. Valido es aquí recalcar la diferencia entre una norma principio de una norma regla, Ya que la primera es una norma orientadora para una toma de posición en cada caso sin contar con un supuesto de hecho como en la norma regla, la cual solo da criterios de acción concreta en cada suceso de actividad humana, vale decir, ordena o prohíbe lo que se debe hacer en concreto.

⁶¹ JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed., traducido por Joaquín Coello y José Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 89. Se entiende el principio de legalidad ante todo como una garantía de objetividad, hay que tratarlo con más rigor cuanto más propenso a las valoraciones sea el campo de regulación, valoraciones que hayan de adoptarse para la decisión del caso en cuestión y no sean generalizables.

⁶² Dentro de una esfera Casuística SCHÜNEMANN establece aquí la siguiente propuesta: Definir el concepto de determinación en el sentido de que el porcentaje de los elementos típicos suficientemente determinables a efectos de la delimitación de la conducta punible en todo caso ha de superar el 50%. Tras esa propuesta late la idea de que sólo se puede seguir hablando de un principio de determinación o taxatividad si el número de casos determinados supera al de los indeterminados y no se convierte la excepción en regla. No obstante, un 49% de indeterminación también es difícilmente compatible con la Constitución, máxime cuando apenas es posible efectuar una estimación cuantitativa en porcentaje con suficiente seguridad (ROXIN, Derecho Penal, *op. cit.*, p.172).

⁶³ AGUILÓ, Joseph, *La constitución del Estado constitucional*, 2ª ed., Palestra, Bogotá, p. 66.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 107 y 108.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003, p. 261.

to. El juez no se limita a «aplicar» un texto legal previa y definitivamente dado, sino que no puede por menos que «buscar» la norma aplicable, que «nacerá» de la confrontación del tenor de la ley y las exigencias del sector de realidad a que alcanza. De modo se da «el carácter relativo de la taxatividad con respecto al objeto de regulación»⁶⁶.

V. Consideraciones hacia un acercamiento constitucional de la ley penal en blanco y el tipo abierto

- Se exige para la constitucionalidad de las leyes penales en blanco: Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.
- Que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la prohibición, así como que se satisfaga la exigencia de certeza. Es decir, que las materias reenviadas tengan carácter objetivo o complementario.
- Debe admitirse la existencia de tipos abiertos de manera excepcional, en la medida de lo necesario, que las conductas sólo serán punibles en razón de criterios extrapenales debido a la naturaleza o características del bien jurídico penal tutelado, vale decir, el avance tecnológico y dinámico de ciertos ámbitos extrapenales, genera la expansión del derecho penal mediante tipos abiertos y leyes penales en blanco, admitiéndose constitucionalmente bajo un marco de amplitud material para la realización de los derechos fundamentales.
- La antijuricidad en los tipos abiertos queda fuera de la tipicidad, sin indicar ningún efecto indiciario por la evaluación de elementos especiales del deber jurídico o de la antijuricidad, mientras que en el dolo la antijuricidad queda determinada como un elemento del tipo.
- El principio de legalidad bajo un enfoque garantista, permite dar eficacia a sus finalidades dentro de una amplitud sustancial de los derechos fundamentales, en un estado de derecho.
- La taxatividad como garantía que se deslinda del principio de legalidad, responde a lo que la reserva de la ley estricta en el estado de derecho liberal no podía alcanzar, ya que la

⁶⁶ JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., traducido por Joaquín Coello y José Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 89.

taxatividad en el modelo constitucional no es sólo como un límite al poder del estado de ser boca de la ley, vale decir de un *ius imperium*, sino un llamado o promoción de ofrecer al estado la facultad de interpretar y crear derecho para la determinabilidad de conductas, respetando así una igualdad de oportunidades para el provecho de las libertades y derechos de las personas bajo un marco del estado constitucional.

- Los tipos abiertos son constitucionalmente admisibles ya que son dados para que la función judicial tenga un contenido garantista al momento de determinar la conducta prohibida en base a criterios político-criminales.

Bibliografía

AGUILÓ, Joseph, *La constitución del estado constitucional*, 2ª ed., Palestra, Bogotá.

BACIGALUPO, Enrique, «La rigurosa aplicación de la ley», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Buenos Aires, 1995.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales del Derecho penal*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Trotta, Madrid, 1997.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas Básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 1ª ed., Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1999.

CARRUITERO LECCA, Francisco / CORREA CASTRO, David, *Filosofía del Derecho*, 1ª ed., Lima, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El dolo eventual*, 1ª ed., Departamento de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia., Bogotá, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed., prólogo de Nolberto Bobbio, Trotta, Madrid, 1995.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. I. Conceptos generales: Ley penal, Extradición circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, las penas y su determinación, causales de extinción de responsabilidad penal, consecuencias civiles del delito, 1ª ed., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Introducción de Carlos MARX, 3ª ed., Claridad, 1944, Buenos Aires.

INZUNZA CÁZARES, Enrique, *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1ª ed., traducido por Joaquín Coello y José Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 9ª ed., Austral, Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., t. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª ed., Universitas, Madrid, 1999.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Fundamentos: estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1ª ed., traducido por Manuel Abanto Vasquez, Idemsa, Lima, 1997.

ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal: Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, 1ª ed., traducido por Enrique Bacigalupo, Universidad de Madrid, Desalma, Buenos Aires, 1979.

SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2006.

SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, 1ª ed., Paraná, Buenos Aires, 2004.

TIEDEMANN, Klaus, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, 2ª ed., Idemsa, Lima 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José, *El principio de legalidad*, 1ª ed., Gráfica Horizonte, Lima, 2000.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., San Marcos, Lima, 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. III, Sociedad Anónima Editora, Buenos aires, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, Valladolid, 1999.

Artículos científicos

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Ensayo: aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, Universidad Autónoma de Madrid.

LANDA ARROYO, Cesar, *Derecho Constitucional, Curso de Preparación de maestría. Teoría de los derechos fundamentales*, Pontificia Universidad Católica del Perú.

POLAINO Navarrete, Miguel, *Teoría jurídica del Delito: Ensayo Español contemporáneo, en una noción del delito y elementos delimitadores*.

TIEDEMANN Klaus, *Ensayo: Parte General del Derecho Penal económico*.

**LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COMO BISAGRA DE LA
CRIMINALIDAD ORGANZADA
EL DENOMINADO DELITO DE GUANTE BLANCO DESDE EL PUNTO DE
VISTA DE LA CRIMINOLOGÍA**

JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO / DIANA LEONOR ALAS ROJAS*

* Estudiantes del Sexto Año, Sección «A» de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo de Lambayeque. Con correos electrónicos leonardonomas@hotmail.com y di10_17@hotmail.com

«Los corruptos son delincuentes que no tienen necesidad de huir de nada. Nadie les agarrara el cuello. Están más allá de algún inexorable envejecimiento aunque algún juez molesto por allí los haga comparecer para una cierta y determinada denuncia. Es una gran incomodidad, pero finalmente no les va a ocurrir nada»

(Elías NEUMANN)

En memoria de Valentín Paniagua

El breve Gobierno de Transición fue verdaderamente ejemplar. Fue una etapa de reconstrucción moral en nuestro país. Son ocho meses de intensa labor, en los que hay que destacar principalmente la lucha contra la corrupción organizada que se emprendió desde el gobierno de transición. Paniagua se encontró así plenamente con la historia, prosiguiendo una coherente trayectoria política de lucha por el estado de derecho y contra la corrupción. Su afán por reinstitucionalizar al país sobre bases jurídicas y éticas nos permite afirmar que el suyo fue el gobierno de la reconstrucción moral, en el cual se demostró al país que se puede gobernar con respeto a los derechos fundamentales y que se puede hacer política con decencia, que la ética pública es un valor republicano fundamental y la política tiene sentido si se persigue el bien común.

Javier de BELAUNDE RUIZ DE SOMOCURCIO

I. Introducción al tema, justificación y visiones del problema

La entrega de la presente propuesta, con motivo del concurso de ponencias estudiantiles, en el marco del VII Congreso Nacional de Derecho Penal & Criminología, se justifica y parte de que el término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, des-

unión, descomposición. Corrompere, entonces, debería significar: «romper con», «romper en unión de», pero en realidad quiere decir «echar a perder, pudrir». Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto.

Por otro lado, los Estados parecen demasiado pequeños respecto de los grandes problemas, y demasiado grandes con relación a los de la vida cotidiana de la sociedad en su conjunto, máxime si se toma en cuenta la delincuencia se está convirtiendo progresivamente en una grave amenaza para la sociedad, tal y como lo entendemos a partir del comportamiento que esta teniendo del año 2000 para acá. Las acciones delictivas han dejado de ser patrimonio exclusivo de individuos aislados para serlo de organizaciones que se infiltran en las diversas estructuras de la sociedad civil y por ende de la sociedad en su conjunto. La delincuencia se esta organizando día a día a través de las fronteras nacionales de los países, aprovechando la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas.

II. Marco teórico conceptual

Para Ernesto VALDÉS el fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes «corruptos», en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos.

Lord ACTON decía que el «...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente» o como decía MONTESQUIEU «La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan». La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados

democracias consolidadas; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio y entredicho la percepción de la soberanía.

III. Los objetivos medulares

- Comprender que los delitos de corrupción y de la criminalidad organizada, tienen ya una relevancia transnacional, porque han superado las fronteras, en virtud de la llamada globalización, cuya fuente principal de origen ha sido la adopción del sistema económico capitalista.
- Precisar el tratamiento penal de la corrupción, haciendo hincapié en el delito de cohecho, y teniendo en cuenta, que la administración pública está orientada al bien común y al servicio de la comunidad, por tanto el funcionario encargado debe priorizar intereses generales sobre intereses particulares.
- Hacer un enfoque, sobre la corrupción desde el punto de vista de la criminalidad organizada, ya que este fenómeno es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión, así como también de la relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico.

IV. Metodología utilizada

- Para el presente estudio se empleó, en primer lugar, el método descriptivo, con la finalidad de establecer el concepto de criminalidad organizada y también de corrupción, recurriéndose entre otras fuentes, a las opiniones de importantes tratadistas nacionales y extranjeros en la materia.
- Asimismo la investigación principalmente se fundamentó en el análisis de los instrumentos jurídicos internacionales que facilitan la represión jurídica de este fenómeno tan lesivo, para la Comunidad Internacional, ya que la ratio fundamental de la corrupción radica en una desviación de los parámetros de comportamientos.
- Por último, este mismo análisis nos ha llevado a verificar, valiéndonos del método deductivo, que no el núcleo fundamental del delito de corrupción de funcionarios bajo estudio reside en la obtención de un «acuerdo injusto», momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional.

V. La criminalidad organizada y corrupción: dos fenómenos ya globales, que han escapado de las fronteras de los países

V.1 La Criminalidad Organizada, realidad muy grave para decirlo sin exagerar

Todos hemos oído hablar en algún momento de nuestra vida, ya sea en aulas de clase, a través de los medios de comunicación o en una simple conversación del ingente fenómeno de globalización; cuya fuente principal de origen ha sido la adopción del sistema económico capitalista por la mayoría de países en el mundo, coadyuvando a su ininterrumpido desarrollo la evolución científica, informática y tecnológica en la que nuestra sociedad postindustrial se ha visto inmersa; que ha permitido el incremento de los intercambios comerciales, los movimientos de capitales, la circulación de las personas y las ideas, la difusión de la información, conocimientos y las técnicas, trayendo como resultado final la apertura de la economía sin fronteras, la unificación de mercados y consolidación de empresas a nivel trasnacional.

Sin embargo, la globalización así como ha implicado la expansión internacional de la vida económica y, por ende la producción grandes cambios en la sociedad, también ha generado la expansión de la delincuencia, la cual también ha tendido a «desarrollarse y perfeccionarse de acuerdo a la manera en que ha evolucionado la colectividad»¹. Nos estamos refiriendo a un fenómeno nuevo y distinto respecto de las tradicionales categorías delictivas: la Criminalidad Organizada.

Si bien resultaría demasiado ambicioso establecer una definición exacta de criminalidad organizada, más aún si a nivel doctrinal y legal no se ha llegado a un consenso sobre su conceptualización², es menester, esbozar al menos una noción de este fenómeno el cual servirá para delimitar el enfoque al cual se orienta el presente artículo.

¹ PANTA CUEVA, David Fernando, «El Derecho penal del enemigo frente a la criminalidad organizada», en *Actualidad Jurídica*, t. 201, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 106.

² Así ZAFFARONI refiere: «El crimen organizado es un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar un derecho penal diferenciado y con menores garantías para un ámbito delictivo sin delimitación. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado», ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Globalización y crimen organizado», en www.cienciaspenales.net, p. 2

Por lo tanto entendemos por criminalidad organizada al «número plural de personas establecidas en el tiempo con carácter organizado, dedicadas a la comisión de delitos graves, con el fin de obtener beneficios ya sean de carácter económico, y que la mayoría de las veces poseen un ámbito operacional de orden trasnacional³». De ésta concepción se deslinda que son presupuestos sine qua non para la existencia de éste fenómeno constituido por una pluralidad de personas:

a. Carácter organizado: Es decir que obedece a una estructura ordenada y compleja en donde el reparto de tareas o división del trabajo, la actuación planificada, toma de decisiones y coordinación entre sus miembros resulte idónea para la consecución de los objetivos criminales perseguidos. Ello significa que no sólo se trataría de cualquier organización criminal destinada a cometer ilícitos, tal como podría inferirse de su denominación, sino que como explica la jurista española Laura ZÚÑIGA estaríamos hablando de «organizaciones criminales con determinadas características empresariales, dedicadas al comercio ilícito»⁴.

Al respecto manifiesta Pablo Sánchez Velarde que el crimen organizado implica «toda una administración criminal, con un equipo directivo, con un gerente general, distintas gerencias así como dependencias o área o compartimentajes, donde intervienen personas en número indeterminado, todas o algunas de ellas vinculadas con empresas formales de curso legítimo y en algunos casos, relacionados con autoridades políticas y hasta judiciales»⁵. Esta particularidad es justamente la que diferencia a esta forma delictiva de los delitos convencionales ya sean individuales o de la delincuencia en bandas, su semejanza a una empresa, pues al igual que ésta busca optimizar ganancias minimizando costos, pero logrando dicha actividad lucrativa mediante actividades ilegales.

³ Noción que toma como referencia a la definición dada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del 15 de noviembre de 2000) GALAN PALERMO, Pablo / ROMERO SÁNCHEZ, Angélica, «Criminalidad organizada y reparación», en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, 1ª ed., Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007, p. 338.

⁴ RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 1ª ed., Colmares, Granada, 2009, p. 36.

⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Criminalidad organizada y procedimiento penal: La colaboración eficaz*, www.unifr.ch.

El carácter organizado de este tipo de delincuencia supone una permanencia en el tiempo de la misma pues sus integrantes, al menos los principales, actúan de forma permanente, reiterada e indefinida en la ejecución de sus actividades ilícitas.

b. Finalidad perseguida: Es importante acotar como señala DÍAZ COLORADO que «si bien es cierto, que la organización criminal es considerada como tal, por la ejecución de actos delictivos, esta no se fundamenta en el ejercicio de cometer el delito, su función principal es la rentabilidad económica, y el delito constituye solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya extensión el grupo se puede servir también, y de hecho se sirve, de medios ilegales. El accionar criminal es un medio para alcanzar el fin principal, es decir, el máximo de ganancias económicas»⁶.

Por otro lado es preciso destacar que si consideramos como delincuencia organizada al delito de terrorismo no tendríamos como única finalidad a la rentabilidad económica sino el de plasmar una ideología política o imponer una religión sobre otras, por ejemplo⁷. No obstante a efectos de la presente investigación solo nos ocuparemos del crimen organizado del orden económico.

c. La internacionalización de sus actividades; ya que el crimen organizado a adquirido un nivel global de operatividad, entablando alianzas estratégicas entre las organizaciones delictivas de cada país lo cual genera una red criminal internacional difícil de identificar y desarticular con los mecanismos clásicos que ofrece nuestro sistema punitivo.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestro Código Penal está tipificado en el artículo 317° el delito de asociación ilícita, en donde se sanciona a quién forme parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos. Claro que éste solo constituye el tipo base, pues criminalidad organizada «al ser en realidad una abstracción de un conjunto de comportamientos delictivos que tienen en común organización, fin de lucro y realiza-

⁶ DÍAZ COLORADO, Fernando, *El crimen organizado*, en <http://www.psicologiacientifica.com>.

⁷ Aunque como indican algunos autores muchas veces las soluciones ensayadas frente al terrorismo acaban integrándose en la política criminal contra las organizaciones de tipo lucrativo). GALAN PALERMO, Pablo / ROMERO SANCHEZ, Angélica, «Criminalidad organizada y reparación» en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, 1ª ed., Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007, p. 340.

ción de delitos graves difícilmente puede encuadrarse taxativamente en una norma penal»⁸.

Por ello esta fenomenología se puede manifestar a través de diversos delitos regulados a lo largo de nuestra legislación penal, tales como el tráfico ilícito de drogas, tráfico de personas, tráfico de armas, lavado de activos, contrabando, el tráfico de órganos humanos para trasplantes ilegales, explotación económica de inmigrantes irregulares, la prostitución y/o explotación sexual de mujeres y menores, el juego ilegal, la usura, el secuestro, el fraude y la extorsión; la falsificación de objetos, monedas, documentos financieros, tarjetas de crédito y documentos de identidad; asesinatos por contrato: tráfico de información privada, tecnología e incluso objetos de arte; ventas internacionales de bienes robados; vertidos de basura ilegales que pasan de un país a otro, venta de animales exóticos, entre otros delitos susceptibles que pueden convertirse en el modus operandi de la delincuencia organizada no solo local sino transnacional.

V.2 Corrupción, mal uso del poder público, para conseguir una ventaja ilícita.

La globalización no solo ha facilitado la aparición de fenómenos sociales sin precedente como la criminalidad organizada sino que ha contribuido enormemente con el progresivo crecimiento, reforzamiento y sofisticación de problemas sociales estructurales ya existentes como la corrupción. Así Eduardo F. CAPARROS explica que «nos encontramos ante una manifestación tan antigua como el poder político, pero de la que sólo ahora nos aproximamos a conocer sus verdaderas dimensiones»⁹.

Como acertadamente manifiesta Urs KINDHÄUSER: «La corrupción abarca todos los ámbitos de la vida social. En cierta medida, no hay ningún espacio libre de corrupción»¹⁰.

⁸ RODRÍGUEZ ZÚNIGA, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 1ª ed., Colmares, Granada, 2009, p. 165.

⁹ FABIÁN CAPARROS, Eduardo A., «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 18.

¹⁰ KINDHÄUSER, Urs, «Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad», en *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 15.

VI. Un paréntesis, para enfocar el tratamiento penal de la corrupción, en delitos cometidos por funcionarios públicos

La administración pública está orientada al bien común y al servicio de la comunidad, por tanto el funcionario encargado debe, al momento de ejercer el poder de decisión conferido por ésta, priorizar intereses generales sobre intereses particulares; se produciría la corrupción entonces cuando dicho «poder entregado por el Estado a una persona a título de administrador público no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal»¹¹.

En la esfera de la administración pública, ello implicaría en términos de FERREYRO YASIGI, citado por Luis RODRÍGUEZ COLLAO la confluencia de dos fuentes de poder: El poder económico y el poder político; así «el poder del dinero busca influir sobre la función pública en beneficio propio e inversamente, quienes ejercen ésta última la distorsionan para favorecer a quienes les proporcionan rentas económicas»¹². Por ello un acto de corrupción en general supone la interrelación de dos sujetos: el que corrompe y el que se deja corromper. Incluso KINDHAUSER adopta al respecto una postura singular y comparativa al afirmar que «las conductas delictivas de corrupción se pueden circunscribir analógicamente con las reglas jurídicas de la celebración y cumplimiento de un contrato, donde ambas partes muestran su voluntad de concluir el acuerdo, lo que desde el punto desde el lado del otorgante de la ventaja significa ofrecer y desde el lado del receptor de la ventaja significa solicitar; sigue como segundo paso, que el correspondiente receptor de la declaración se manifieste conforme con la manifestación del acuerdo, esto es prometer o, en todo caso hacer prometer la ventaja»¹³.

No obstante el fenómeno de la corrupción, específicamente la del sector público, más que un delito autónomo, es una forma de agre-

¹¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública», en *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 42.

¹² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del concepto penal de corrupción» en *Delitos contra la administración pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 80.

¹³ KINDHÄUSER, Urs, «Presupuestos de la corrupción punible en el estado, la economía y la sociedad», en *Delitos contra la administración pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 24.

sión que atenta contra intereses penalmente protegidos¹⁴, razón por lo cual, debido a su dañosidad social ha merecido la tipificación de injustos penales relativos a la corrupción de funcionarios, siendo el delito de cohecho¹⁵ el que más se adhiere a la definición estricta que mayoritariamente se da a la corrupción pública, es decir la desviación de poder por parte de los administradores de la función pública a cambio de una ventaja económica.

Sin entrar a tallar sobre su descripción típica, pues no es objetivo de nuestro estudio, podemos definir al delito de cohecho en términos de BUOMPADRE como «la aceptación o solicitud hecha por un funcionario o servidor público de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir, retardar o condicionar un acto de cargo, quebrantando sus deberes (cohecho propio) o sin infringirlos (cohecho impropio)»¹⁶.

Nuestro Código Penal ha regulado todos los supuestos y clases de cohecho, e incluso ha incorporado la moderna figura del cohecho transnacional, en el artículo 397-A, previéndose la sanción de comportamientos vinculados con el fenómeno de la corrupción a escala internacional. En tal sentido, el tipo sanciona a quien, bajo cualquier modalidad, ofrece, otorga o promete directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en provecho propio o de tercera persona, para que ese servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, ya sea en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, con la finalidad de obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales de naturaleza internacional.

¹⁴ En doctrina se discute si la corrupción pública vulnera el correcto funcionamiento de la administración pública o la confianza de la opinión pública, siendo la primera la posición preponderante.

¹⁵ Debemos recordar que los delitos de corrupción de funcionarios no solo comprenden al cohecho en todas sus variantes, sino que también abarca otros delitos como el tráfico de influencias, negociación incompatible; enriquecimiento ilícito; los que a su vez forman parte de los delitos contra la administración pública.

¹⁶ BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Mave, Buenos Aires, 2001, p. 179.

VII. La corrupción pública como instrumento de la criminalidad organizada, y como asignatura pendiente para los estados

Si bien la criminalidad organizada ha recurrido a la violencia¹⁷, intimidación o amenaza contra autoridades, funcionarios o servidores públicos, para evitar la obstaculización del logro de sus fines ilícitos, hoy en día ha adoptado la utilización de medios no violentos, que por su clandestinidad y mientras no sean descubiertos no generan alarma social; nos estamos refiriendo a la corrupción pública¹⁸.

La corrupción en el sector público socava la estabilidad política y social de un país al constituir un grave atentado contra la legitimidad y legalidad del Estado. Pero la corrupción vinculada con la delincuencia organizada en una especie de simbiosis casi indestructible significa una amenaza a la seguridad nacional de un país.

De lo anterior se concluye que la corrupción pública se ha convertido en uno de los medios más eficaces de la criminalidad organizada, pues aquella le brinda «una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes sean las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos»¹⁹

Asimismo, refiere Laura ZÚÑIGA que «la expansión de la corrupción política es el medio más poderoso para conseguir sus objetivos pues le ofrece para su desarrollo: protección y silencio y finalmente, impunidad»²⁰.

En el ámbito penal, podríamos decir que el tráfico de influencias, la negociación incompatible y sobre todo el soborno o cohecho; figuras delictivas que forman parte del catálogo de delitos referidos a la corrupción de funcionarios; son los ilícitos penales que sirven de medio o instrumento a las organizaciones delictivas para conseguir su

fin último que es el lucro ilícito, pues a través de ella logran desvirtuar las operaciones de la policía, dilatar los procesos u obtener decisiones favorables por parte de los funcionarios corrompidos; sin embargo debemos establecer diferencias entre la comisión de estos actos de corrupción penalmente relevantes, es decir tipificadas en una norma penal con aquellos otros actos notoriamente corruptos cuya ilicitud es sancionada administrativamente o simplemente están al margen del poder punitivo del Estado pero que son condenadas socialmente como es el caso del nepotismo o la financiación de partidos políticos a fin de colocar en el poder a personas que encubrirán y dejarán impune la cadena delictiva que genera este tipo de criminalidad, respectivamente

También es importante distinguir, en virtud a la clasificación realizada por BUSCAGLIA, GONZÁLEZ RUIZ y PRIETO PALMA²¹, hasta cinco niveles de penetración de la delincuencia organizada en sectores públicos:

En el primer nivel, el cohecho consiste en ofrecer u otorgar en una sola ocasión a un agente particular cualquier tipo de beneficio a cambio de la realización de un acto; por ejemplo para obtener un pasaporte, una licencia o información o desaparecer evidencias con el propósito de obtener un provecho criminal.

En un segundo nivel, los actos de soborno son continuos y periódicos y en donde el agente público ya se encuentra en la nómina del grupo delictivo.

En un tercer nivel los miembros de la organización delictiva son infiltrados en forma esporádica dentro de posiciones oficiales de rango medio, comprando dichas vacantes por medio del soborno u otro tipo de mecanismos distintos a la corrupción como el chantaje, la amenaza.

El cuarto nivel se caracteriza por una infiltración en los niveles más altos, produciéndose lo que algunos autores definen como «captura del Estado».

El quinto nivel ocurre cuando los grupos de delincuencia organizada logran participar en precampañas o campañas políticas financiándolas y colocando como candidatos a integrantes de la organización, logrando enmascarar su actividad criminal.

¹⁷ La violencia a la que recurre la criminalidad organizada puede ser tanto interna como externa; es decir en sus relaciones entre miembros y en sus relaciones con el mundo exterior; ésta última a su vez se manifiesta como: a) Violencia en la comisión de delitos propios de su actividad ilícita (homicidios, robos, secuestros, etc.). b) Violencia entre organizaciones criminales por la obtención del monopolio del mercado ilícito. c) Violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer su impunidad. d) Violencia para la protección de sus aliados o de sus clientes.

¹⁸ Así se sostiene que el trípode en el cual descansan las organizaciones delictivas está formado por la violencia, la corrupción y la obstaculización de la justicia.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad y globalización», en www.cienciaspenales.net

²⁰ RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 1ª ed., Colmares, Granada, 2009, p. 146.

²¹ BUSCAGLIA, Eduardo / GONZÁLEZ RUIZ, Samuel / PRIETO PALMA, César, «Causas y Consecuencias del Vínculo entre Delincuencia Organizada y la Corrupción a Altos Niveles del Estado», en www.bibliojurídica.org, México

VIII. Conclusiones acogidas

- Lo que más se ha globalizado es la corrupción del poder. Se puede la gestión gubernamental en gran parte de nuestros países y nuestros líderes políticos, entienden a la política, no como la ciencia del ejercicio del poder, sino como el ejercicio de la soberbia y vanidad del poder.
- Antes los funcionarios y servidores públicos eran fundamentalmente catalogados como honestos, que nunca podría dudarse de su honestidad, y que los particulares eran los verdaderos corruptos, pero esta realidad ha cambiado, y ahora en muchas ocasiones, es el mismo funcionario público quien toma la iniciativa de solicitar la prebenda.
- Actualmente los actos de corrupción no se producen, generalmente, en virtud de partes individuales, sino en virtud de «partes organizacionales» (empresas y organismos públicos), donde lo «activo» y «pasivo» de la realización típica del cohecho responden a intereses de grupos.

IX. Unas proposiciones finales

- Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos.
- El cohecho a un servidor público extranjero es considerado un delito que da lugar a la extradición bajo las leyes de las partes y los tratados de extradición que existan entre ellas, por ello, el estado debe proveer los mecanismos necesarios, no poner trabas, ni encubrir a los perpetradores.
- Reforzar la justicia social en proyecto de Estado que ofrezca estabilidad laboral, salud, educación, calidad de vida, sin privilegios y con igualdad para todos y revisar todos aquellos delitos que se realizan a través de la criminalidad organizada, a fin de evitar que la falta de regulación facilite su libre operación y difusión.

X. Recomendaciones a señalar

La acción preventiva se debe dirigir y encaminar fundamentalmente a la adopción de políticas nacionales de reforma económica, el

aumento de la asistencia para el desarrollo, una equitativa distribución de la riqueza, la satisfacción de las necesidades básicas humanas. Se requiere alertar a los consumidores y organizarles para propiciar una reacción profunda y vigorosa contra el delito organizado. Lograr que los Estados asuman una firme actitud contra el delito y que la sociedad colabore activamente en las estrategias y acciones de prevención. Instar el incumplimiento de las disposiciones de las Convenciones y Tratados de las Naciones Unidas sobre esta materia, ya que se ha comprobado que no existe una cooperación internacional verdaderamente sistemática y organizada.

En el desarrollo de respuestas efectivas al crimen organizado, debería contarse con las medidas civiles y administrativas, susceptibles de constituirse en alternativas efectivas a las sanciones penales, debiendo establecerse controles efectivos para evitar que las organizaciones criminales puedan infiltrarse en las administraciones públicas. Entre las sanciones contra el crimen organizado, la confiscación de los bienes producto del delito, constituye un útil instrumento para atacar las ganancias ilícitas y reducir la base operativa de las asociaciones criminales, y en ocasiones dado que no constituye una sanción penal sino una medida preventiva, es difícil proceder a su ejecución, por ello la política criminal debe estar orientada, no sólo a la lucha contra el delito, sino y sobre a la lucha contra la sensación de inseguridad ciudadana.

XI. Bibliografía

BUOMPADRE, Jorge E., *Delitos contra la administración pública. Doctrina y jurisprudencia*, Mave, Buenos Aires, 2001.

BUSCAGLIA, Eduardo / GONZÁLEZ RUIZ, Samuel / PRIETO PALMA, César, «Causas y consecuencias del vínculo entre delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del estado», en www.bibliojurídica.org, México.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública», en *Delitos contra la administración pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009.

DÍAZ COLORADO, Fernando, «El Crimen Organizado», en <http://www.psicologiacientifica.com>.

FABIÁN CAPARROS, Eduardo A., «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad y globalización», en www.cienciaspenales.net.

GALAN PALERMO, Pablo / ROMERO SÁNCHEZ, Angélica, «Criminalidad organizada y reparación», en *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*, 1ª ed., Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, Idemsa, Lima, 2007.

KINDHÄUSER, Urs, «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad», en *Delitos contra la administración pública*, 1ª ed., Jurista Editores, 2009.

PANTA CUEVA, David Fernando, «El Derecho penal del enemigo frente a la criminalidad organizada», *Actualidad Jurídica*, tomo 201, Gaceta Jurídica, 2010, Lima.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del Concepto Penal de Corrupción», *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Jurista Editores, enero 2009.

RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 1ª ed., Colmares, Granada, 2009.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Criminalidad organizada y procedimiento penal: La colaboración eficaz*, www.unifr.ch.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Globalización y crimen organizado», en www.cienciaspenales.net.

**AUDIENCIA PRELIMINAR: PRUEBA DE LA NATURALEZA BIFOCAL
DE LA ETAPA INTERMEDIA. LINEAMIENTOS GENERALES DE
INTERPRETACIÓN**

LYCETH SÁNCHEZ PONCE^{1 2}

¹ Miembro del Área Académica del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - INPECCP. Ayudante de Cathedra de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos del curso Derecho Procesal Penal I y II.

² A mi madre.

I. Introducción

Una de las primeras objeciones por parte de los operadores jurídicos actores de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP), fue la correcta interpretación del apartado e del artículo 350.1, en razón a la aplicación o no de la terminación anticipada en la etapa intermedia.

El presente trabajo realiza un análisis profundo de la institución de la etapa intermedia, interpretando cada apartado normativo, colocando especial énfasis en las diversas finalidades que cumple y la dinámica que se debe adoptar para su celebración.

II. La etapa intermedia

La investigación preparatoria o la instrucción tiene por finalidad acumular un conjunto de información que servirá para determinar si es posible someter a una persona determinada a un juicio oral.

Sin embargo, en el proceso penal el paso de la instrucción al juicio no es inmediato, pues existe entre ambos una fase intermedia que, como su nombre indica, es una etapa procedimental, situada entre la instrucción y el juicio oral, cuya función primordial estriba en determinar si concurren o no los presupuestos de la apertura del juicio oral³ controlando el requerimiento acusatorio del fiscal.

Esta fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad (en la instrucción o la investigación preparatoria) responsable⁴, así se evitará que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente⁵.

³ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho Procesal. Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 401.

⁴ *Passim*. BINDER, Alberto, *La fase Intermedia, control de la investigación (en) Materiales del Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral del Instituto de Ciencias Procesales*. INCIPP. Lima 2007.

⁵ VARELA CASTRO, L., en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y otros, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 157.

III. Funciones

Como se adelanto, la función primordial de esta fase es dilucidar si concurren o no los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente, a lo largo de la instrucción, la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor.

De no ser así el caso, ya sea por que el hecho no reúne la tipicidad necesaria, faltan determinados presupuestos o concurren determinadas causas de extinción de la responsabilidad penal, procederá el sobreseimiento o archivo de las actuaciones, cumpliendo así una función negativa tendente a depurar la «*noticia criminis*» y a evitar que determinadas personas, cuya inocencia esté evidenciada en esta fase, puedan «sentarse en el banquillo» cuando ineludiblemente el Tribunal habrá de pronunciar una sentencia absolutoria⁶.

No obstante, si bien es cierto que la etapa intermedia tiene como función la preparación del juicio, no es cierto que esta sea su única y principal función. Pues al concluir la investigación el Fiscal debe emitir un requerimiento, ya sea pidiendo el sobreseimiento o sustentando una acusación, este pedido debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional competente quien debe realizar un control o examen de las solicitudes.

Estos pedidos deben ser controlados en un doble sentido, formal y sustancialmente, el primero en razón a que el requerimiento debe cumplir con ciertas formalidades, cuyo sentido radica en la búsqueda de precisión de la decisión judicial y el segundo verificará si la solicitud se encuentra fundada racionalmente.

Es en ese sentido, como lo ha señalado la doctrina, que la fase intermedia cumple principalmente una función de control⁷, es decir, que tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación formulada y resolviendo sobre el reconocimiento de la acción penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio⁸. Pues, al ser el juicio oral la fase

⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 402.

⁷ En ese sentido HORVITZ LENON señala que la función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio fiscal. HORVITZ LENON, María y otro, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005. p. 9.

⁸ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El Periodo Intermedio del Proceso Penal*, McGraw, Madrid, 1997, p. 2.

principal del proceso penal la realización de un control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, de esta manera se evita realizar juicios vanos que causan perjuicios irremediables a quien los padece.

Del análisis del art. 350° podemos identificar que nuestro modelo le da como función principal a la etapa intermedia «el mejor preparar del juicio oral».

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que no sólo cumple esa función sino otras accidentales, siendo éstas:

- 1° Depuración del Procedimiento, destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de presupuestos procesales, de excepciones, de cuestiones previas y prejudiciales. La idea del legislador del NCPP 2004, es que en la etapa intermedia se de por saneado el proceso, por lo que sólo pueden deducirse excepciones hasta antes de ella, así se puede plantear la aplicación de un criterio de oportunidad.
- 2° Control Sustancial: determinar la suficiencia o no de la acusación, pudiendo las partes solicitar el sobreseimiento o cuestionar la reparación civil, siendo ésta la función por excelencia de la etapa intermedia ya que como señala ORMAZÁBAL, la etapa intermedia no es propiamente una fase de «preparación del juicio oral», sino más bien el momento procesal en que se decide si un juicio es o no procedente⁹.
- 3° Preparación en sentido estricto o preparación del material probatorio a presentar en juicio: una vez determinada la procedencia o no de la acusación, se debe realizar los ofrecimientos de prueba con miras ahora ya no hacia la investigación sino al juicio, pudiendo aquí realizar convenciones probatorias o actuar la prueba anticipada.

Conforme lo reseñado, cada actuación cumple una de las múltiples finalidades de la etapa intermedia, siendo en total tres funciones específicas:

1. Depura el procedimiento
2. Control de la acusación

⁹ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, p. 15.

3. Prepara el material probatorio que se presentará en juicio

Así la etapa intermedia tiene funciones bifocales, la primera mira hacia la investigación, tutelando que ésta se haya realizado correctamente y las dos últimas miran hacia el juicio oral a fin de prepararlo, cumpliendo así con su finalidad principal.

Habiendo hecho una recensión de las funciones contenidas en nuestra normativa es necesario seguir describiendo los instrumentos de ésta etapa a fin de abordar la problemática en la conclusión luego de una visión general.

VI. La etapa Intermedia en el Nuevo Código Procesal Penal: sistema de audiencias de control

1. Generalidades

El legislador del 2004 siguiendo la lógica del modelo procesal, reconoce a la etapa intermedia como una fase independiente y autónoma, separándola del juicio oral, se le asigna una sección independiente y se desarrolla cada una de sus instituciones: el sobreseimiento, la acusación y el auto de enjuiciamiento.

De esta manera se reconoce su importancia como etapa de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación¹⁰. Instaurándose un estadio procesal donde no sólo se verificará la procedencia o no del juicio oral, sino que también se permite a las partes debatir, cuestionar y oponerse al requerimiento Fiscal, de esta manera la etapa intermedia, no es ahora sólo la fase de decisión del Fiscal y del órgano jurisdiccional, sino que también, es ahora una etapa de discusión de las partes, donde se controlará formal y sustancialmente la solicitud Fiscal y lo actuado durante la investigación preparatoria.

2. La Acusación

La acusación puede definirse como «la imputación por parte del órgano persecutor de un hecho presuntamente ilícito concreto y preciso que considera que la persona imputada ha intervenido en términos de hacerse acreedora a una sanción penal, que es dada a conocer antes del juicio y que no puede ser alterado en el curso de este»¹¹.

¹⁰ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 226.

¹¹ En AGUILAR ARANELA, Cristian, et al., CAROCCA PÉREZ, Alex, *Manual de Derecho Procesal Penal Oral*, tomo I, Metropolitana, Santiago de Chile, 2004, pp. 420 a 421.

La necesidad que el Fiscal formule acusación, requisito indispensable para la apertura del juicio oral, radica en el **principio acusatorio** *ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine accusatore*. De esta manera el significado de la acusación adquiere sus cuotas más altas, pues desde el momento en que se formula la acusación, el órgano jurisdiccional va a saber exactamente qué opina la parte acusadora sobre los hechos punibles que se han cometido, en que extensión, con qué consecuencias jurídicas penales, civiles y quien piensan que es su autor¹². Permitiendo así que el ahora acusado prepare su defensa.

A partir de ella podemos distinguir con nitidez la separación de roles en el proceso penal, garantizándose así la imparcialidad del procedimiento penal, esencial en un sistema democrático y garantista.

LUIGI FERRAJOLI, concibe a la acusación como una «cuestión orgánica, que afecta a la organización de los sujetos encargados de su ejercicio. Esta garantía procedimental puede ser articulada en una larga serie de reglas. Sobre todo, como se ha dicho la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo. En segundo lugar, la acusación debe contar con el apoyo de adecuados indicios de culpabilidad: en efecto, la acusación como dice Carrara, si es un «teorema» para el acusador, es un «problema» para todos los demás y se justifica, por tanto, si no con la prueba, necesaria para la condena, al menos con la «probabilidad» de la culpabilidad del acusado. En tercer lugar, debe ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea «escondido de cuanto se prepare para su daño o de cuanto se hace, o se hará, para reforzar el preconcepto de culpabilidad y destruir la presunción de inocencia, que siempre le asista». En cuarto lugar, debe ser oportuna, es decir, debe dejar al imputado el tiempo necesario para organizar su defensa y a la vez proveer a cualquier otro acto instructorio de su interés»¹³.

En ese sentido, acota CARNELUTI que del principio acusatorio surge la exigencia de la igualdad del Ministerio Público y la defensa, en la cual se funda el equilibrio del proceso penal¹⁴.

¹² MONTERO AROCA, Juan, op. cit., p. 254.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 606-607.

¹⁴ CARNELUTI, Francisco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, Europa-América, Buenos Aires, p. 218.

El Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 344° señala «dispuesta la conclusión de la investigación preparatoria (...), el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello». Asimismo, en el artículo 349° inciso 1, expresa que «la acusación fiscal será debidamente motivada».

De la lectura de los dos artículos salta a la luz una interrogante, que es ¿Cuándo existe base suficiente para sustentar una acusación?

Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, no cabe abrir el juicio oral, por tanto, no cabe enjuiciar (juzgar) al acusado, cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa¹⁵. En ese sentido BINDER, señala que si se trata de una acusación, tendrá que ser fundada, sin que esto signifique que ya debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene *una promesa*, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en juicio¹⁶.

Si no existen indicios racionales que se ha producido el hecho criminal que se imputa no tiene ningún sentido abrir el juicio oral, es decir, no es posible abrir el juicio oral porque de antemano sabemos que por unas causas o por otras no es posible la condena del acusado¹⁷. Máxime, si efectuamos una proyección de la etapa decisoria del proceso penal (sentencia), ante la ausencia de elementos incriminantes, resultaría inevitable una absolución.

La Constitución le reconoce al Ministerio Público la facultad discrecionalidad y titularidad de la acción penal, sin embargo, este último no puede actuar irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales ni tampoco al margen de los derechos fundamentales¹⁸.

Lo expuesto precedentemente tiene su fundamento en el *principio de interdicción de la arbitrariedad*, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya en sentencia anterior¹⁹,

¹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 322.

¹⁶ BINDER, Alberto, *op. cit.*, p. 225.

¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 323.

¹⁸ Exp. N° 6204-2006-PHC, Sentencia del 9 de agosto del 2006. Tribunal Constitucional.

¹⁹ Exp. N° 06167-2005-PHC/TC. En Fs. 30.

que el grado de discrecionalidad atribuido al Fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica, b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica²⁰. Si bien dichas exigencias se orientan a la etapa postulatoria del proceso penal, esto es, la denuncia, las mismas con mayor razón resultan trasladables al estadio procesal de la etapa intermedia, iter en el que si se pretende formular acusación, se debe contar con un **progresivo incremento de los elementos incriminantes**.

En consecuencia, si es un objetivo del sistema procesal el que los juicios sean serios y fundados y que no se desgasten esfuerzos en realizar un juicio cuando no están dadas las condiciones mínimas para que se pueda desarrollar con normalidad –o para que el debate de fondo tenga contenido–, se debe establecer un mecanismo para «discutir» previamente si están presentes estas condiciones «de fondo»²¹. Esta idea de discusión o más bien control de las condiciones de fondo o mejor dicho de la racionalidad o fundabilidad de la acusación es recogida en nuestro nuevo ordenamiento procesal, pero lo desarrollaremos más adelante.

a. Contenido de la Acusación

La acusación debe contener, *en forma clara, precisa y circunstanciada*, los hechos que se atribuyen al acusado y su significación jurídica, de modo de cumplir cabalmente – una vez más – con la exigencia de una *imputación*, base y presupuesto necesario a ser oído²².

Sobre este punto nuestro Tribunal Constitucional, ya se a pronunciado en diversas sentencias señalando en el Exp. N° 8125-2005-PHC/TC Lima, Jeffrey Inmelt que «la acusación debe ser cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan». Asimismo en el Exp. N° 3390-2005-PHC/TC Lima, Jacinta Margarita Toledo

²⁰ Exp. N° 6204-2006-PHC, Sentencia del 9 de agosto del 2006. Tribunal Constitucional.

²¹ BINDER, Alberto, *op. cit.*, p. 226.

²² MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 552 y ss.

Manrique, el Tribunal refiere que «... es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra»²³.

A decir de CASTILLO ALVA²⁴, esta necesidad de individualización se traduce en el cumplimiento de cuatro requisitos:

- 1) Que se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia
- 2) Que en el caso de pluralidad de imputaciones o imputados se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica (imputación individualizada);
- 3) Que en caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o como partícipe; aquí el Tribunal Constitucional a tenido la oportunidad de pronunciarse (Exp. N° 8125-2005-PHC-TC Lima Jeffrey Inmelt) diciendo que «la imputación del delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados»²⁵.

²³ Pues en el presente caso «...el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omite pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y no precisa si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.

Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional. Por consiguiente, este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria **no** tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye. Exp. 3390-2005-PHC/TC Lima, Jacinta Margarita Toledo Manrique.

²⁴ CASTILLO ALVA, José Luis, *El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación*, Actualidad Jurídica, tomo 161, Abril del 2007, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 137 al 141.

²⁵ En ese sentido la Corte Suprema en el R.N. N° 730-2004 de fecha 2 de agosto del 2004, se ha pronunciado diciendo «que, precisamente el principio acusatorio y por efecto reflejo el principio de contradicción, circunscribe el rol del tribunal respecto al hecho penal, en cuya virtud le está vedado incorporar un hecho o una circuns-

- 4) Que se establezca los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

Esto de cumplirse validamente, permite a las partes fijar su estrategia de defensa a fin de llevar a cabo un buen debate contradictorio

Asimismo, el artículo 349° del Nuevo Código Procesal Penal, señala que la acusación contendrá:

- a. **Los datos que sirvan para identificar al imputado**, la imputación es personal y debe estar dirigida a una persona determinada.
- b. **La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.** En respeto al principio de imputación necesaria y a fin de determinar claramente el material factico de las pretensiones de las partes el cual es inmutable.
- c. **Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.** Se refiere a todas aquellas circunstancias recopiladas por el Fiscal en la etapa de investigación preparatoria que inciden en un juicio positivo de criminalidad.
- d. **La participación que se atribuya al imputado**, en el marco de la responsabilidad haciendo la distinción entre autores y partícipes.
- e. **La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran**, la explicación de estas cir-

tancia que no ha sido específicamente incorporada como tal en la acusación fiscal; que, como lo postula la doctrina procesalita, dos elementos vinculan al juzgador en aras de la necesidad de congruencia: a) el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del acusado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva todos aquellos datos de hechos de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa; y b) La calificación jurídica hecha por la acusación; en cuanto a la clase de delito, si este fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes, que han de estar recogidas en la acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo que legalmente corresponda conforme a todos esos elementos concretados por el Fiscal; (...).

cunstancias es pieza clave para la determinación judicial de la pena con arreglo a los artículos 45° y 46° del Código Penal.

- f. **El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.** Dicha especificación es indispensable para permitir una adecuada defensa y delimitar los elementos jurídicos y cuantitativos de la pretensión los mismos que serán mutables.
- g. **El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo;** tutelando los derechos de la víctima, quien estará facultada a cuestionarlos.
- h. **Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca,** de suma importancia resulta que el Fiscal fije, en detalle, los medios de prueba de cargo que sustentan su acusación, en cuanto a la responsabilidad criminal del imputado, su grado de participación delictiva, concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, etc.

La exigencia de nuestro nuevo código que prescribe que se fijen los puntos de prueba de la declaración de los testigos, no sólo permite delimitar el objeto de la declaración del respectivo testigo en el juicio, sino que, además, facilita el control de las partes y del juez a los fines del debate sobre la exclusión de la prueba impertinente u ofrecida con fines puramente dilatorios²⁶.

El inciso segundo del artículo 349° del NCPP expresa que la «acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica». Esta norma no es más que la manifestación del principio de correlación entre imputación y fallo o de correlación entre la acusación y la sentencia²⁷, también llamado de congruencia.

²⁶ HORVITZ LENON, María y otro, *op. cit.*, p. 26.

²⁷ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Arazandi, Navarra, 2003, p. 45.

Por ello, la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, pues sólo puede controlarse la congruencia entre acusación y fallo cuando la imputación penal es precisa y determinada. Asimismo, este deber permite al acusado preparar adecuadamente su defensa, sin temer sorpresas ni situaciones extrañas a la acusación²⁸. La identidad subjetiva exigida por el principio de congruencia se cumple con la exigencia de que la acusación individualice al acusado o los acusados²⁹.

Asimismo, una institución novedosa que trae el Nuevo Código Procesal Penal es la consignada en el artículo 349° inciso tercero que señala que «en la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado».

Esta doble alternativa ya desarrollada por la legislación española³⁰, faculta al Fiscal a tener dos opciones al momento de acusar, con ello se busca garantizar y resguardar la defensa del acusado frente a un futuro cambio.

b. Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales

Después de formulada la acusación por el Ministerio Público será notificada a los demás sujetos procesales, los cuáles podrán:

1. *Observar la acusación del Fiscal, por defectos formales, requiriendo su corrección.* Realizándose así un control formal de la misma, haciendo dos análisis: *el primero*, radica en el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación debe verificar (i) la

²⁸ HORVITZ LENON, María y otro, *op. cit.*, p. 26.

²⁹ Ratificándose nuevamente la tesis sostenida por MAIER respecto de la necesidad del principio de imputación necesaria.

³⁰ Artículo 653° de la LeCrim, señala que «las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultará del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia». Al respecto las conclusiones a las que se hace referencia, son las calificaciones provisionales como requisito indispensable para iniciar el juicio oral, es decir, es el pronunciamiento sobre lo actuado en la instrucción o sumario. En el caso del Fiscal viene hacer el análogo a nuestra acusación. Con el escrito de calificación se delimita el *thema probandum* y el objeto del proceso.

- precisión del petitorio*, que éste no sea confuso se debe componer por una premisa fáctica subsumida en un teoría jurídica y aportándose los medios probatorios de respaldo, los que ayudarán a arribar a la conclusión, que se encuentra demostrada la subsunción; (ii) *la suficiencia, claridad y precisión del fundamento de hecho*, los hechos del proceso son inmutables, no pueden variar de lo ya establecido en el auto apertura de instrucción, la acusación debe narrarlos claramente, indicando quien realizo la conducta, ¿como?, ¿cuando?, ¿Dónde?, ¿A quien? Delimitando las circunstancias de modo, espacio, tiempo y lugar, e indicando el grado de participación y, (iii) *que la tipificación indicada cumpla con la debida individualización*; es decir se debe describir la conducta subsumida al tipo, no basta el sólo señalamiento de la norma que tipifica la conducta. *El segundo análisis*; comprende el control de las instituciones procesales se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia).
2. *Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos*. De esta manera la etapa intermedia realiza su función de saneamiento o depuración del procedimiento. Asimismo, cumple con su función de discusión preliminar³¹.
 3. *Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de la prueba anticipada*. Depurando el procedimiento, a fin que no se discuta en juicio sobre la situación del imputado.
 4. *Pedir el sobreseimiento*. Realizándose un control sustancial o de fondo de la acusación. Esta es una excelente novedad que nos trae el novísimo código procesal penal pues, faculta al imputado a cuestionar los fundamentos de la acusación. En la regulación anterior la Sala Penal Superior sólo realizaba «un control formal» de la acusación, no discutiéndose en ningún momento si esta se encontraba fundada o no.

³¹ En ese sentido BINDER señala que «la discusión preliminar puede incluir el planteo de distinta excepciones, que ataquen aspectos sustanciales del ejercicio de la acción y también planteos formales. La *excepción* es el modo procesal de introducir en la discusión una defensa parcial o circunscripta, de modo de provocar una decisión directa sobre esa defensa». BINDER, Alberto, *Introducción al procedimiento penal*, p. 226.

5. *Instar la aplicación, si fuera el caso, de un criterio de oportunidad*. Al respecto este inciso viene siendo materia de constante discusión, pues en los distritos judiciales donde se encuentra vigente el NCPP se interpreto que éste artículo alcanzaba la aplicación del proceso especial de terminación anticipada, no obstante este proceso especial según su regulación en el Libro Quinto del Nuevo Código refiere que podrá aplicarse hasta antes de formularse la acusación Fiscal, por lo que se desprendería que su práctica en la etapa intermedia estaría prohibida³². Así también lo ha señalado el Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116.
6. *Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuáles serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes o señalar el lugar donde se hayan los que deban ser requeridos*. Es aquí donde la etapa intermedia cumple con su función de preparación del juicio oral, pues es aquí donde se discutirán el material probatorio a presentarse en el juicio oral.
7. *Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión. Para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral*. Ejerciendo la función de control de la acusación tutelando los derechos del agraviado.
8. *Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio*, este apartado da carta abierta para solicitar la realización de cualquier incidente que tienda a preparar mejor el juicio oral, como por ejemplo la solicitud de exclusión probatoria, ya que saneará los medios de prueba, no admitiendo aquellos elementos que en su constitución hayan vulnerado derechos fundamentales.

Asimismo, el párrafo final del artículo anterior (art. 350°) manifiesta que, «los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos

³² En ese sentido, Liza RAMOS, señala que «una modificación de este artículo introduciría una valiosa herramienta para culminar los casos antes del juicio, con beneficios para ambas partes y con un impacto positivo en la reducción del flujo de casos». RAMOS DÁVILA, Liza, *La fase intermedia. La implementación del CPP en Huaura: Algunos problemas y propuestas de solución*. (en) *Materiales del Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral del Instituto de Ciencias Procesales*. INCIPP, Lima, 2007. p. 18.

que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados».

Lo descrito en el párrafo anterior es conocido por la doctrina con el nombre del «convenciones probatorias». Estas constituyen acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento, que al ser aprobados por el juez, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate³³.

c. Audiencia Preliminar

Esta es la fase oral de la etapa intermedia, la audiencia será dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral no se admitirá la presentación de escritos.

Instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

Finalizada la audiencia el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.

Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen

³³ HORVITZ LENON, María y otro, *op. cit.*, p. 42.

acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.

De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable.

El control de la acusación está orientado a examinar los elementos sustanciales y formales del requerimiento de acusación contemplados en el artículo 349°. Siendo muy significativo el cambio con relación al Código de Procedimientos Penales, puesto que con el nuevo Código el Juez de la Investigación Preparatoria podrá rechazar una acusación que carezca de sustento o no tenga base para el juicio, disponiéndose el sobreseimiento de la causa. Cumpliéndose de esta manera con la función de control y saneamiento del proceso.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

- a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y
- b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible³⁴.

³⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 010-2002-AI/TC. Lima. Caso: Marcelino Tineo Silva y mas de 5,000 ciudadanos. En ese sentido expresa: «En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que in-

La pertinencia consiste en la necesaria y/o suficiente *relación* que ha de existir entre el caso *objeto del proceso* (considerado integralmente) y la *fuerza de convicción* o la «*fuerza de prueba*» a incorporar o incorporada en el proceso a través del medio idóneo, según la etapa del proceso³⁵.

Asimismo, la *conducencia* de la fuente y del medio tanto de convicción como de prueba implica que deben tener, en sí, la aptitud de conducir a la mente del investigador o del juzgador o del defensor hacia el conocimiento del objeto de investigación o de juzgamiento. El resultado de la conducencia (su eficacia) es la denominada «utilidad de la prueba»³⁶.

La utilidad de la prueba, consistirá en que ambos contribuyan o a profundizar o a ampliar el conocimiento sobre el caso o a enmendar al respecto. La importancia de la utilidad de la prueba, se sintetiza en el descubrimiento de la verdad concreta o de la falsedad o del error sobre el acto u omisión materia de la imputación³⁷.

Considero que hubiera sido mejor que el texto señalará expresamente que para su admisión el acto probatorio debe ser *licito*, a fin de poder controlar su constitucionalidad o no, sin embargo en aplicación del principio recogido en el artículo VIII del Título Preliminar, ello no es esencialmente necesario pues los Jueces saben que el principal requisito para la admisión de un medio probatorio es que sea «legal», de lo contrario dicho acto sería inutilizable.

forman la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar validamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro «en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia jurisdiccional (...).

³⁵ Florencio MIXAN, señala que «la parte que unilateralmente pretenda aportar una fuente de convicción o «fuente de prueba» tendrá especial cuidado de destacar y de especificar esa relación». MIXAN MASS, Florencio, *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, 2006. p. 181.

³⁶ MIXAN MASS, Florencio, *op. cit.*, p. 184.

³⁷ *Ibidem*.

3. Problema: Exclusión Probatoria y dinámica de la audiencia preliminar

Si bien se ha sucintado un gran debate respecto a la interpretación de la terminación anticipada como criterio de oportunidad, éste tema ha sido resuelto con la publicación del Acuerdo Plenario N° 05-2009/CJ-116, que es de observancia obligatoria.

Sin embargo, merece analizarse la actividad de exclusión probatoria en la etapa intermedia, la misma que conforme se ha indicado no ésta regulada expresamente.

Evidentemente todos entendemos que el término exclusión probatoria es la solicitud de las partes al Juez en el que se requiere la no «admisión» de un medio probatorio en virtud a que en su obtención se vulnera un derecho fundamental.

Ahora, sí la finalidad de la etapa intermedia es preparar el juicio oral evidentemente no puede permitirse la admisión de pruebas ilícitas a juicio por lo que se debe excluir el material probatorio, el dilema es ¿Cómo? hacerlo.

El primer punto es determinar que función en específico cumple la exclusión, evidentemente prepara el juicio y depura el procedimiento, sin embargo en estricto consideramos que prepara el material probatorio que se presentará en juicio, ya que la depuración versa respecto de los actos procesales celebrados en la investigación preparatoria y no respecto de los elementos de prueba recopilados, es de tener presente la diferencia entre nulidad de actos procesales y prueba ilícita, pues bien ésta última se asemeja a la nulidad por cuenta prueba viciada, mediante la declaración jurisdiccional de exclusión, queda sin valor alguno para el proceso, resultando ineficaz como elemento de conocimiento, sin embargo se diferencian por cuanto la consecuencia de la nulidad es también la renovación o rectificación del acto anulado retrotrayendo el proceso al estado anterior que corresponda a tales efectos, la exclusión probatoria opera sólo hacia el futuro³⁸. Por ello con la exclusión de prepara el material probatorio a presentar en juicio.

Ahora, para la exclusión las partes deben de delimitar estrictamente: a) el acto de constitución probatoria que se solicita su exclu-

³⁸ JAUCHEN, E., *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 617.

sión, b) identificación del acto de vulneración y 3) el derecho fundamental vulnerado.

Debiéndose plantear luego de admitida la acusación, habiendo sido ya saneada, en conjunto con las objeciones a los demás medios probatorios. En ese sentido, consideramos que la dinámica de la audiencia debe tener el orden siguiente:

- 1) Dilucidar las cuestiones formales depurando el procedimiento, aquí se debe resolver las observaciones formales, las excepciones, la incoación de un criterio de oportunidad, la resolución de pronunciamiento respecto a la medida de coerción
- 2) Control sustancial de la acusación, verificando su suficiencia, solicitando el sobreseimiento y el quantum de reparación civil respecto de las partes.
- 3) Control de los elementos de prueba a presentarse en juicio, aquí se realizará el análisis de conducencia, pertinencia, relevancia, utilidad y licitud, aunado las partes en este acto podrán acordar convenciones probatorias y en el caso celebrar la anticipación probatoria

VII. Conclusiones

La etapa intermedia, no es sólo una fase de preparación del juicio oral, sino la fase en la que se decide la procedencia del juicio oral, a través de un control formal y sustancial de la acusación y una evaluación de las actuaciones realizadas en la investigación preparatoria, por ello se realizan diversos actos instrumentales a fin de cumplir las diversas funciones que ésta etapa cumple, siendo su naturaleza bifocal, en razón a que por un lado evalúa la correctitud de la investigación (vgr. Presupuestos procesales), por el otro analiza la procedencia del juicio al determinar si la acusación es fundada y al determinar el control de los elementos de prueba que se actuaran en juicio.

VIII. Bibliografía

AGUILAR ARANELA, Cristian, *et al.*, CAROCCA PÉREZ, Alex, *Manual de Derecho Procesal Penal Oral*, tomo I, Metropolitana, Santiago de Chile, 2004.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

BINDER, Alberto, *La fase Intermedia, control de la investigación (en) Materiales del Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral del Instituto de Ciencias Procesales*, INCIPP, Lima, 2007.

BOFILL, J., «El juicio oral. Preparación y desarrollo», en ALVEAR, S. y otros, *El nuevo proceso penal chileno*, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, 1999.

CARNELUTI, Francisco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, Europa-América, Buenos Aires.

CASTILLO ALVA, José Luis, *El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación*, Actualidad Jurídica, tomo 161, Abril del 2007, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, volumen III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, S/f

CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Arazandi, Navarra, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2005.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho Procesal. Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Horvitz Lenon, María y otro, *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

MIXAN MASS, Florencio, *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*, Ediciones BLG, Trujillo, 2006.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, tomo III, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El periodo intermedio del proceso penal*, McGraw, Madrid, 1997.

RAMOS DÁVILA, Liza, *La fase intermedia. La implementación del CPP en Huaura: Algunos problemas y propuestas de solución. (en) Materiales del Diplomado en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral del Instituto de Ciencias Procesales*, INCIPP, Lima, 2007.

ROMERO PRADAS, M. Isabel. *El sobreseimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Grijley, Lima, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2005.

¿SE PUEDE ESTABLECER LÍMITES AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

R. LUIS CASTILLO BERROCAL*

* Estudiante de 4º año, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Escuela de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Organizador del Taller de Especialización en Ciencias Penales. Miembro colaborador del Centro de Estudios de Derecho penal y Derecho constitucional.

La racionalidad judicial es inalcanzable, sin una previa racionalidad política.

Manuel ATIENZA

Es fácil llegar a un acuerdo de un mundo ideal, pero con ello nada se ha ganado acerca del mundo real.

Günther JAKOBS

I. Introducción

Es indudable que este cuestionamiento es consecuencia de la coyuntura actual de uno de los problemas que mayor discrepancias, despliegue intelectual, enérgicas críticas, innumerables reflexiones y vehemencia en el debate, ha suscitado en el ámbito penal, arrastrándonos hacia un devenir incierto, ya que se configura en un punto de colisión entre dos perspectivas o formas de apreciar al Derecho penal uno de corte garantista, y otro orientado hacia la protección de peligros indebidamente calificado de «antigarantista»¹. En efecto, la relación entre garantía y seguridad constituye el punto central por el cual se construye las actuales polémicas sobre el moderno y expansivo fenómeno político criminal del Derecho penal.

¹ DONINI, Massimo, «El Derecho penal frente al enemigo», en CANCIO MELIÀ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 1, B de F, España, 2006, p. 604. Declara la existencia de dos paradigmas dominantes en el Derecho penal; uno como tutela de bienes jurídicos y como estatuto de garantías, en particular, como garantías de los ciudadanos frente al Estado y otro Derecho penal, que tutela, en vez de bienes jurídicos, a los ciudadanos frente a los enemigos como una lucha en defensa del Estado y de las instituciones y de los particulares. Además, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 118. Aunque de forma opuesta piensa el Catedrático Argentino al mencionar que es totalmente falsa la disyuntiva creada entre seguridad y garantía, ya que es desmentida por toda la historia; pues, se trata de una simple deducción del *debe ser* que no se verifica en el mundo del *ser*. El Poder punitivo y los políticos no proveen seguridad frente a la agresión de bienes jurídicos por el contrario han sido los mayores agentes de la lesión de bienes jurídicos de forma brutal y genocida en toda la historia.

Sin temor a manifestar alguna incoherencia, se puede afirmar que la forma de percibir la política criminal actual; y por tanto, la política del Estado para afrontar el problema de la criminalidad y sus nuevas manifestaciones, no son más que el reflejo de la evolución constante de la sociedad que se manifiesta como un sistema complejo de relaciones intersubjetivas aunado al fenómeno de la globalización, del desarrollo científico y los avances tecnológicos que son medios orientados -pensando de forma idealista- a mejorar cada vez la calidad de vida de las personas. Sin embargo, estos despliegues de la sociedad han originado un alza de la criminalidad palpable en los innumerables delitos y nuevas figuras que requieren, aunque tal vez no de manera idónea, una regulación jurídico penal. Problema que repercute en las medidas político criminales tomadas por el Estado que generan múltiples críticas; pues se batalló desenfadadamente desde la Ilustración para que el Derecho penal no quebrante uno de sus principios fundamentales referido a su carácter de *ultima ratio* para no constituirse, en ciertas ocasiones, como un derecho penal de *prima ratio*; por ello muchos dogmáticos han levantado su voz de protesta con argumentos tan fuertes como; calificar esta nueva tendencia de criminalizar todo aquello que afecte y/o genere sensaciones de inseguridad en la sociedad, como la vuelta a un Derecho penal de perfil autoritario en contra de un Derecho penal de corte liberal, donde sigue siendo el último medio usado por el Estado para la protección de los intereses individuales y sociales, configurándose como garante de derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, si vemos desde esta perspectiva parece claro que ningún dogmático conocedor de las arraigadas directrices garantistas, podría aceptar este tipo de desarrollo o expansión del Derecho penal de manera desmesurada, sin parámetros racionales, ni concretos que han sido sumergidos en constantes críticas y rechazo por la reaparición del punitivismo populista y el denominado Derecho penal simbólico. Pese a ello, los argumentos de la otra forma de ver al Derecho penal, resulta de alguna manera fundada porque no se escapa de una realidad que por más dura que resulte es la que vive el mundo actual. En efecto, para no parecer radical, casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo en algún momento han tenido que afianzarse a mecanismo jurídicos de emergencia para contrarrestar la sensación y la percepción objetiva de inseguridad que aqueja a sus ciudadanos.

Por todo lo dicho, en la presente investigación se va a tratar de entender una de las más controversiales elaboraciones dogmáticas de los últimos años, que fue pensada inicialmente por su autor como una crítica descriptiva de la regulación penal de ciertas conductas, criminalizadas en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, expresada en las Jornadas de Profesores de Derecho penal que tuvo lugar el Frankfurt am Main, en el año 1985. Luego, pasó a estructurarse como una teoría reveladora de una legitimidad², siendo manifestada en las Jornadas Berlinesas organizadas por ESER, HASSEMER y BURCKHARDT en el año 1999, bajo el título *La Ciencia del Derecho Penal en el Cambio de Milenio*, y posteriormente en sus trabajos publicados demuestra que tiene sus bases legitimadoras en una forma más idónea de ver a la política criminal y la dogmática penal de los últimos años. Con esto nos orientamos al análisis del pensamiento de uno de los penalistas más influyentes y controversiales en el actual Derecho penal, nos referimos al catedrático de la Universidad de Bonn Günther JAKOBS, quien ha tenido que afrontar una serie innumerable de críticas debido al desarrollo del denominado Derecho penal del Enemigo³, que ha

- ² Importante la apreciación del Profesor de Derecho penal de la Universidad de Piura Percy GARCÍA CAVERO: *No se puede considerar que la labor del dogmático es construir un sistema conceptual a partir del derecho e instituciones positivas, sino tendríamos que aceptar que el derecho penal del enemigo estaría condicionado solamente a la posibilidad de deducirlo racionalmente del tenor de la ley, por el contrario existen principios naturales y racionales que informan igualmente a la dogmática jurídica; por tanto, la primera declaración que hace Jakobs de solo describir la realidad de su elaboración teórica legítima la existencia en los ordenamientos del derecho penal del enemigo, «¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 956. De manera contraria Kai AMBOS piensa que no solo es una simple descripción de una realidad jurídica, sino que, en sentido negativo exige la exclusión y la marginación de los enemigos del sistema, con lo cual podría servir de base teórica o fundamentación para un sistema penal autoritario. «Derecho penal del enemigo», en Manuel CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 120.*
- ³ GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 07-02, P 02:02:43, p. 28. Por ejemplo este autor hace una clara alusión a la acuñación que hace JAKOBS del denominado Derecho Penal del enemigo, que desde ya, genera un sentimiento de repulsión por determinados perjuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional que genera el término «enemigo». Sin embargo, *la cuestión del Derecho penal del enemigo es más grave y profunda*. ABOSO, Gustavo Eduardo, «El Llamado «Derecho Penal del Enemigo» y el Ocaso de la Política Criminal Racional: El Caso Argentino», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 58.

sido objeto de análisis políticos, jurídicos, filosóficos, sociológicos, originando una avalancha de objeciones que lo descalifican rotundamente por su aparente irracionalidad, falta de fundamentación y su tendencia en contra de un Derecho penal liberal, afianzándose a un Estado de características autoritarias. Razón de este trabajo, es demostrar que el derecho penal del enemigo no resulta ser irracional ni, mucho menos, anti-garantistas. Por el contrario, la subsistencia de estas regulaciones en todos los ordenamientos jurídicos, resulta paradójica ya que la verdadera problemática que es motivo de ataque hacia la elaboración teórica del derecho penal del enemigo, es el trato político y no jurídico que se le da a este tema. Es allí donde los principales detractores encuentran su mejor argumento; por tanto, debe ser este cuadro donde se analice si es legítimo o no, un trato diferenciado al denominado «enemigo» y hasta que límites puede permitirse ello.

Los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, sin excepciones, en todas las épocas han sido consideradas una cuestión política; por tanto, el hecho de indagar hasta donde se expande el Poder del Estado frente a sus ciudadanos o enemigos, es problema que tiene su primer cuestionamiento en la política estatal, pasando luego por los análisis dogmáticos propios de la ciencia del derecho, ya que suele suceder que la política resulta muchas veces desorientada y escasa de racionalidad. Ello es necesario, para que estas medidas constituyan un Derecho penal de emergencia; es decir, de excepción, centrando sus límites y argumentos racionales basados en una política criminal crítica-racional; de esta forma se evitara fundamentar como derecho penal del enemigo a todo tipo de intervención arbitraria en la libertad de las personas con políticas totalmente represivas para afrontar los nuevos riesgos y sentimientos de inseguridad de la colectividad, restringiendo derechos y garantías individuales con el afán de tranquilizar a la opinión pública⁴.

Cuando se analiza las leyes y las nuevas orientaciones políticas en este campo, cuesta identificar que respondan a nuevas necesida-

⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, 2ª ed., 2006, cit, pp. 6 y ss: «No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquilizar a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental».

des objetivas de protección de bienes individuales y colectivos; o si erróneamente son fruto de una demanda social descomedida e irrazonable de punición, generada por una política presionada por las exigencias sociales⁵. Por ello, no se puede utilizar una concepción teórica para fines ilegítimo y menos denominar a cualquier actuación estatal en contra de las libertades de las personas como Derecho penal del enemigo; generando una dicotomía entre un derecho penal *Pro libertatem* y un derecho penal *pro securitate*. En consecuencia, es frecuente que las normas -que se denominan como «supuestos de Derecho penal del enemigo»- sean producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en la huida hacia el Derecho penal, el modelo de solución a los problemas sociales que muchas veces no obtienen las características para actuar de manera excepcional. Para ello el derecho debe fundamentar y delimitar la «política» cuya actuación, para ser «derecho», es sometida a una verificación a la luz de un control superior al del parlamento; es decir, un Tribunal Constitucional⁶. Entonces, así, como la actuación política que trae como consecuencia la aparición de normas extremadamente represivas, debe presentar límites de la misma forma el concepto o teoría del Derecho penal del enemigo debe encontrar sus límites en su debida utilización que parte de su idóneo entendimiento científico para ser aplicado correctamente en la actuación política.

II. Perspectiva dogmática: La dicotomía entre personas / individuos

Cuando JAKOBS escribe acerca del Derecho penal del enemigo se evidencia una clara dicotomía entre libertad y seguridad, ya que existe una delimitación entre el primero que es parte del derecho penal del ciudadano que garantiza las esferas de libertades; y el segundo basado en un derecho penal de emergencia, de excepción, donde se busca la mayor optimización en la protección de bienes jurídicos.

La configuración normativo funcionalista del Derecho penal de Günther JAKOBS permite entender estos argumentos. En la elaboración teórica existe una delimitación entre quién es tratado como persona y quién como enemigo en el sistema penal. Desde una perspectiva normativa el concepto de persona es una elaboración jurídica; por

⁵ CALLEGARI, André Luís, «Control social y criminalidad 0organizada», en *Crimen organizado. tipicidad, política, investigación y proceso*, ARA Editores, Lima, 2009, p. 18.

⁶ DONINI, Massimo, *El Derecho penal frente al enemigo*, p. 612.

tanto, persona es aquella atribución dada al sujeto en tanto este es destinatario de derechos y deberes dentro del sistema social, en otras palabras es persona mientras sea portador de un rol social el cual le permite desenvolverse como tal y respetar a los demás como personas. Sin embargo, éste puede como en toda sociedad quebrantar las normas que orientan su conducta, pero no por ello serán excluidos mientras estos aun pretendan reconocer las normas fundamentales que orientan su sociedad. Quiere decir, que mientras la conducta del sujeto que ha quebrantado la norma siga siendo una orientación que no se debe tomar en cuenta - ni por el sujeto que la cometió ni por la sociedad- en consecuencia, la norma actúa contrafácticamente restableciendo la vigencia de la misma, entonces se puede seguir ostentando la posición de persona en la sociedad. Por otro lado, existen sujetos que han creado un marco de actuaciones totalmente fuera del derecho mostrando una elevada peligrosidad para la seguridad de los ciudadanos, atentando en gran proporción las bases del equilibrio de la sociedad, ellos son los denominados enemigos, contra los que hay que combatir a manera de pura coacción con la finalidad de obtener el aseguramiento cognitivo frente al peligro que representan⁷.

En toda sociedad se necesita el mínimo de seguridad cognitiva⁸ manifestada por los ciudadanos para que esta subsista, traducido en un mínimo de respeto hacia las normas, ya que esta requiere de cierta aplicabilidad y practica para conservarse real, si no es susceptible de

⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 45. De forma contraria piensa, Luis GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», p. 38; afirmando que el derecho penal del enemigo no es ya parte del derecho penal, ya que el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativo o jurídica, es decir, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquel no puede estar representado por nada mas, que el hombre, por el individuo humano, partiendo de un sustrato ontológico de la persona responsable. De la misma forma, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 20.

⁸ JAKOBS, «¿Terroristas como personas en Derecho?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 81. Respecto de la seguridad cognitiva críticamente expone, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, p. 21. *Una sociedad que aspira a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspira a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada.*

ello sería papel mojado: mera descripción programática de derechos y buenas intenciones, que no podría integrar parte del concepto de Derecho ni de la estructura normativa de la sociedad⁹. Conducta que no manifiestan los enemigos; por tanto, son tratados de un modo diferenciado ya que con su propia conducta se autoexcluyen del sistema, y de su atribución de personas para ser restringidos de manera parcial de sus derechos y libertades. El enemigo como tal representa un déficit de garantías cognitivas ante el reconocimiento de las normas jurídicas. Quiere decir, que se trata de un contenido razonable, usual y comprensible en todo ordenamiento jurídico, que si ha de aspirar razonablemente su aplicación con los criterios de justicia y razón, entonces ha de pretender que sus normas sean posibles, reales, conocidas, y aplicables, esto es, que sean validas sobre la base de un consenso o corroboración social y cognitiva por parte de los ciudadanos¹⁰.

En consecuencia, si se quiere dar un concepto que abarque a grandes rasgos los planteamientos del Catedrático de Bonn, se podría entender por enemigo: aquel sujeto que disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento conforme a las normas, decide autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas hacia las personas en derecho y despersonalizándose así mismo mediante la manifestación exterior de una alta peligrosidad en forma de inseguridad cognitiva, que por poner en peligro los cimientos de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos -referido a la seguridad-, ha de ser tratado por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica¹¹. Teniendo este Derecho Penal del enemigo como características: a) la anticipación de las barreras de punibilidad: criminalización de los actos preparatorios b) desproporción de las penas, c) disminución de las garantías procesales: extensión de los plazos de la prisión preventiva, investigaciones secretas, interceptación de comunicaciones, por ultimo d) la restricción de beneficios penitenciarios o un trato especial. Siendo ejemplificada en delitos

⁹ JAKOBS, *Derecho Penal del Enemigo*, cit., p. 49: «Solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real». La misma afirmación se puede encontrar en «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juricidad», p. 99. Además POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, p. 104.

¹⁰ POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 89.

¹¹ *Ibidem*, p. 102.

que son configurados por las organizaciones criminales, el terrorismo, el narcotráfico, los delitos sexuales y la delincuencia económica¹².

Por ello, se dice que el fin del Derecho penal del ciudadano es la estabilización de la norma que ha sido vulnerada, con ello se confirma la vigencia del derecho; sin embargo, para los enemigos no se les aplica ninguna pena para confirmar la norma sino medidas para contrarrestar el peligro que manifiestan¹³. Este concepto es el punto de quiebre o el talón de Aquiles del Derecho penal del enemigo; teniendo en cuenta la actual corriente neo-constitucionalista, el auge de los Derechos humanos en el ámbito internacional y los Derechos fundamentales del ámbito interno de los ordenamientos jurídicos que rechazan de manera rotunda la aplicación o la concepción del concepto de persona elaborada normativamente. Estas corrientes argumentan que es inadmisibles la vulneración de los derechos y libertades de las personas en pos de la protección de la sociedad y de bienes jurídicos de carácter colectivos que no están aun debidamente delimitados¹⁴; es decir, no se le puede quitar al hombre su calificación de persona portadora de derechos que es inherente a él, ni mucho menos su dignidad como tal. Por tanto, no puede existir la ruptura del concepto de ciudadano y la definición de algunos delincuentes como enemigos, ello estaría en contra de toda idea de un Estado de derecho respetuoso de los derechos y garantías de sus miembros. De esto se desprende una pregunta – que será absuelta en las siguientes líneas– ¿son correcta estas críticas al Derecho penal del enemigo?

¹² JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, España, 2004, p. 45.

¹³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, pp. 1043 y ss.: *En primero lugar, frente a la distinción propuesta por Jakobs puede objetarse que esta adolece de un fuerte grado de inconcreción y puede entenderse, incluso que conduce a una petición de principio, entendido como la indagación acerca de cuál sería el momento en que el ciudadano deja de ser tal para configurarse como enemigo. El segundo motivo de rechazo consiste en que resulta preferible entender de que la pena siempre tiene un doble componente preventivo general positivo y negativo.*

¹⁴ HEFENDEHL, Ronald, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, B de F, España, 2006, p. 843.

III. El desenvolvimiento de la política criminal en las actuales sociedades

Desde la ampliación de los ámbitos de criminalidad, las nuevas técnicas delictivas, el avance imparable de la tecnología, los inconvenientes para delimitar los riesgos que deben o no ser permitidos en la sociedad hasta la poca actualización de la visión punitiva del Estado en pos de una mayor seguridad para sus ciudadanos, hacen que actualmente se flexibilice el sistema penal restringiendo las garantías existentes y libertades que se configuran como una necesidad político criminal para alcanzar la mayor efectividad en la persecución y procesamiento de los criminales buscando la mayor protección de bienes jurídicos. Este fenómeno jurídico y social ha sido el inicio de un nuevo paradigma para la remodelación de los discursos teóricos jurídicos y políticos en los ordenamientos jurídicos, especialmente en el ámbito penal.

Sin lugar a dudas la política criminal reinante no es aquella política criminal «ideal» que se fundaba en los parámetros del pensamiento liberal; por el contrario, indebida o no es calificada como autoritaria, estructurada en base, a un Derecho penal simbólico y el renacimiento del tan cuestionado punitivismo penal¹⁵. Por un lado el primero, demuestra la aparente figura de un legislador atento a las exigencias y los sentimientos de inseguridad de la sociedad¹⁶ hacia ciertos hechos que necesitan ser criminalizados y; por tanto, la figura de un legislador decidido a elaborar todo tipo de normatividad buscando una supuesta tranquilidad, generando sensaciones de seguridad, pero lo que realmente sucede es que genera tipos penales que ni siquiera obtienen corroboración social. El segundo, parece ser una

¹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Derecho penal del enemigo?», en *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 354. Además, FERRAJOLI, Luigi, *La Pena, Garantismo y Democracia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 1999, p. 30. Uno de los mayores representantes de Garantismo en el sistema penal radicaliza la actual política criminal, así afirma: *En los últimos veinte años nuestra política criminal ha sido siempre una política de emergencia, sin asesoramiento ni un diseño teórico, privada de toda dimensión axiológica, cuyo resultado ha sido un Derecho penal máximo, al mismo tiempo inflacionario e ineficaz y una justicia que de hecho golpea preponderantemente la pequeña delincuencia.*

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 20. Menciona que, más importante que el aspecto objetivo que se percibe de la inseguridad en la sociedad, es seguramente la dimensión subjetiva la que influye en la aparición de nuevas criminalizaciones y la expansión del poder punitivo.

consecuencia de este ya que con él se da la creación de nuevos tipos penales y el endurecimiento de las penas de los ya existentes. Se entiende así como una política legislativa con nuevas figuras penales y restrictivas de derecho y garantías individuales. Para sintetizar, no son más que la reacción a nuevas realidades sociales que resultan problemáticas y realidades que ya existían anteriormente cuya transgresión o vulnerabilidad se ha incrementado¹⁷.

Asimismo, es conocida la actuación de la política criminal, orientada a configurar un Derecho penal de autor, direccionada hacia la criminalización del sujeto peligroso; es decir, a combatir peligros de la sociedad protegiendo de manera eficaz los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos. Por tanto, también se hace presente en esta sociedad de riesgo un derecho penal orientado hacia la consecución de la mayor eficacia en la prevención del delito¹⁸. Todos los puntos señalados, aparentemente ramifican un árbol denominado Derecho penal del enemigo, calificado como la conjunción de todos ellos.

Pese a esto, más que atacar a una elaboración dogmática basada en un criterio descriptivo –también legitimador– de determinadas normas del sistema positivo del Derecho penal, que es reflejo de la actual política criminal; debemos tener presente que es un problema que pertenece, también, a la política legislativa adoptada por los Estados que tratan de enmascararla bajo una supuesta política criminal que inclina la balanza no por la libertad de sus ciudadanos, sino por la «seguridad» de los mismos, vulnerando todo tipo de garantías, es por eso, que todas las críticas deben estar orientadas a la descomunal arre-

¹⁷ Acerca de las características de la ideología del punitivismo, véase por ejemplo, FLAVIO GOMES, Luiz / BIANCHINI, Alice, «Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 954.

¹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis «De la Sociedad de Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-01p.01-01:37; pp. 3 y ss. Asimismo, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De la Tolerancia Cero al Derecho Penal del Enemigo*, INEJ, Nicaragua, 2009, p.5. Además, muy significativos son los aportes de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal*, p.11. Menciona que las probables causas de la aparición de nuevos bienes jurídicos-penales son tres. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades, por ejemplo las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, el deterioro de realidades tradicionales abundantes, atribuyéndoles ahora un valor que antes no poseían, por ejemplo el medio ambiente. Por último, e incremento del valor de que experimentan, como consecuencias de los cambios sociales y culturales ciertas realidades que siempre existieron, por ejemplo el patrimonio histórico artístico.

metida de una política que no encuentra límites sino que se extiende con la excusa de la mayor protección no siendo compatible con la existencia limitada del Derecho penal del enemigo. Por tanto ¿será identificable toda actuación de la política criminal y expansión del derecho penal como un derecho penal del enemigo?

IV. La legitimación del Derecho penal del enemigo

Diversos cuestionamientos se han establecido al Derecho penal del enemigo, al igual existen enfoques que tratan de conceptualizarlo se pueden mencionar así, tres perspectivas relevantes. El primer concepto descriptivo, entiende al derecho penal del enemigo como instrumento analítico que sirve para describir con exactitud el derecho positivo, esto es, que algunas normas del ordenamiento jurídico están calificadas como tales, aunque no se tiene una idea si sean adecuadas o inadecuadas. En segundo lugar, se puede mencionar un concepto crítico denunciador, que aspira a determinar este derecho de carácter especial como contrario al Estado de derecho. Por último, legitimador afirmativo que trata de formular una teoría de sus presupuestos de legitimidad normativa, y que estos estarían predominantemente satisfechos en la realidad¹⁹.

Los puntos antes analizados no son más que el reflejo de una búsqueda de legitimación de este denominado Derecho penal del enemigo, suscitando indudablemente cuestionamientos como ¿quien define las normas de derecho penal enemigo? ¿Existe un derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo? ¿Por qué? ¿Es necesario este por razones de eficiencia?

La primera interrogante permite dilucidar acerca de la creación de estas normas de excepción, que encuentran su génesis en el legislador, orientado bajo una política criminal, que no siempre es la ideal y es sumergida en muchas pretensiones e intereses que escapan del marco del Derecho penal y la sociedad para validar intereses políticos, económicos o de cualquier otra índole. Tampoco en un Estado de Derecho; por ende, democrático no se puede llegar al extremo de dejar en manos del poder ejecutivo la elaboración de normas penales de excepción, sin ningún tipo de límites como denuncia Eugenio Raúl ZAFFARONI, quien piensa que la consecuencia de la existencia de un

¹⁹ GRECO, Luis, «Acerca del llamado Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 1093.

derecho penal del enemigo resulta de la decisión del soberano de forma selectiva o del poder ejecutivo inclinado por intereses políticos, lo cual es una concepción errónea; ya que, no se puede permitir que en las actuales sociedad se destruya la estructura de Estado de derecho; debido a que, las leyes en este sistema tienen que satisfacer determinados criterios de racionalidad. Sin embargo, no solo es el ejecutivo sino también el poder legislativo que refleja la irracional actuación del legislador para la elaboración de normas de extremado carácter represivo. Pese a ello, de ninguna manera se puede desacreditar la existencia o vigencia de determinadas normas creadas para contener peligros extremos manifestados en la sociedad, que sí están basadas en razones emanadas de una adecuada política criminal y un adecuado entendimiento del Derecho penal del enemigo.

El segundo cuestionamiento, responde a la legitimación positiva de estas normas de Derecho penal del enemigo que reflejan la materialización legislativa de una visión represiva de la política criminal, para afrontar determinados delitos considerados especialmente graves. Esta se caracteriza por el adelantamiento de la barrera de punibilidad con penas que muchas veces no se adecuan a la proporcionalidad de dicho adelantamiento, calificación de la responsabilidad penal basada en la peligrosidad del sujeto, y la supresión parcial de garantías individuales en el proceso. Por otro lado, a pesar de las críticas que se plantean por su inconstitucionalidad, estas normas han sido aprobadas en Estados Sociales y Democráticos de Derecho, teniendo de esa forma una base empírica incuestionable; puesto que, no se tratan de Estados autoritarios o dictatoriales y muchos menos con aspiración a transformarse en ellos, como se apreciaban en el pasado; por el contrario, son democracias básicamente consolidadas. Por ello, existe la presunción razonable que estas normas son legítimas, y dicha afirmación abarca tanto el aspecto formal, en cuanto dichas normas han sido aprobadas por un órgano elegido democráticamente instituido para ellos representado por los legisladores, como el aspecto material que tiene que ver con el control de legitimidad, en los aspectos de razonabilidad y necesidad de estas medidas que son analizadas en última instancia por el control constitucional²⁰.

²⁰ Véanse por ejemplo: POLAINO ORTIS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, p. 79; LUIS GRACIA MARTÍN: Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España,

Por último, la eficacia²¹ que se busca obtener con el fundamento de la mayor protección de bienes jurídicos de carácter colectivo o la misma autoconservación de la sociedad que se halla sumergida en la constante vulneración de su estabilidad, poniendo en tela de juicio su estructura y sus valores, se manifiesta solo en la estricta medida de la necesidad de protección de la aparición de nuevos bienes jurídicos de carácter colectivo. Muchos autores denuncian la poca eficacia demostrable empíricamente de estas medidas; sin embargo, es evidente que, si el Derecho penal se ha inmiscuido en estos problemas y los ha regulado es, porque, los otros medios fuera del derecho penal no han sido idóneos en los tratamientos de estos hechos. Por tanto, no pierde el Derecho penal su esencia de *última ratio* que regula hechos que resultan perturbadores o desestabilizadores del sistema, que no es más que el contexto de la política criminal propio de la modernización del derecho penal²².

V. La actuación del legislador en la elaboración de las «normas del Derecho penal del enemigo»?

El fenómeno de la intensa criminalización que ha incurrido el legislador, es objeto de constantes reproches ya que se sirve ilegítimamente del Derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad, incluso por esta vía el Estado puede ser dirigido o verse tentado a dirigirse hacia una utilización del *Ius Puniendi* de forma más agresiva y violenta; por ello, desde ya se puede calificar

2006, p. 1059: textualmente: «Ciertamente una observación de las legislaciones penales actuales no deja lugar a dudas sobre la existencia de regulaciones sustantivas y sobre todo procesales que representan los rasgos que se ven característicos de ese Derecho penal del enemigo».

²¹ Acerca de la eficacia del sistema penal como consecuencia del «moderno derecho penal, se puede analizar en; MOCCIA, Sergio, *Seguridad y sistema penal*, pp. 304 y ss.

²² DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein! Sobre la ilegitimidad del llamado «Derecho penal del enemigo» y la idea de seguridad», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 508. Sin embargo, hace una delimitación de esta «modernización del derecho penal» en dos segmentos, el primero está avalado con el carácter general, de la protección de bienes jurídicos con base constitucional, y el problema reside más bien en trazar en cada caso los límites de la compatibilidad de los delitos de peligro con el principio de proporcionalidad. En el segundo segmento es cuando critica al derecho penal del enemigo como consecuencia de la modernización del derecho penal, que traspasa los límites de la proporcionalidad y es un Derecho penal incompatible con el programa penal de la Constitución.

determinadamente diversas decisiones legislativas, que no sólo carecen de los fundamentos materiales, sino que, realizarían un uso inadecuado, basado en intereses que no les son propios al Derecho penal. Todo ello, pone en evidencia que muchas de las normas que se titulan como «Derecho penal del enemigo», en realidad no se asemejan estrictamente a este; generando la persecución de los aparentes «enemigos», que no responden exclusivamente a peligros para la paz social, eso adquiere otra dimensión; ya que, parece estar en juego la tenencia del poder frente a los ciudadanos, sin tener en cuenta una política criminal seria²³.

Resulta insoslayable el papel fundamental que tienen los medios de comunicación para que el Derecho penal se expanda sin ningún tipo de restricción, constituyéndose una de las manifestaciones de la sociedad con respecto a las exigencias de seguridad; es decir, los medios de comunicación²⁴ se han transformado en el intermediario entre las exigencias de los ciudadanos y el Estado, especialmente en el ámbito de la seguridad pública que genera sentimientos de repulsión hacia ciertos hechos y reclama la criminalización desmesurada de aquellos.

Ello causa en la sociedad un estado psicológico y social de repulsión que se ven afianzados o escandalizados por los medios de comunicación que exigen un política eficiente y represiva que actué inmediatamente frente a estos hechos sin medir las consecuencias, ni analizar debidamente a qué límites atenerse para tratar estas nuevas figuras delictivas. Por tanto, los gobiernos para callar las críticas y/o apaciguar la opinión pública frente a determinadas situaciones que causan alarma social, se valen de la elaboración y expedición de nor-

²³ Véase por ejemplo: Díez RIPOLLÉS, José Luis, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003, <http://www.cienciaspenales.net>, p. 2. CALLEGARI, André Luís, «Control Social y Criminalidad Organizada», p. 22. DURAN MIGLIARDI, Mario, «El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA Díez, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 751. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, «¿Qué es y que puede ser el Derecho Penal del enemigo. Una Aproximación Crítica al Concepto», en *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, España, 2006, p. 13

²⁴ ABOSO, «El Llamado «Derecho Penal del Enemigo», p. 55. ZAFFARONI, *Derecho Penal del Enemigo*, p. 76.

mas penales o la adopción de medidas de emergencias, de carácter extremadamente represivo, distraendo a la sociedad y a los medios de comunicación mediante el argumento de la necesidad de estas represión, como modo de «resolver el problema»²⁵.

Por otro lado, también es obvio que esta situación forja interés del Estado que busca obtener beneficios políticos sociales de parte de los ciudadanos mostrándose como un constante criminalizador, generando una aparente sensación de seguridad en la sociedad con sus políticas extremadamente represivas, configurándose lo que en algún momento se llamo el populismo punitivo, que utiliza al Derecho penal como instrumento para legitimar políticas de Estado que pos de intereses, muchas veces particulares, que son externos al Derecho penal como medio de control social, ya que la confirmación y publicitación de medidas represivas, que restringen cada vez más la libertad de las personas, que son difundidos en los principales medios de comunicación, demuestran la irracionalidad de la actuación pública cuando existen demandas de emergencias o el incremento de las figuras delictivas.

VI. Las limitaciones al Derecho penal del enemigo

Por la dimensión que ha alcanzado el Derecho penal de enemigo, es calificado como un retroceso de lo conquistado por el sistema liberal; en otras palabras, es una vulneración a la defensa de los derechos y garantías de las personas que pone en tela de juicio la configuración democrática del Estado de derecho, ya que, se entiende por democracia, no sólo la elección libre de quien nos puede gobernar, sino que, tiene un significado mayor: impone límites legales a la actividad del gobierno frente a sus ciudadanos garantizando sus libertades y derechos²⁶. Por ello, debemos mencionar desde ya, que existe un marco el cual este Derecho penal del enemigo no puede traspasar sin ser sometido a un análisis de legitimación para no llegar a una política criminal guiada, ya no por la racionalidad, necesidad ni propor-

²⁵ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *¿Qué es y que puede ser el Derecho penal del enemigo?*, p. 27. En el mismo texto: HÖRNLE, Tatiana, *Dimensiones descriptivas y normativas del concepto de Derecho penal del enemigo*, p. 60: «Con carácter general cabe percibir la tendencia de que el legislador penal aborda, sobre todo, temas en los cuales una «dura respuesta» encuentra aprobación en los medios de comunicación y en la población, con ello asegura votos».

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *La Pena, Garantismo y Democracia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 1999, p. 15.

cionalidad, sino, por la criminalización de todo peligro que se genera en la sociedad afianzándose a una democracia populista desmesurada. Como consecuencia, el legislador emana todo tipo de norma que menoscaba las libertades de los ciudadanos, cuya orientación no analiza los verdaderos orígenes, ni las cuestiones legitimadoras de un Derecho penal de excepción, que no debe ser confundido con este tipo de actuación.

En efecto, una primera impresión sobre distinción entre ciudadanos y enemigos sería «aparentemente incompatible» con un Estado Social y Democrático de Derecho. No obstante, si pensamos en un Estado de Derecho ideal, requerirá también de condiciones ideales, que no siempre se dan en la realidad, ya que debemos contar con aquellas contingencias que condicionan la estabilidad de la sociedad y la propia estructuración del Estado; puesto que, de una manera u otra existen individuos que no prestan un mínimo de seguridad a la sociedad, poniendo en riesgo la libertad de las personas que buscan realizarse plenamente como tales en su entorno; por tanto, en ocasiones excepcionales el Estado podría contar con poder renunciar a este contexto de una realización plena de las libertades individuales abogando por la aparición de nuevos riesgos en la sociedad, necesitadas de una protección penal, exclusivamente en lo necesario y no traspasando los límites. Si analizamos esto a la inversa y se tratase de proteger de forma ilimitada la libertad individual de los miembros de la sociedad -garantismo penal- a costa de esta, se generaría el deterioro del funcionamiento del sistema social, y sin ello ¿sería posible la libertad individual de las personas?, la respuesta es evidente, debido a que las libertades no sólo se entienden en el sentido de las garantías que tiene todo procesado, sino también en aquella que garantice que las personas se desenvuelvan y se proyecte en sociedad²⁷.

²⁷ Así lo manifiesta JAKOBS, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de Juricidad», en *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, España, 2006, p. 115. Expresamente: «Que un Estado que no conoce custodia de seguridad, que pena la fundación de una asociación terroristas exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, al que son ajenos la incomunicación, las escuchas masivas, los agentes encubiertos y muchos otros instrumentos, se acerca más al ideal de un Estado de Derecho que uno que permite tales instituciones y medidas esta es una constatación que sólo puede llevarse a cabo en abstracto, en cambio en concreto puede ser que la renuncia a estas instituciones vacíe de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad, y este derecho a la seguridad solo es otra denominación del derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico».

En este sentido, la terminología de «enemigo» utilizada por Günther Jakobs, en su estructuración dogmática, ha sido indebidamente entendida debido al impacto que genera la connotación de la palabra y por el uso inadecuado del término que resulta totalmente aislado de lo que el profesor de Bonn expresa. Para dejar clara esta afirmación; si se entiende que, cuando se describe al individuo como enemigo dependiendo de su estatus de no persona, por haberse apartado por lo menos de manera parcial del sistema jurídico, eso no quiere decir, que este sujeto será tratado con absoluta restricción de sus garantías, violación de su dignidad personal, ni como criminal de guerra – que son manifestaciones del trato que pueda establecer un sistema autoritario o una política desmedida sin mínimos parámetros racionales- sino que, esto es una simple reacción que todo ordenamiento penal de los Estados democráticos consideran que hay que tomar en cuenta, teniendo como parámetros el trato proporcional con respecto a la gravedad del delito, con especiales medios de aseguramientos que garantice por lo menos la mínima concretización de las normas en la realidad, y consecuentemente la configuración de la estabilidad social; es decir, que los sujetos que se han apartado considerablemente de las normas no pueden hacer decaer el valor y la vigencia de las normas que estructuran la sociedad²⁸. En efecto, la distinción entre ciudadanos y enemigos no es más que una diferencia normativa y socialmente existente en todo sistema penal que no queda exenta de límites²⁹.

Consecuentemente, el Derecho penal del enemigo no es una reacción sin sentido, ni muchos menos denigrantes de todas garantías del ciudadano presos del terror que lleva a innumerables casos en que el Estado haciendo uso irracional del derecho penal ha afianzado políticas de perfil autoritario. Aunque se excluye el dialogo con el enemigo, este no es de manera total, sino parcial; es decir el sujeto aun seguirá siendo persona aunque de manera formal debido a que es sometido como todo ciudadano a un proceso penal, si bien se restringen ciertas garantías estas son necesarias debido a la trascendencia e impacto social que genera el delito, pero sin que esta constituya una

²⁸ POLAINO ORTS, *Derecho penal del enemigo*, p. 90.

²⁹ Difiere con esta idea, ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 25. Cuando se hace referencia a los estados de excepción o por necesidad afirma el autor, que esta no conoce ley ni límites. *La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites, porque lo establece el mismo que ostenta el poder.*

vulneración extremadamente irracional de los derechos fundamentales de la persona. No se puede admitir esos extremos de incongruencia con los principios del Derecho penal, por el específico trato que tiene el enemigo en el sistema penal como lo manifiesta JAKOBS es un polo del Derecho penal; por tanto, también pertenece a él, aunque denuncia que debe ser diferenciado; es decir, son dos polos de un mismo mundo –el sistema penal–, pero que no deben contaminarse.

Por tanto, no se puede hacer una comparación del Derecho penal del enemigo con los regímenes totalitarios que fueron orientados hacia la contención de los ciudadanos por razones políticas como sucedió con Hitler que consideraba a los «enemigos», como subhumanos o parásitos de la sociedad, con características racistas; de la misma forma Mussolini, Stalin o Franco³⁰. Por el contrario, estas normas de excepción necesarias para mantener la estabilidad social y los derechos de las personas, no se basan en ideologías de este tipo, ni crean enemigos por naturaleza, ni desde una perspectiva ontológica, políticas, ni racistas; sino que, tienen que encontrar una adecuada elaboración política y dogmática como reacción a manifestaciones criminales graves que encuentre límites materiales en el respeto por la vida de los sujetos, en la prohibición de las torturas³¹, los tratamientos inhumanos, la selectividad irracional de grupos marginales, la criminalización basada en diferencias sociales y no en circunstancias objetivas de peligrosidad del delincuente. Y, si el derecho penal se adhiere a estas normas es porque constituye el último recurso para tratarlas por su gravedad social, y no como un apresurado y desmedido tratamiento por parte de la política de Estado hacia las nuevas conductas desviadas en la sociedad³².

³⁰ *Ibidem*, p. 52. Registra amplios antecedentes de estos regímenes que se fundaron en una estructura inquisitorial, o sea se orientaban hacia una peligrosidad inseparable conyugue legítima del racismo, que siguió su destino policial/administrativo, legitimando crímenes en la medida en que cada autócrata quiso llevar adelante sus propósitos genocidas, incluso mucho más allá de sus propias leyes formales y de las racionalizaciones de sus escribas jurídicos y criminológicos.

³¹ JAKOBS, «¿Terroristas como personas en Derecho?», p. 90. El más acérrimo contendiente del derecho penal del enemigo ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 118; afirma que al buscar la mayor eficacia para la prevención del delito, se aumenta a la vez la discrecionalidad de las agencias policiales, ampliándose las oportunidades de tortura, llegando a un tácito reclamo de la legalización de la tortura.

³² GRECO, Luis, «Acerca del llamado Derecho penal del enemigo», p. 1097. Afirma que es comprensible, debido al «escándalo» que causa el término, que se hayan hecho comparaciones entre el derecho penal del enemigo y la reciente historia alemana,

Otro de los límites que debe encontrar este Derecho penal del enemigo se encuentra en su carácter de excepcionalidad, evitando su identificación con las atroces medidas inconstitucionales de estados de excepción o estados de sitios para contener ciertos grupos sociales que se muestran hostiles contra el sistema político imperante, partidos políticos, ideologías, sistema económico, entre otros; que son coaccionados con medidas militares en razón de sus supuestos peligros contra la seguridad nacional interna y externa, ello sería una completa transgresión de un Estado de derecho respetuosos de las libertades de las personas. En cambio, el Derecho penal del enemigo solo está orientado en su excepcionalidad a la criminalizar determinados delitos que atentan contra las normas de flaqueo de la sociedad, describiendo a los sujetos como enemigos pero desde un ámbito netamente normativo o por su peligrosidad; no subjetiva, ni presumiendo la actitud interna del autor; sino que, esa conducta es verificable objetivamente la actuación de estas asociaciones criminales en contra de la estabilidad social³³.

Ahora bien, la gran parte de las objeciones, dirigidas hacia el Derecho penal del enemigo, se centran en la «calificación» de un grupo de personas, incluso no se «está seguro a qué grupo se va a denominar como enemigos de la sociedad», pues, es allí donde más

por las ideas racistas del nacionalsocialismo como por su ideología autoritaria. En sentido adverso piensa Juan Antonio GARCÍA AMADO, «El obediente el enemigo, el Derecho penal y Jakobs», p. 918. Denuncia la falta de límites del derecho penal del enemigo, al menos para los casos más graves, como el terrorismo, no hay más límites, que los límites facticos: cabe todo lo que sirva para desactivar el peligro que un sujeto representa, desde las técnicas terapéuticas más agresivas, la despersonalización del sujeto, la admisión de la tortura, hasta la eliminación del foco de peligro.

³³ DURAN MIGLIARDI, Mario, «El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 1, BdeF, España, 2006, p. 774. Respecto de este tema piensa el autor que es insostenible e inviable debido a que el derecho penal del enemigo siempre ha sido identificado por su carácter de excepcionalidad con las medidas autoritarias mencionadas. Además, MORENO, Juan Damián, «¿Un Derecho procesal del enemigo?», en *Derecho Penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, España, 2006, p. 460. *En ese sentido, contraponer la existencia de un Derecho penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos y un derecho que tiene por finalidad exclusiva la protección de la sociedad frente a agresiones, deliberadamente, han declarado la guerra a su semejantes y ponen en peligro el sistema de convivencia, es bastante razonable, aunque concebible únicamente como una respuesta excepcional frente a tales ataques.*

incertidumbre aparente causa esta elaboración dogmática. Por ello, se menciona reiteradamente que este causaría una total repulsión, por calificar a alguien como «no persona» en sociedad, desposeído de todos sus derechos. En contraste, el propio Jakobs delimita las barreras de su teoría evitando la desnaturalización de la terminología del enemigo, este concepto se desvincula plenamente de cualquier juicio que no sea meramente científico descriptivo de una realidad como lo son muchas cuestiones jurídicas penales; es decir, el enemigo descrito normativamente es aquel que representa un déficit de garantía cognitiva ante el reconocimiento de las normas³⁴. De esa forma, no se trata de un enemigo; por ejemplo, bélico al cual hay que exterminar de la sociedad o literalmente declararle la guerra desde una perspectiva política, como lo pensaba el politólogo de la época nazi, Carl SCHMITT, quien identificaba al enemigo con la actuación de la política, conceptualizada como la distinción entre «amigo» y «enemigo»; mientras el primero es aquel que se manifiesta acorde y sumiso frente a las normas del soberano; al segundo, o sea, el enemigo habría que combatirlo sin restricción, eliminándolo de la sociedad siendo esta la esencia de la política. Entender una elaboración dogmática como la de JAKOBS de esa forma, sería una mal interpretación del propio sistema funcionalista que pregona el catedrático de Bonn³⁵.

Concretizando la idea, JAKOBS no hace una clasificación, ni calificación con intereses políticos, económicos, religiosos, morales o de cualquier otra índole para describir a quien será el enemigo; por el contrario, cuando se trata al individuo o enemigo como tal, no quiere decir, que será vulnerada su dignidad como persona, ni que será restringido absolutamente de sus derechos, únicamente se describe una situación que socialmente, excluye al sujeto de la participación

³⁴ Por ejemplo POLAINO ORTS, *Derecho Penal del enemigo*, p. 93, aclara que el término «enemigo» resulta negado sin mayores argumentos, por quienes atribuyen a este concepto, el significado, que en épocas muy diversas, bajo circunstancias políticas radicalmente opuestas y en un ámbito científico del todo divergente, le dieron otros autores entre ellos, quienes al hilo del concepto funcionalista de «enemigo», lo equipararon, lo compararon o señalan como antecedentes, las aportaciones ofrecidas a lo largo de la historia de las ideas filosóficas y políticas, desde los pensadores clásicos hasta el politólogo Carl SCHMITT de la época nazi.

³⁵ Así el mismo JAKOBS, *¿Derecho Penal del enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de Juricidad*, p. 108, textualmente: «Si en mis consideraciones me hubiera referido a CARL SCHMITT, ello habría constituido una cita radicalmente fallida». Véase también, HÖRNLE, *Dimensiones Descriptivas y Normativas del Concepto de Derecho Penal del enemigo*, p. 73.

de un ámbito social debido a la poca seguridad cognitiva que su conducta manifiesta; es decir, esa especial rebelión contra la norma, por ello el ordenamiento jurídico lo trata como foco de peligro, asimismo el propio enemigo que se autoexcluye en el sistema social con su comportamiento. Ciertamente, el pensamiento de JAKOBS no se basa en la selectividad que puede incurrir el Estado basado en políticas de contención, hacia la conservación del poder, como sucedió hace siglos atrás, sino, el sujeto con su propia actitud se describe como enemigo y se califica como tal frente a la sociedad. En efecto, el Derecho penal del enemigo nunca excluye, ni extermina al enemigo del sistema; por el contrario, deja abierta la puerta a que este se pueda resocializar y volver a incluirse como ciudadanos en la sociedad, prescindiendo el mínimo de garantías de que su conducta será adecuada a las expectativas normativas de la sociedad.

Conforme a esto, el Derecho penal es llamado a evitar el crecimiento de la violencia que asecha a las sociedades posindustriales o sociedades de riesgo, comprometiendo el pacífico convivir de las personas. Debido a las características represivas de las normas destinadas a los enemigos, genera también violencia en un sentido formal, razón por la cual este debe trazarse límites coherentes y estrictamente necesarios para evitar todo tipo de uso ilegítimo de uno de los instrumentos más drásticos que usa el Estado³⁶. Pero, ¿qué es lo necesario?

VII. ¿El Derecho penal del enemigo en la *praxis*?

Para no elaborar un análisis de la problemática demasiado abstracto, es necesario poner claros ejemplos de cómo se introducen decisiones y políticas legislativas al sistema penal que erróneamente son identificadas como normas de Derecho penal del enemigo, cuan-

³⁶ JAKOBS, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de Juricidad*, p. 107. En sentido similar indica, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ: «Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: Sobre la necesaria autoreorientación de la normativización jurídico-penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 1, BdeF, España, 2006, p. 1000. Encuentra esos límites en el trato diferenciado que se le debe dar al ciudadano y al enemigo, desde una perspectiva netamente normativa y basándose en los postulados de la teoría sistémica de LUHMANN, insiste en que se debe diferenciar en la normatividad del concepto de ciudadano y la facticidad del concepto de enemigo, para que el segundo no contamine al primero. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Gunther Jakobs», p. 1016.

do en realidad estas incurren en una ruptura innecesaria e ilegítima de los principios penales ya que se orientan por obtener beneficios o réditos políticos para consolidar el poder interno y externo.

Se puede percibir en EE.UU una política basada en el *Law and Order*, que implementa medidas legales, judiciales y policiales desde los años sesenta hasta la actualidad orientada bajo una represión ejemplar aplicada a ciudadanos, caracterizado por las durezas de las sanciones, cierta permisibilidad de la dureza policial, en pos de la mayor obtención de eficacia fundándose en principios de represión y reactividad. En consecuencia, el Derecho penal estadounidense, desde el panorama político, se ve inmerso en la necesidad de desplegar una guerra contra el crimen y, especialmente en los últimos años, de mantenerla expandirla e intensificarla. Del mismo modo, se ha incrementado apresuradamente la población en las cárceles, privatizándolas, siendo un beneficio que evita encarcelar a personas de mayor posición económica dentro del sistema social, en sentido adverso incrementa la incidencia punitiva del sistema sobre los excluidos⁷.

Igualmente, en ningún caso cuando se debate sobre el Derecho penal del enemigo, se puede dejar de mencionar los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre del 2001 contra las torres gemelas del World Trade Center (11-S), que fue el inicio de una total política represiva contra el terrorismo, creándose un denominado «derecho penal de excepción» de carácter extremadamente punitivista, que constituyó un enfrentamiento entre el Gobierno de los Estados Unidos contra los sectores extremistas musulmanes; que configuro un estado de guerra. Incluso estas medidas de extrema seguridad fueron cuestión imperante

³⁷ Se puede encontrar referencias al respeto en: LASCANO, Carlos Julio, «La «demonización» del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor», p. 216; DUBBER, Markus D., «Guerra y paz: El Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho penal estadounidense», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 1, BdeF, España, 2006, pp. 685 y ss. MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*. FLAVIO GOMEZ, Luis / BIANCHINI, Alice, «Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal», p. 974. «La presencia masiva de los miserables y los marginados en las cárceles lleva a la construcción de más cárceles privadas, más rentas para quienes las explotan, mueve la economía, da empleo, estabiliza el índice de desempleo, etc. Los pobres y los marginados finalmente pasaran a cumplir una función económica: la presencia de estos en las cárceles genera dinero».

en los países de occidente, esto es, no sólo fue tomado por el país norteamericano, también los países de Europa y latinoamericanos orientaron su política hacia la mayor seguridad y eficacia, teniendo como el medio único o más idóneo al Derecho penal³⁸.

Consecuencia de esta extremada represión, ha sido la creación ilegal de cárceles como Guantánamo, que refleja las reacciones desmesuradas que recaen en las injustificadas restricciones de garantías, quebrantamientos de derechos fundamentales sin ningún tipo de fundamento racional, sólo el de la eficacia y seguridad –para la contención de futuros atentados– sin ningún tipos de límites; pues, estos prisioneros de Guantánamo están aislados y presos indefinidamente, sin acceso a su derecho de defensa, en condiciones infrahumanas, con mecanismos de torturas, incluso no han sido acusados de crímenes ciertos, ni han tenido el beneficio de un proceso judicial, que culmine por lo menos en la declaratoria de culpabilidad³⁹. Con todo lo dicho, ¿es la actuación norteamericana un Derecho penal del enemigo?

Para responder a la interrogante planteada, correspondemos analizar la reacción de la política norteamericana frente al terrorismo, haciendo una diferencia entre guerra y delito o entre guerra y Derecho penal, aparentemente estas dos concepciones tienen mucho en común ya que ambas infligen males a penas justificables dado el nivel de civilización alcanzado, y ambas se encuentran identificados con la venganza y la revancha; por ende, después del los atentados sufrido el once de septiembre hacia los Estados Unidos⁴⁰ es insoslaya-

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo...», p. 1012; GROSSO GARCIA, Manuel Salvador, *¿Qué es y que puede ser el Derecho penal del enemigo*, p. 2. KALECK, Wolfgang, «Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo», p. 132.

³⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El Derecho Penal del enemigo Darf Nicht Sein!...», p. 494. También, al respecto, CALLEGARI, André Luis / ARRUDA DUTRA, Fernanda, «Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 326

⁴⁰ Con respecto al 11-S, un análisis riguroso podemos encontrar: PRITTWITZ, Cornelius, «¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción Derecho penal y guerra», p. 175. El autor se hace cuestionamientos concretos, después del atentado terrorista a los torres gemelas de New York, por ejemplo: *¿reaccionaron en aquel entonces como una guerra a un crimen? ¿fue el presunto crimen mismo también una acción de guerra? ¿se trata de nuevo de reaccionar con prosecución penal y con penas a un crimen de dimensión bélica? O, finalmente ¿fue la guerra la reacción ante un crimen y, por eso, la respuesta misma podría ser calificada como un crimen?*

ble dejar en claro que no se puede interpretar que las dos reacciones sean adecuadas y desenvueltas en el mismo círculo que el Derecho penal.

En efecto, es necesario hacer una diferenciación entre guerra y Derecho penal, aunque muchos de los críticos de esta postura, no opinan que exista una dicotomía o una diferenciación clara entre estas dos formas de ejercer el poder⁴¹. El Estado y también la sociedad tienen que saber clasificar como se va a reaccionar frente a determinados sucesos, dependiendo de la naturaleza de la causa; es decir, según se haya producido una guerra o un crimen, la respuesta será una guerra o una persecución penal respectivamente; por un lado, la guerra como tal permite reaccionar incluso con la muerte del adversario o atentado contra su integridad física, o sea, atentado contra la vida; sin embargo, la sanción que se aplica si es consecuencia de un crimen, es la pena privativa de libertad o ya sea una medida de aseguramiento revestida de garantías y sometido a un debido proceso.

Para dilucidar este asunto, tenemos que preguntarnos ¿se cometió un crimen en el atentado del 11 de septiembre o fue un acto bélico?, la respuesta parece evidentemente: la muerte de los pasajeros de los aviones secuestrados, de las personas que estaban en los edificios atacados, así como los secuestros de los aviones y de las destrucciones provocadas, corresponden a la definición de tipos delictivos de cualquier código penal en el mundo⁴²; por tanto, se configuran como crímenes; consecuentemente, se tendría que responder con la persecución penal, con un proceso y un juicio público, no con una guerra. Pero, existía una gran dificultad en este tipo de reacción; no parecía ser para nada eficaz frente a la conmoción internacional que causó el atentado; por ello, se buscó otra salida que no fue la persecución penal; sino, la guerra o una respuesta netamente militar como medidas de autodefensa contra los ataques terroristas, por ejemplo: las bombas en Afganistán que duraron varias semanas, causando la muerte de muchas personas, logrando por estas operaciones la desactivación del régimen talibán - o al menos se dio esa percepción- que concedía refugio a los terroristas, resultando hechos prisioneros o muertos.

⁴¹ *Ibidem*, p. 177.

⁴² PRITTWITZ, Cornelius, «¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción Derecho penal y guerra», p. 179.

Pero ello no queda allí ¿porqué no es la respuesta norteamericana una identificación con el Derecho penal del enemigo? ¿Acaso solo se entiende que fue una desconfiguración porque se trató de un crimen y se respondió con una guerra?, sería ese un buen argumento para decir, que el trato de dio Estados Unidos a la situación no es derecho penal del enemigo.

Sin embargo, existe una razón más consistente, como se mencionó líneas atrás aparentemente el atentado del 11-S, fue un crimen tipificado en cualquier código de cualquier ordenamiento, o sea, un delito castigado con una pena. Contrariamente a esto no se reacciona con la persecución penal, porque existe una razón mayor: una clara diferenciación entre guerra y delito; en el acto de guerra la fuerza la ejerce de un enemigo respecto de otro; en tanto, el delito sería una agresión de alguien que no se ha declarado previamente como contendiente, en contra de alguien que tampoco lo ha identificado al agresor como adversario. Vistas así las cosas, cuando un determinado grupo de personas, que se han denominado previamente como enemigos de un determinado Estado, ya sea de su política o de su propia cultura, y que este Estado también los haya declarado como enemigos como sucedió con Estados Unidos y sus aliados que, de ante mano, habían declarado a estos grupos extremistas musulmanes como enemigos. Efectivamente, los actos terroristas en contra de EE.UU. que cobró la vida de innumerables personas en New York, se trató de una guerra entre enemigos y no de un delito, ya que estas reacciones; ya sea, de Al Qaeda contra los Estados Unidos y sus aliados o viceversa, constituyeron acciones hostiles entre contrincantes declarados y identificados el uno con el otro como tales y no actos criminales ni delitos; por tanto, no responde a la lógica del derecho, sino a la de la guerra. Ya que el Derecho penal del enemigo o el propio Derecho penal, se caracterizan por la retribución del daño causado, la prevención general positiva frente a futuros actos delictivos ya sea por los hechos cometidos o por la manifestación de peligrosidad que permiten también la reinserción del autor en la medida que este muestre ser orientados por las normas; sin embargo, en la guerra lo que se busca es la eliminación a todas costas de los enemigos⁴³.

⁴³ Estas ideas son tomadas del autor GROSSO GARCÍA. ¿Qué es y que puede ser el Derecho penal del enemigo, pp. 18 y ss. Textualmente afirma: ... *si los actos terroristas llevados a cabo por Al Qaeda no pueden ser calificados como delitos en su sentido tradicional, entonces, la reacción que los países occidentales emprendieron en su contra tampoco pue-*

Por otro lado, muchos críticos al cuestionar estas normas del derecho penal del enemigo inician haciendo una visión futura aduciendo que esta conduce a la reaparición de los Estados totalitarios, debido a la existente diferencia entre quien detenta el Poder para manejar las políticas de represión e instrumentalizar al derecho penal y quienes están sometidos a ellos que son los ciudadanos; así queda clara la diferencia que no lleva a otra cosa que a establecer medidas punitivas que califican de enemigos –mas no describen– a sujetos que si bien su conducta puede ser reiterada, muchas veces constituyen su modo de vida, lo paradigmático de esto es que siempre estos sujetos pertenecen a clases sociales que viven en la pobreza; por tanto, se habla de una criminalización de la pobreza identificada con la teoría de la «Tolerancia Cero», que constituye una política criminal adoptada por el legislador para combatir la delincuencia callejera de baja intensidad, o comportamientos simplemente molestos socialmente, o de dudoso merecimientos de pena, pero que inciden directamente en la vida cotidiana del ciudadano que nutren principalmente los discursos políticos⁴⁴ que además no demuestran ninguna eficacia y hasta suelen ser medida de tipo racistas.

Este tipo de reacción que monopoliza al Derecho penal como instrumento de represión u opresión se muestra en el programa Neoyorkino de la «Tolerancia Cero» que criminaliza la pobreza, la marginalidad, la homosexualidad, la prostitución, y la situación de los inmigrantes; siendo una de las últimas versiones desmesuradas del poder punitivo⁴⁵. Ahora bien, cuando se habla del Derecho penal

den llamarse Derecho penal, a pesar de que la consecuencia de muchos de ellos haya sido la captura y privación de la libertad de algunos de sus enemigos, en la medida de que los individuos que se encuentran en la actualidad privados de libertad, lo están en la condición de prisioneros de guerra y no de ciudadanos capturados o detenidos por el Derecho penal. (...) Ahora bien si lo que se quiere es identificar en este tipo de reacciones un Derecho penal de enemigos, que no respeta los límites propios de un Derecho internacional humanitario, o del Derecho penal internacional, y que también en este campo se estarían corriendo los límites, como acontece con los fenómenos del derecho interno, entonces de lo que se está hablando no es de Derecho penal del enemigo, sino de acciones criminales del Estado para perseguir al enemigo, es decir, la violación del derecho internacional humanitario por parte de los Estados que toman estas medidas.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, pp. 29 y ss. La política o teoría de la tolerancia cero que fue propiciado por William Bratton, asesor del alcalde de New York, Rudolph Giuliani al principio de los años noventa que tuvo como inspiración la política de la *law and order*.

⁴⁵ FLAVIO GÓMEZ, Luis / BIANCHINI, Alice, «Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal», pp. 950 y ss.

del enemigo, se hace alusiones a determinadas reglas que sancionan a forma excepcional determinadas conductas que en gran medida lesionan la estabilidad social y la estructura del Estado; por tanto, un fundamento central de estas reglas es su grado de intensidad de lesión; por ejemplo, delitos contra la paz pública, la seguridad jurídica, el clima favorable al derecho, se trata de elementos imprescindibles para el desenvolvimiento de la vida social. Así es legítimo incriminar las conductas de las asociaciones terroristas por la propia esencia ilícita de las mismas, sin esperar que dicha asociación lleve a cabo o consume sus actos terroristas⁴⁶. Cuestión que no es similar a las conductas criminalizadas por el sistema de la «tolerancia cero». Por otro lado, por la situación actual de cualquier sociedad del mundo, con el avance de la tecnología, evolución de la ciencia, la aperturas de las fronteras, y la comunicación; que son resultado de la globalización, no se puede pensar que existen delincuentes innatos identificados por su condición social, situación económica, modo de vida, que aparentemente demuestran «mayor peligrosidad», creando medidas represivas orientadas hacia un Derecho penal de autor netamente autoritario.

No obstante, el Derecho penal del enemigo se estructura para aquellas formas de criminalidad organizada que han superado las formas de criminalidad personalizada o colectiva, que no tenían la especialización, ni los medios para consumir delitos de alta gravedad, como ocurre en los últimos años. La especial preparación y complejidad de estas organizaciones, constituyéndose incluso en empresas criminales; muestra que, ya no están encuadradas en las clases sociales más baja; por el contrario, el terrorismo, el narcotráfico, son financiados económicamente e introducen las ganancias ilícitas al mercado (lavado de activos)⁴⁷. Además, con la aparición de los delitos económicos queda aclarado que estas normas no están orientadas hacia la criminalización, ni selectividad de las estratos sociales marginales, en sentido económico, porque inclusive se pueden manifestar los enemigos, en la delincuencia de cuello blanco, referido a sujetos que tienen las mejores posiciones económicas en una sociedad.

El Derecho penal del enemigo, describe a los enemigos no de manera selectiva, no por tendencias e intereses externos al Derecho

⁴⁶ POLAINO ORTS, *Derecho Penal del enemigo*, p. 31.

⁴⁷ MOCCIA, «Seguridad y sistema penal», p. 307.

penal; sino, para la protección de los bienes esenciales de la sociedad; por ejemplo: se autoexcluyen sujetos, que con su proceder se muestran hostiles a la configuración normativa de la sociedad, caracterizados por la habitualidad y profesionalidad de sus actividades; pero, sobre todo, por su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho rechazando la legitimidad del sistema jurídico y persiguiendo su destrucción, que desde en plano objetivo pone en quiebra la estructuración normativa de la sociedad. Se puede mencionar la existencia en España de la organización terrorista independentista denominada ETA⁴⁸ que tiene como modo operandi en la sociedad, los secuestros, las extorsiones económicas amenazando; no solo la seguridad de la sociedad, sino, la vida y libertad de sus miembros. Los catalogados como etarras que son los integrantes de la organización han recibido un trato excepcional dentro de la legislación española debido a la continuidad e intensidad de sus ataques a la paz social.

En el caso del terrorismo, podemos mencionar tres características sobresalientes que demuestran su alto grado de peligrosidad: 1) la realización de delitos especialmente graves, que por su entidad son idóneos para producir aquella intimidación y conmoción; 2) la existencia de una estructura organizada estable, desde donde se planifican los delitos, lo que le da verosimilitud a la amenaza; es decir, ya no se trata de algo subjetivo o de una intervención en el pensamiento de los ciudadanos sino que muestran un peligro real, 3) la finalidad de causar grave intimidación o fuerte conmoción social o decaimiento de la seguridad cognitiva, que se materializa en la forma de planificar y realizar los crímenes y en la propia existencia de la organización⁴⁹. Por tanto, ponen en jaque la configuración del Estado, del Derecho y de las libertades de los ciudadanos. En el caso peruano, se castiga la sola pertenencia a dicha organización terrorista con pena privativa de la libertad no menor de veinte años (art.5 del decreto legislativo 25.475) o la apología al terrorismo con pena privativa de la libertad de hasta doce años (art. 316 tercer párrafo del CP), asimismo en el

⁴⁸ FARALDO CABANA, Patricia, «Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: Consolidación de un subsistema penitenciario de excepción», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006, p. 760.

⁴⁹ ASUA BATARRITA, Adela, «El Discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas» y conductas periféricas», en *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, España, 2006, p. 260.

ámbito procesal se restringen ciertas garantías por ejemplo: el plazo máximo de detención preventiva puede llegar hasta 15 días naturales o queda a discrecionalidad del juez ampliarlo, de la misma forma en el plano penitenciario se limita y endurece las condiciones necesarias para la obtención de beneficios penitenciarios, previstos en el Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo 927), lo cual es manifestación de las características de un Derecho Penal del Enemigo⁵⁰.

Con respecto a la criminalidad organizada, por las característica de especial peligrosidad que presentan estas asociaciones ilícitas, así se castiga, no sólo la lesión concreta de bienes jurídicos que pueden incurrir estas organizaciones; sino que, se castiga por el sólo hecho de su gestación (delito de asociación ilícita para delinquir, art. 317 del CP). Además, cuando se intenta introducir sus ganancias como legales (ley contra el lavado de activos). Por tanto, las dos actividades características de la criminalidad organizada como son el tráfico ilícito de drogas y los secuestros configuran un trato excepcional dentro del ordenamiento, incluso existe recorte de los beneficios penitenciarios respecto a los secuestradores⁵¹. De la misma forma, en los delitos sexuales y delitos de corrupción se encuentran las mismas referencia acerca de un trato específico y racionalmente drástico, consecuencia de la poca seguridad cognitiva que exteriorizan de estos sujetos.

VIII. Resumen

1. Es indiscutible que el Derecho penal del enemigo, que pregona dogmáticamente el Catedrático de la Universidad de Bonn, Günther JAKOBS; se corresponde con la lógica de un nuevo enfoque de la política criminal hacia la contención de determinadas formas de criminalidad que permiten, en la medida de lo necesario, la actuación excepcional; reflejado en un trato diferenciado, para los que son considerados enemigos desde una perspectiva netamente jurídica. Efectivamente, la diferencia normativa entre ciudadano y enemigo, parte de una descripción jurídico científica, el cual aplica al primero un Derecho penal respetuoso de las garantías y derechos, y al segundo, un derecho penal con restricciones, como medida de aseguramiento frente al sujeto peligroso.

⁵⁰ GARCÍA CAVERO, «¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?» p. 931.

⁵¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, «El injusto en los delitos de organización: Peligro y significado», en *Crimen organizado. Tipicidad, política, investigación y proceso*, ARA Editores, 2009, pp. 33 y ss. GARCÍA CAVERO, Percy «¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?» p. 932 y ss.

2. Estas normas excepcionales, son consecuencia lógica de un nuevo orden en el mundo caracterizado por la complejidad de las relaciones sociales, los avances tecnológicos, la manifiesta globalización, que incrementan los riesgos en la sociedad, enfrentándose a contingencias reales; es decir, como toda sociedad esta tiene que garantizar el mínimo de seguridad cognitiva⁵² para que sus normas tengan una corroboración fáctica; por tanto, permitan orientar las conductas de los ciudadanos. Comportamiento que no es manifestado por determinados sujetos, los cuales carecen de base cognitiva para orientar sus conductas con respeto hacia las normas, debido a que demuestran extremada peligrosidad, para el sistema social y para las libertades de sus ciudadanos; caracterizado por el ataque a las normas de flanqueo que desestabilizan y generar peligro en la configuración del Estado, la sociedad y por tanto el Derecho.

3. Así las cosas, en ocasiones excepcionales, el Estado podría contar con poder renunciar a este contexto de una realización plena de las libertades individuales abogando por la aparición de nuevos bienes jurídicos y nuevos riesgos en la sociedad., necesitadas de una protección penal, exclusivamente en lo necesario y no traspasando los límites⁵³. Si analizamos esto a la inversa y se tratase de proteger de forma ilimitada la libertad individual de los miembros de la sociedad -garantismo penal- a costa de esta, se generaría el deterioro del funcionamiento del sistema social, y sin ello ¿sería posible la libertad individual de las personas? La respuesta es no; pues, las libertades no solo se entienden en el sentido de las garantías que tiene todo procedado sino también en aquella que garantice que las personas se desenvuelvan y se proyecte en sociedad.

4. En efecto, teniendo en cuenta los elementos estructuradores del Derecho penal del enemigo, esto es, el amplio adelantamiento de las barreras de punibilidad en dirección al hecho futuro, una aparente «ausencia de proporcionalidad en las penas», el establecimiento de una lucha contra determinados tipos de delincuencia, supresión de garantías procesales, restricción de beneficios penitenciarios. Por la coyuntura de estas medidas, existe un marco el cual este Derecho penal del enemigo no puede traspasar sin ser sometido a un análisis de legitima-

⁵² JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, España, 2004, p. 43.

⁵³ JAKOBS, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, p. 87.

ción para no llegar a una política criminal guiada -ya no por la racionalidad, necesidad ni proporcional- sino, por la criminalización de todo peligro que se genera en la sociedad afianzándose en una democracia populista desmesurada cuya orientación no analiza los verdaderos orígenes ni las cuestiones legitimadoras de un derecho penal de excepción, que no debe ser confundido con este tipo de actuación.

5. La identificación desacertada del Derecho penal del enemigo con todas aquellas practicas violentas del Estado, parte de una concepción inexacta de la política criminal aplicada por los legisladores orientada a la persecución de cualquier «fuente de peligro», afianzado por los medios de comunicación, para obtener una aparente solución a los problemas que se muestra en el uso político del Derecho penal; que no parte exclusivamente de una referencia jurídica del enemigo; por el contrario, parten de la concepción de enemigos desde planos externos al derecho, como la denominación de enemigos desde una perspectiva política, económico, sociológica, moral, bélica, religiosa, racial, entre otros. Consecuentemente, hipertrofia el concepto del Derecho penal del Enemigo⁵⁴.

6. Por lo tanto, no es admisible una comparación entre los regímenes totalitarios de excepción orientados hacia la contención de los ciudadanos por razones políticas como sucedió con Hitler, Mussolini, Stalin o Franco. No se basa en ideologías de este tipo, ni crean enemigos por naturaleza, ni desde perspectivas ontológica, sino que, tienen que encontrar límites jurídico-penales en una idónea elaboración política y dogmática⁵⁵. Y, límites materiales en el respeto por la vida de los sujetos, la prohibición de las torturas, los tratamientos inhumanos, la selectividad marginal reflejada en la criminalización basada en diferencias sociales más que en circunstancias objetivas de peligrosidad del delincuente.

Bibliografía

APONTE, Alejandro, «Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano Günther Jakobs y los avances de un Derecho

⁵⁴ GROSSO GARCÍA, «¿Qué es y que puede ser el «Derecho Penal del enemigo»?», p. 21.

⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho Penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho*, p. 836. Con respecto a las organizaciones criminales: *Desde el punto de vista político criminal general, una vez que es evidente que existe un interés político en actuar de forma especial contra las organizaciones criminales, hay que determinar dogmáticamente cual puede ser el fundamento de una mayor penalidad para dichas organizaciones.*

penal de la enemistad» - «Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006

ALLER, Germán, «El Derecho penal del enemigo y la sociedad de conflicto», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006.

ABOSO, Gustavo Eduardo, «El Llamado «Derecho penal del enemigo» y el ocaso de la política criminal racional: El caso Argentino», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006.

ASUA BATARRITA, Adela, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, «finalidades terroristas» y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, España, 2006.

BELLO RENGIFO, Carlos Simón, «Las razones del Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, España, 2006.

CALLEGARI, André Luis / ARRUDA DUTRA, Fernanda, «Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

CALLEGARI, André Luis, «Control Social y Criminalidad Organizada», en *Crimen Organizado. Tipicidad, Política, Investigación y Proceso*, ARA Editores, Lima, 2009.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, BdeF, Buenos Aires, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «El Injusto en los Delitos de Organización: Peligro y Significado», en *Crimen Organizado. Tipicidad, Política, Investigación y Proceso*, ARA Editores, 2009.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización del principio de legalidad», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha*, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2000, <http://www.cienciaspenales.net>

CORNACCHIA, Luigui, «La Moderna Hostis Indicatio, entre norma y Estado de excepción», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El Derecho penal del enemigo Darf Nicht Sein! Sobre la ilegitimidad del Llamado «Derecho Penal del Enemigo» y la Idea de Seguridad», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la Sociedad de Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-01p.01-01:37.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena», *Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91)*, Cuenca, 2003, <http://www.cienciaspenales.net>

DONINI, Massimo, «El Derecho penal frente al enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

DUBBER, Markus D., «Guerra y Paz: El Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del Derecho penal estadounidense», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

DURAN MIGLIARDI, Mario, «El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

FARALDO CABANA, Patricia, «Medidas Prémiales Durante la Ejecución de Condenas por Terrorismo y delincuencia Organizada: Consolidación de un Subsistema Penitenciario de Excepción» en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, «EL Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

FERRAJOLI, Luigui, *La Pena, Garantismo y Democracia*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 1999.

FLAVIO GÓMEZ, Luis / BIANCHINI, Alice, «Derecho penal del enemigo y los Enemigos del Derecho Penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA CAVERO, «¿Existe y debe Existir un Derecho penal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs,» en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Normatividad del ciudadano Versus facticidad del Enemigo: Sobre la necesaria autoreorientación de la normativizarían jurídico-penal», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, «Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del «Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 07-02. P 02:02:43.

GRECO, Luis. «Acerca del Llamado Derecho Penal del Enemigo», en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, «¿Qué es y que puede ser el Derecho penal del enemigo. Una Aproximación Crítica al Concep-

to», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

HEFENDEHL, Ronald, «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto».

JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal del Enemigo*, Thomson Civitas, 2003, Madrid.

JAKOBS, Günther, «¿Terroristas como personas en Derecho?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.2, BdeF, Buenos Aires, 2006.

JAKOBS, Günther, *Dogmatica de Derecho penal y la Configuración Normativa de la Sociedad*, Thomson Civitas, España, 2004.

JAKOBS, «¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juricidad», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.2, BdeF, Buenos Aires, 2006.

AMBOS, Kai, «Derecho Penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

KALECK, Wolfgang, «Sin llegar al fondo. La discusión sobre el Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.1, BdeF, Buenos Aires, 2006.

LASCANO, Carlos Julio, «La insostenible 'modernización del derecho penal' basada en la 'tolerancia cero' desde la perspectiva de los países 'emergentes», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.2, BdeF, Buenos Aires, 2006.

MORENO, Juan Damián, «¿Un Derecho procesal del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.23, BdeF, Buenos Aires, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, INEJ, Nicaragua, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre «el Derecho penal del enemigo»*.

MUÑOZ CONDE, Francisco, «El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de «los extraños de la comunidad» El Proyecto Nacionalsocialista sobre el Tratamiento de los «Extraños a la Comunidad». 151-180. *Revista Cenipec*. 20. 2001. Enero - Diciembre. ISSN: 0798-9202.

PEREZ DEL VALLE, Carlos, «Derecho penal del enemigo ¿escenario o prevención de peligros? en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol.2, BdeF, Buenos Aires, 2006.

POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho Penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006.

POLAINO ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima.

PRITTWITZ, Cornelius. ¿Guerra en tiempos de paz? Fundamento y límites de la distinción Derecho penal y guerra.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2ª ed., BdeF, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006.

HACIA UNA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL PERUANO SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL SECRETO Y LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES

ELIZABETH CORNEJO ESPILCO¹

¹ Abogada por la Universidad Particular de San Martín de Porres (Lima - Perú). Se desempeña como Asesora Legal de América Móvil Perú SAC (Claro Perú). Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones. Tiene estudios de Postgrado en Derecho Minero y Derecho Ambiental en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima - Perú). Ha intervenido como conferencista, panelista y ponente, así como ha efectuado publicaciones, en materia de Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

RESUMEN: Siguiendo el desarrollo de la doctrina constitucional y la evolución de la tecnología en telecomunicaciones, especialmente la telefonía móvil, se requiere reformar los tipos penales del Capítulo IV del Título IV del Libro II del Código Penal, referidos a los delitos que atentan contra el secreto de las comunicaciones. Para lo cual, se requiere efectuar una revisión de los bienes jurídicos involucrados en los actos que afectan las comunicaciones, identificar que actos constituirían ilícitos penales, distinguir cuando un acto vulneratorio atenta contra el secreto de las comunicaciones y en qué casos se afecta la libertad de las comunicaciones, incorporar algunas medidas contra el uso de los bienes utilizados para vulnerar ambos bienes jurídicos y regular de manera armónica las sanciones penales de los distintos ilícitos penales.

1. Introducción

La doctrina constitucional en cuanto a los derechos constitucionales relacionados a las comunicaciones, ha sufrido una importante evolución, pasó de una dependencia al derecho a la intimidad a tener una autonomía ontológica e, incluso, distinguirse entre el derecho al secreto de las comunicaciones² y el derecho a la libertad de las comunicaciones³.

Esto incide en el Código Penal peruano de 1991, que regula algunos delitos vinculados con el secreto de las comunicaciones, aunque como veremos a continuación, hay confusión en cuanto al bien jurídi-

² Es aquel derecho de quienes participan directamente en el proceso comunicativo, a través de las redes de comunicación, a que terceros no intervengan en dicho proceso comunicativo, en sus aspectos internos y externos, así como en sus presupuestos, salvo autorización judicial o de esas partes intervinientes; lo cual genera la obligación por parte de los operadores de los servicios públicos de comunicaciones de coadyuvar a la protección de dicho derecho fundamental.

³ Este derecho consiste en que toda persona goza de la protección de poderse comunicar, lo cual implica el derecho a acceder y utilizar los distintos medios técnicos que constituyen el canal de comunicación y permiten el intercambio de datos e información con otros.

co protegido y los tipos penales se orientan a la protección de los aspectos internos de la comunicación, especialmente, si se refieren a aspectos de la vida íntima; también se aprecia una fuerte tendencia a dar protección de las comunicaciones epistolares y telegráficas, encontrando una mínima referencia a las comunicaciones telefónicas, siendo más saltante el desfase existente entre los tipos penales que consignan nuestro Código Penal y el desarrollo de la tecnología en las telecomunicaciones, lo cual provoca que muchas conductas que atenten contra el secreto de las comunicaciones telefónicas, no se encuentren comprendidas dentro de un tipo penal, resultando necesaria una reforma legislativa.

Para una debida comprensión del análisis y de las propuestas de reforma que se realizarán, es necesario mencionar que desde un ángulo jurídico, el ámbito de protección del derecho de las comunicaciones, comprende a los aspectos internos⁴ (contenido de la comunicación), a los aspectos externos de la comunicación⁵ (datos de existencia de la comunicación) y a los datos de la línea telefónica⁶ (presupuesto de la comunicación).

⁴ Es todo aquello que se transmite de una persona a otra, que dependiendo del medio utilizado puede ser de carácter vocal (conversación, correo de voz etc.) como una comunicación de datos (mensajes de texto, mensaje multimedia, video, fotos, etc.) o comunicación escrita en sentido lato (cartas, telégrafos, télex), que se cursen a través de cualquiera de sus redes u otros medios que la tecnología permita.

⁵ Entre estos datos tenemos los siguientes:

- a) La información sobre facturación detallada.
- b) La información del tráfico de un abonado o usuario.
- c) Los mensajes de texto (SMS) y multimedia (MMS), entrantes y salientes.
- d) El origen, destino, realización, curso, duración de una comunicación.
- e) Los datos codificados o decodificados de los registros de las llamadas.
- f) La ubicación de las celdas por las cuales operó la línea celular.

Los documentos, contenidos en soporte físico o magnético, y bases de datos que contengan la información referida en los acápite precedentes; incluso aquellos elaborados por las empresas que prestan servicios de televisión por cable o de acceso a Internet.

⁶ Encontramos los siguientes datos:

- a) Línea asociada al SIM CARD, IMEI asociado a la línea y SIM CARD insertados en IMEI.
- b) Información sobre robo, hurto o pérdida de línea o equipo terminal.
- c) Información sobre si la línea se encuentra habilitada para hacer y recibir llamadas, así como la fecha de activación o desactivación de la línea.
- d) Información sobre Número de PIN y/o PUK de la línea telefónica.
- e) Informar por el número de Tarjeta de Recarga (físico).
- f) Lugar y/o fecha de adquisición (Punto de venta).

2. Análisis del Código Penal peruano de 1991, sobre los delitos aplicables al secreto de las comunicaciones

El vigente Código Penal regula entre los artículos 161° al 164°, los delitos que vulneren el secreto de las comunicaciones, de la siguiente manera:

- a) Artículo 161°: Violación de la correspondencia.
- b) Artículo 162°: Intervención telefónica.
- c) Artículo 163°: Frustración de correspondencia epistolar o telegráfica.
- d) Artículo 164°: Publicidad indebida de correspondencia epistolar o telegráfica.

Asimismo, encontramos otros delitos que indirectamente estarían vinculados con el secreto de las comunicaciones telefónicas, como aquellos que implican violación de la intimidad o un atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria o se encuentran considerados como delitos informáticos:

- a) Artículo 154°: Violación de la intimidad.
- b) Artículo 156°: Revelación de la intimidad personal o familiar.
- c) Artículo 157°: Organización y uso indebido de archivo computarizados.
- d) Artículo 207-A°: Interferencia, acceso o copia ilícita contenida en base de datos.
- e) Artículo 207-B°: Alteración, daño o destrucción de base de datos.

Para realizar un análisis más exhaustivo consideramos conveniente estudiar en primer lugar cual es el bien jurídico protegido en el capítulo correspondiente a los delitos consignados como violación del secreto de las comunicaciones⁷ y, posteriormente, la tipicidad objetiva en los delitos regulados en el Código Penal Peruano.

2.1. Bien jurídico protegido

Debido a la confusión existente en el plano constitucional respecto al bien jurídico tutelado con el derecho al secreto de las comunica-

⁷ En cuanto a los bienes jurídicos de los delitos indirectamente vinculados al secreto de las comunicaciones, consideramos que no es necesario su estudio, en el objeto de tutela jurídica de estos delitos prevalecen otros derechos distintos a los que regula a través del inciso 2 del artículo 10° de la Constitución Política del Perú.

ciones, es que tanto en la doctrina penal nacional y extranjera no hay unanimidad en relación a cuál es el bien jurídico que se protege entre los artículos 161° al 164° del Código Penal.

Algunos autores que consideran que existen cuatro bienes jurídicos protegidos distintos por cada uno de los tipos penales que se regulan en el Capítulo IV del Título IV del Libro II del Código Penal; siendo algunos vinculados al derecho al secreto de las comunicaciones y otros al derecho a la intimidad u a otros conceptos. Mientras que otros autores sustentándose en lo establecido en la Constitución, señalan que lo protegido viene a ser la inviolabilidad de las comunicaciones y, finalmente encontramos algunos doctrinarios que establecen que lo que es materia de tutela jurídica es el secreto de las comunicaciones

En cuanto al delito de publicación indebida de correspondencia privada, el bien jurídico protegido para Javier Villa Stein viene a ser la intimidad personal⁸, lo cual concuerda con las posturas que subordinan hacia el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, posición doctrinaria que está perdiendo vigencia al reconocerse la autonomía a este último derecho mencionado; mientras que Luis BRAMONT-ARIAS TORRES y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO⁹, señalan que lo tutelado es la inviolabilidad de la correspondencia.

Por su parte, en el delito de supresión o extravío de correspondencia, VILLA, siguiendo a SOLER, indica que el bien jurídico protegido es la libertad en comunicación¹⁰, a nuestro parecer, la libertad de comunicación o el derecho a comunicarse, es lo que se protege con el secreto y no al revés; en cambio, BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, consideran que se protege a las comunicaciones¹¹, definiendo a éstas como el derecho a tener un conocimiento reservado de las comunicaciones, manifestando una confusión entre el derecho subjetivo que se tutela y el objeto material que se regula jurídicamente.

En relación al delito de interferencia telefónica o similar, VILLA, sustentándose en LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, manifiesta que el bien ju-

⁸ *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I-B, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 158.

⁹ *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1996, p. 195.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 156.

¹¹ *Op. cit.*, p. 193. Los autores expresan que las comunicaciones deben ser entendidas como el derecho que tienen las partes que se relacionan, a tener un conocimiento íntimo o reservado de sus comunicaciones.

rídico protegido es la intimidad personal comunicativa, que significa el secreto que tienen las personas en sus comunicaciones¹², este concepto también implica una subordinación del secreto de las comunicaciones hacia la intimidad.

Por su parte, SALINAS¹³, sostiene que lo que se protege a través de los ilícitos penales tipificados es la inviolabilidad de las comunicaciones, entendido como el derecho a la libertad que tiene toda persona a guardar en secreto los contenidos de sus comunicaciones; es decir, a comunicarse libremente, sin interferencias ni coacciones de algún tipo, definición que no es correcta por cuanto el concepto versado por dicho autor se refiere al secreto y no a la inviolabilidad, lo cual queda corroborado cuando define al derecho al secreto de la comunicación como aquel que tiene toda persona a mantener en reserva su comunicación. Aunque al tratar sobre el delito de desvío o supresión de correspondencia, SALINAS¹⁴ menciona que lo que se protege no es la inviolabilidad, ni el secreto de las comunicaciones, sino que se resguarda que las comunicaciones lleguen a su destinatario.

Como se podrá apreciar de la reseña efectuada de las opiniones de la doctrina nacional, se confirma lo manifestado al inicio del presente numeral, nos encontramos que la confusión terminológica originada por la deficiente redacción del inciso 10 del artículo 2° de la Constitución, se traslada a los estudiosos del derecho penal, lo cual se agudiza con la tendencia de subordinar hacia el derecho a la intimidad¹⁵ y a la libertad de comunicaciones que se hace del derecho al secreto de las comunicaciones, así como con el desconocimiento de los verdaderos alcances de los presupuestos y de los aspectos externos e internos de las comunicaciones, producto del desarrollo tecnológico en las telecomunicaciones.

En cuanto al bien jurídico protegido, debemos señalar como una regla de política legislativa, que la agrupación de tipos penales dentro

¹² *Op. cit.*, p. 153.

¹³ *Op. cit.*, p. 553.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 563.

¹⁵ En ese sentido, DAMIANOVICH, Laura y MORAS Moni, Jorge, expresan que la incriminación de conductas que violan el secreto de las comunicaciones constituye una faceta de la tutela a la libertad en su aspecto de derecho que los ciudadanos tiene a su intimidad, no es ya la protección de ésta en el lugar donde se ejerce los derechos en la forma establecida por su titular, sino en el instrumento por medio del cual hará partícipe de la misma sólo a alguien y de manera excluyente. *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1972, p. 255

de un capítulo o un sub capítulo obedece a que compartan un bien jurídico tutelado o existe más de un bien jurídico tutelado referidos a un mismo objeto; en el presente caso, se trata de aclarar que bien o bienes jurídicos se deben proteger para tipificar aquellos delitos que involucren una vulneración de las comunicaciones; en ese sentido, coincidiendo con Raúl PEÑA CABRERA¹⁶, consideramos que el bien tutelado protegido en el ámbito penal, viene a ser el secreto de las comunicaciones, en el caso de vulneraciones de los aspectos internos (contenido) y externos (existencia) de las comunicaciones, así como sobre los datos sobre la línea telefónica; sin embargo, cuando se busca dificultar o impedir que se produzca una comunicación, nos encontramos frente a la libertad de la comunicación, como el bien jurídico vulnerado.

Por su parte, como correctamente expresa, Manuel ABASTOS¹⁷, la inviolabilidad no es condición del secreto sino que sucede lo contrario, resulta que el secreto es la causa y condición para que una comunicación sea inviolable; en consecuencia, no se puede considerar a la inviolabilidad de las comunicaciones como bien jurídico tutelado.

Por su parte, Miguel BAJO FERNÁNDEZ y Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO¹⁸, hacen una serie de precisiones sobre cuál es la relevancia jurídica penal del secreto, al cual definen como el conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto a otras. Esto implica que quedan excluidos los denominados secretos absolutos¹⁹, y, más bien se encuentran inmersos, los secretos voluntarios²⁰ y los secretos fortuitos²¹.

2.2. Tipicidad objetiva

En esta sección se podrá apreciar el aludido desfase entre la norma penal y el desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones, por cuanto, se aprecia una constante referencia a la correspondencia pos-

¹⁶ *Op. cit.*, p. 582.

¹⁷ Citado por PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 2ª ed., Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 582.

¹⁸ *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Arias, Madrid, 1995, p. 155.

¹⁹ Son aquellos que nadie conoce o puede explicar.

²⁰ Son aquellos donde el conocimiento reservado se produce por un impedimento consciente del poseedor del mismo.

²¹ Son aquellos donde el carácter reservado es independiente de todo acto consciente de sus poseedores.

tal y a la protección del aspecto interno de la comunicación (especialmente la oral y la escrita, obviando otros tipos de contenido), dejando impune cualquier vulneración a los aspectos externos de la comunicación y a los presupuestos de ésta, salvo si la conducta se encuentra enmarcada dentro de los delitos informáticos.

Para una debida comprensión de los actos materiales, y tomando como base los conceptos de los derechos al secreto y a la libertad de las comunicaciones, es necesario distinguir que los actos vulneratorios a la libertad de las comunicaciones se encuentran a la sustracción, el extravío, la desviación del curso, la supresión y la interferencia. Mientras que el secreto de las comunicaciones se afecta con la apertura, la escucha, el tratar o facilitar el conocimiento, la intervención, el acceso, la interceptación, la grabación, la incautación, la utilización, la alteración o cambio de texto.

Para un mejor análisis y comprobación de las deficiencias que se denuncian, es conveniente que la tipicidad objetiva se revise en cada uno de los delitos que se regulan en el Código Penal de 1991.

1) Violación de correspondencia²²

También denominado por la doctrina como apertura o apoderamiento indebido de la correspondencia²³. Comencemos por precisar que el objeto material en este delito, como bien señala PEÑA, la noción de correspondencia que interesa en el ámbito penal no se restringe a lo definido por la normatividad postal²⁴, sino que más bien se extiende a otros medios de transmisión de las comunicaciones diferentes a las cartas, tales como los pliegos, telegramas, radiogramas, despachos telefónicos y otros de naturaleza análoga; es decir se trata de utilizar a un documento escrito como vehículo de transmisión de la comunicación²⁵.

Como se podrá apreciar, la vinculación directa con la comunicación telefónica se da a través de los despachos telefónicos, que viene a

²² «Artículo 161.- El que abre, indebidamente, una carta, pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga, que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa».

²³ SALINAS, *op. cit.*, p. 550.

²⁴ *Op. cit.*, p. 585.

²⁵ Recordando lo expresado en el Capítulo I, sobre el concepto de comunicación, no se encuentran incluidas las encomiendas debido a que no contienen comunicación de ideas.

ser la hoja de papel en la que se comunica una noticia o llamada transmitida por teléfono²⁶. Aunque consideramos que también podrían incluirse otras fórmulas documentales de carácter electrónico o digital, que también son parte de la diversa clase de contenidos que se transmiten a través de la telefonía móvil, como pueden ser los mensajes de texto, los mensajes multimedia, chat, correo electrónico, etc.²⁷.

En cuanto a las conductas, la norma establece únicamente dos supuestos²⁸:

a) Abrir: De acuerdo a VILLA, implica toda forma física o electrónica de poner al descubierto el contenido de una comunicación²⁹; es decir, se trata de quebrar o superar cualquier obstáculo o medida de seguridad que proteja el contenido de una comunicación³⁰.

b) Apoderar: Conforme a BRAMONT-ARIAS y GARCÍA³¹, se le debe entender como toda acción destinada hacer ingresar el documento, previamente sustraído, en la esfera de custodia del sujeto activo, lo cual se realiza impidiendo que la comunicación llegue a su destino o extrayéndolo del dominio de quien tenga el documento que contiene el mensaje, consideramos que el hecho punible también pueda acon-

²⁶ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 190. Según FONTÁN BALESTRA, Carlos, también se comprenden a los despachos radiotelefónicos aún cuando hayan sido transmitidos por emisoras particulares. *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Guillermo LEDESMA, 14^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995, p. 355.

²⁷ En ese mismo sentido, sobre el correo digital, REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 176.

²⁸ Cabe precisar que la norma penal establece un elemento normativo del tipo que consiste en que ambas formas de injerencia deben realizarse en forma indebida para el perfeccionamiento de la conducta oponible, es decir el agente debe proceder sin ningún amparo legal aparente. SALINAS, *op. cit.*, p. 553.

²⁹ *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I-B, p. 151.

³⁰ PEÑA, refiere la existencia de una discusión en la doctrina, en considerar como acto punible, el hecho de que el agente logre leer el contenido de un documento a través de un sobre o papel transparente, lo cual puede suceder con un despacho telefónico, *op. cit.*, pp. 586-587. A nuestro parecer, sí se trata de un hecho punible, debido a que lo que se busca proteger es que no se acceda por cualquier medio al contenido de la comunicación, como se podrá observar se está utilizando un concepto muy amplio del verbo abrir, consideramos necesario asumir para evitar vulneraciones a los derechos de las personas.

³¹ *Op. cit.*, p. 189. Como correctamente señalan los autores, no se exige que el documento esté cerrado, ni importa que el documento sustraído ya hubiere sido leído por el destinatario. Asimismo, según DAMIANOVICH y MORAS, *op. cit.*, p. 258, tampoco es relevante que el agente haya accedido al contenido de la comunicación ni lo medios comisivos para el apoderamiento.

tecer si el documento aún se encuentra en la esfera del emisor, a diferencia de lo que sostienen los autores citados que sólo mencionan al destinatario.

Esta doble acción de sustracción y apoderamiento de la comunicación (posición a la que nos adherimos) hace que sea incorrecto, el supuesto comentado por PEÑA³², de que es un hecho punible, la retención que hace una persona de una comunicación recibida por error, al no remitir ésta de manera inmediata al verdadero destinatario; este acto de devolución, en muchas ocasiones, no es factible en las comunicaciones telefónicas móviles, tal como acontece con los mensajes de texto, por desconocer a quién y dónde remitir la comunicación erróneamente recibida.

2) Intervención telefónica³³

En este delito, el objeto material que se protege es la conversación telefónica o similar; es decir, se trata del aspecto interno del derecho al secreto de las comunicaciones. Por conversación telefónica debemos entender la comunicación oral que se produce entre los interlocutores, mientras que, con el término «similar» caben todas las distintas clases de contenido que pueden transmitirse mediante una comunicación telefónica (mensajes de texto, mensajes multimedia, correos electrónicos, música, videos, etc.). Como se podrá observar se tutela todo el espectro de la comunicación telefónica.

En relación, a las conductas típicas, debemos señalar que algunas modalidades de injerencia que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones, se derivan del denominado cruce de líneas³⁴, lo que genera tres supuestos de los cuales sólo dos se recogen en el artículo 162° del Código Penal³⁵:

³² *Op. cit.*, p. 588.

³³ «Artículo 162°.- El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.» En el lenguaje periodístico podemos encontrar otras denominaciones para este delito como «chuponeo» o «pinchazo».

³⁴ Debido a que las comunicaciones telefónicas se realizan a través de movimientos de las ondas radioeléctricas, para que se produzca la injerencia, el agente utiliza una onda que intencionalmente cruza con la otra onda, la cual está siendo utilizada para la realización de una comunicación telefónica.

³⁵ La tercera conducta viene a ser la anulación de la onda radioeléctrica y, por tanto, de la comunicación telefónica, acto que debiera estar contemplado dentro del alcance del artículo 163° del Código Penal, aunque eso no sucede debido a que esta norma sólo se refiere a la supresión de la correspondencia epistolar o telegráfica, constituyendo una conducta no punible. En contra, BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 192.

a) Interferir: Consiste en interceptar, obstruir o dificultar una comunicación telefónica que realizan terceros, se trata de que el mensaje no llegue a su destinatario u obstaculice la transmisión del mensaje³⁶; no se trata de asomarse al texto como afirma VILLA³⁷. Esta es una conducta que se aplica cualquier clase de contenido en la comunicación.

b) Escuchar: Significar oír una conversación o comunicación oral; de acuerdo a VILLA³⁸, no importa el medio o tecnología a utilizar para ejecutar el acto.

Es necesario aclarar, que para la consumación, no es suficiente con instalar los aparatos que permitan interferir o escuchar las conversaciones, sino que se requiere captar o interferir el sonido u otro contenido de la comunicación, según sea la conducta a realizarse³⁹; en este caso de instalación, estaríamos frente a una tentativa⁴⁰. Por otro lado, ante lo manifestado por diversos autores que no se requiere tomar conocimiento del contenido de la comunicación⁴¹, debemos precisar que esto sucede en el caso de la interferencia, más no en la escucha telefónica, que indudablemente implica tener conocimiento instantáneo del contenido de la comunicación.

Conforme a MUÑOZ, si en la comunicación telefónica existen varios interlocutores, no basta que uno o algunos de éstos brinden su consentimiento a fin justificar la injerencia⁴², se requeriría la autorización de todos los intervinientes, para que la conducta sea atípica.

3) Supresión o extravío indebido de correspondencia⁴³

En este delito, el objeto material que se protege es la correspondencia epistolar o telegráfica, es decir se trata de proteger el aspecto externo de algunas formas de comunicación, como se puede apreciar excepto la telegráfica, este tipo penal no se puede aplicar a las demás

³⁶ SALINAS, *op. cit.*, p. 557.

³⁷ *Op. cit.*, p. 154.

³⁸ 1998b, *op. cit.*, p. 154.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 261.

⁴⁰ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 192.

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Manuel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. aumentada corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1986, p. 94.

⁴² *Op. cit.*, p. 262.

⁴³ «Artículo 163º.- El que, indebidamente, suprime o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, aunque no la haya violado, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas.»

formas de telecomunicación. No interesa si la correspondencia está abierta o cerrada⁴⁴.

En cuanto a las conductas típicas la norma establece dos supuestos, que en común tienen que deben realizarse de manera indebida, es decir, sin justificación. A nuestra consideración, estas conductas también podrían ser aplicables, a otras formas de telecomunicación. Por otro lado, MORAS y DAMIANOVICH⁴⁵, señalan que los verbos rectores están relacionados con el destino de la comunicación, y no necesariamente con la integridad o la inviolabilidad del contenido. Los actos típicos son:

a) Suprimir: Aquí la doctrina es dispar en cuanto a definir esta conducta, por cuanto alguna de las ideas propuestas se enmarcarían más en la figura de extravío. A nuestro parecer, Salinas⁴⁶, siguiendo a Roy FREYRE, hace la propuesta más correcta que es considerar a la supresión como acto de desaparecer o destruir una correspondencia⁴⁷. Según FONTÁN⁴⁸, dentro del supuesto de la supresión, pueden haber ciertos casos de apoderamiento.

b) Extraviar: Se trata de darle a la comunicación un curso distinto al que tiene destinado, o retardando su llegada⁴⁹, no interesa si el agente llega a tomar conocimiento del contenido de la comunicación⁵⁰ o si la comunicación es cerrado o abierto⁵¹. De acuerdo a Carlos CREUS⁵², constituye un acto atípico, la advertencia de que la correspondencia sigue un curso indebido y no lo corrige pudiendo hacerlo; tampoco existe conducta delictiva si la supresión o el extravío se pro-

⁴⁴ PEÑA, *op. cit.*, p. 601.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 258.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 562.

⁴⁷ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 194. Así como NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 197, utilizan un concepto muy genérico para el término suprimir, al considerarlo como el acto de sacar la correspondencia de su curso normal para impedir que ésta llegue a su destino, a nuestra consideración esta definición incluiría el extravío. Por su parte, VILLA, *op. cit.* p. 157, critica el verbo rector y lo define como el acto de impedir el curso de la correspondencia, sea escondiendo, alterando, guardando o reteniendo, que parecen ser actos que se asemejan a las distintas formas de extraviar una comunicación.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 358.

⁴⁹ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁰ SALINAS, *op. cit.*, p. 562.

⁵¹ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 194.

⁵² *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 3ª ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 378.

duce después que el destinatario recibió y tuvo en su poder la comunicación⁵³.

4) Publicidad indebida de correspondencia epistolar o telegráfica⁵⁴

Consiste en hacer público de manera indebida, el contenido de una comunicación, que no esté destinada a ser de conocimiento general; esto implica que la naturaleza del contenido de la comunicación, indicará en cada caso concreto si está o no destinada a la publicidad⁵⁵, debiéndose acreditar que dicho contenido sea transmitido a un número indeterminado de personas, razón por la cual, no se exige que la gente pueda conocer el tenor del contenido⁵⁶; asimismo, es indiferente el medio utilizado para materializar la publicación⁵⁷.

Como elemento normativo del tipo⁵⁸ se exige que esta publicación indebida ocasione un perjuicio material o moral, patrimonial o extra patrimonial⁵⁹. Es indiferente el medio por el cual se produce la publicidad indebida de la comunicación.

De acuerdo a Enrique SOLSONA⁶⁰, si bien la correspondencia pertenece al destinatario, existe limitación de que éste no puede publicar sin autorización del emisor; esto se debe a la característica dinámica que tiene la comunicación, tal como se ha explicado en el capítulo primero. Este autor también afirma que los terceros pueden resultar afectados por este delito.

Cabe mencionar que en la legislación española, existe una excusa absolutoria para la comisión de este delito y el de apoderamiento, que consiste en la exención de responsabilidad penal para los padres,

⁵³ SALINAS, *op. cit.*, p. 562.

⁵⁴ «Artículo 164º.- El que publica, indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida, será reprimido, si el hecho causa algún perjuicio a otro, con limitación de días libres de veinte a cincuenta y dos jornadas.»

⁵⁵ PEÑA, *op. cit.*, p. 605.

⁵⁶ CREUS, *op. cit.*, p. 379.

⁵⁷ SALINAS, *op. cit.*, p. 566.

⁵⁸ Para SALINAS, *op. cit.*, p. 566, se trata de un delito de resultado y critica correctamente a BRAMONT-ARIAS y ROY FREYRE, al señalar que tanto, la calidad que debe tener la correspondencia para no ser publicada y el perjuicio por la publicación, son componentes de la tipicidad objetiva y no suponen la antijuricidad de la conducta, postura asumida por los autores criticados.

⁵⁹ BRAMONT ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁰ *Delitos Contra la libertad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p.104. En contra, NÚÑEZ, *op.cit.*, p. 200, quien indica que sólo el remitente puede ser considerado como sujeto pasivo.

tutores, o quienes hagan sus veces, respecto de sus hijos menores u personas que se encuentren bajo la dependencia de aquellos⁶¹, que consideramos debiera incorporarse en nuestra legislación, a fin de no afectar la aplicación de la patria potestad o de la tutoría.

Este es un tipo penal cuyos alcances pueden ampliarse sin problema alguno a otras formas de comunicación, como la telefónica, e incluso, no sólo concentrarse al contenido de la misma, sino que también puede incluirse a los aspectos internos de la comunicación y a los datos de línea.

5) Delitos de violación contra la intimidad

Debido a la gran vinculación que existe entre el derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad, sucede que en muchos casos, cuando se cometen ilícitos que afectan a este último derecho, también se vulnera al primero de los nombrados.

En cuanto al delito de violación a la intimidad⁶², como se podrá apreciar no sólo podemos encontrar casos de concurso de delitos, como puede suceder con la escucha telefónica y la apertura de correspondencia, sino que también pueden haber casos que no están tipificados como delito de violación al secreto de las comunicaciones, pero que sí estarían inmersas dentro del delito que se comenta, como por ejemplo, el registro o grabación de comunicaciones telefónicas, cuyo contenido esté referido a aspectos de la vida personal o familiar de los afectados, otro caso sería la observación de mensajes de texto o de imágenes transmitidas telefónicamente, así como la revelación⁶³ de estos contenidos de origen telefónico, obtenidos por la observación, escucha o registro.

⁶¹ BAJO y DÍAZ-MAROTO, *op. cit.*, p. 165.

⁶² «Artículo 154.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres y de treinta a ciento veinte días multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social la pena privativa de libertad, será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días multa.»

«Artículo 155.- Si el agente es funcionario o servidor público y en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154º, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36º inciso 1, 2 y 4.»

⁶³ De acuerdo al Código Penal, a medida que la revelación pasa de ser interpersonal a masiva, la pena se agrava.

Esto implica una ampliación de la protección que el Código Penal, brinda a parte de los aspectos internos de las comunicaciones telefónicas⁶⁴, aunque todavía quedan desprotegidos los aspectos externos de la comunicación, los datos de línea y los datos personales, que también podrían ser objeto de observación o registro por parte de un agente.

En cuanto a la realización del hecho punible, se permite el uso de cualquier instrumento proceso técnico u medio que permita la captación indebida de hechos textos o imágenes, como podrían ser las comunicaciones telefónicas secretas, interferencias telefónicas, el uso de micrófonos ocultos o lentes telescópicos, etc.⁶⁵.

Con relación al delito de revelación de la intimidad personal o familiar⁶⁶, es similar al supuesto de revelación prevista en el artículo 154° del Código Penal, con la diferencia en cuanto a la forma como se adquiere el conocimiento de la vida personal del afectado, en este caso se trata de conocer por motivo del trabajo⁶⁷ que se prestó al agraviado o a la persona que éste le confió estos aspectos íntimos. Se trata de un caso de abuso de confianza⁶⁸.

Respecto al delito de organización y uso indebido de archivo computarizados⁶⁹, su vinculación con las comunicaciones telefónicas se da en los aspectos externos de la comunicación y los datos personales de los usuarios de las empresas de servicios de telecomunicaciones, que contengan datos sobre la vida íntima de estos usuarios y que se encuentren registradas en las bases de datos de las citadas empresas. Entre las conductas tipificadas tenemos: organizar⁷⁰, proporcio-

⁶⁴ No se consideran a los contenidos confidenciales o que no formen parte de la intimidad personal o familiar.

⁶⁵ SALINAS, *op. cit.*, p. 503.

⁶⁶ «Artículo 156°.- El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo de trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.»

⁶⁷ De acuerdo a BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 179, implica una relación de dependencia o subordinación.

⁶⁸ VILLA, *op. cit.* p. 134.

⁶⁹ «Artículo 157°.- El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.»

⁷⁰ Se configura cuando el autor ilícitamente recolecta, agrupa, selecciona, ordena u organiza archivos con datos referido a la vida personal del agraviado. SALINAS, *op. cit.*, p. 517.

nar⁷¹ y emplear⁷² archivos; lo que se castiga es el aprovechamiento indebido de los datos⁷³.

6) Delitos informáticos

En cuanto al delito de espionaje informático o de interferencia, acceso o copia ilícita contenida en base de datos⁷⁴, aquí el tipo penal se configura con el uso o intrusión subrepticia a una base de datos, sistemas o red de computadoras, a fin de diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para realizar una interferencia, interceptación acceso o copiado de información que se encuentren en tránsito o contenida en una base de datos⁷⁵.

A través de este tipo penal, de manera indirecta, se protegen los aspectos externos de la comunicación y los datos de línea que se encuentran contenidas en las bases de las empresas de telecomunicaciones, consecuentemente, se resguarda el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque la doctrina mayoritariamente señala que el bien jurídico protegido con la tipificación de los delitos informáticos, es el patrimonio sobre la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de datos⁷⁶, mientras que el bien jurídico tutelado en los delitos tipificados como vulneratorios del derecho al secreto de las comunicaciones, no tiene naturaleza patrimonial.

En relación al delito de sabotaje informático o de alteración, daño o destrucción de base de datos⁷⁷, como bien señala REYNA⁷⁸, en el fon-

⁷¹ Se configura cuando el sujeto activo injustificadamente entrega, facilita, otorga, cede o proporciona a tercera persona un archivo que contiene material referido a la vida personal del sujeto pasivo. SALINAS, *op. cit.*, p. 517.

⁷² Se configura cuando el agente indebidamente utiliza, usa o emplea en beneficio personal un archivo que contiene información sobre la vida privada del agraviado. SALINAS, *op. cit.*, p. 518.

⁷³ BRAMONT-ARIAS y GARCÍA, *op. cit.*, p. 180.

⁷⁴ «Artículo 207-A.- El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas. Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas.»

⁷⁵ REYNA, *op. cit.*, pp. 258 - 259.

⁷⁶ REYNA, *op. cit.*, p. 257.

⁷⁷ «Artículo 207-B.- El que utiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con setenta a noventa días multa.»

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 261.

do, se tratan de las mismas conductas que en el caso de espionaje informático siendo la única diferencia, la finalidad de la intromisión, en el caso del sabotaje se busca alterar o dañar o destruir a las bases de datos. Por otro lado, así como en el delito anterior, la protección al derecho al secreto de las comunicaciones, también se da de manera indirecta.

Finalmente, existen circunstancias agravantes en los delitos informáticos que también tienen vinculación con las comunicaciones telefónicas⁷⁹, especialmente, cuando el agente accede a la base de datos, sistema o red de computadora, utilizando información privilegiada, obtenida en función de su cargo⁸⁰; como se podrá observar, se trata de un tipo penal, donde el sujeto activo sería, principalmente, personal que labora en las empresas de telefonía.

3. Conclusiones

1) En el Código Penal peruano de 1991, se regulan algunos delitos vinculados con el secreto de las comunicaciones, aunque se encuentran desfasados en relación al desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones, así como a la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre los derechos constitucionales al secreto y a la libertad de las comunicaciones.

2) En los tipos penales del aludido Código, hay confusión en la doctrina (que se refleja en la denominación del Capítulo IV del Título IV del Libro II del Código Penal) en cuanto al bien jurídico protegido y su orientación a la protección de los aspectos internos de la comunicación, especialmente los referidos a aspectos de la vida íntima o privada, no tipificándose las vulneraciones a los aspectos externos de la comunicación y a los datos de la línea telefónica.

3) También se aprecia una fuerte tendencia a dar protección de las comunicaciones epistolares y telegráficas, encontrando una mínima referencia a las comunicaciones telefónicas, siendo más

⁷⁹ «Artículo 207-C.- En los casos de los Artículos 207-A y 207-B, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años, cuando:

1. El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.

2. El agente pone en peligro la seguridad nacional.»

⁸⁰ En el otro supuesto, dependerá si la información de las comunicaciones telefónicas contenidas en las bases de datos de las empresas operadoras, tienen relación con la seguridad nacional.

saltante el desfase existente entre los tipos penales que consignan nuestro Código Penal y el desarrollo de la tecnología en las telecomunicaciones, lo cual provoca que muchas conductas que atenten contra el secreto de las comunicaciones telefónicas, no se encuentren comprendidas dentro de un tipo penal, resultando necesaria una reforma legislativa.

4) Difieren las vulneraciones al secreto de las comunicaciones de las producidas a la libertad de las comunicaciones. Las primeras afectan los aspectos internos y externos de la comunicación, así como a los datos de la línea telefónica. Las segundas, vulneran el acceso y el uso de las comunicaciones

4. Recomendaciones

1) Se requiere una reformulación asimismo, distinguir cuando se vulnera el bien jurídico del secreto de las comunicaciones y en qué casos se afecta el bien jurídico de la libertad de las comunicaciones

2) A fin de brindar una mayor protección al derecho al secreto de las comunicaciones y evitar discusiones en cuanto al bien jurídico protegido, los alcances de las conductas punibles, entre otros, consideramos que podría haber una ampliación de los verbos rectores en las conductas típicas punibles, a fin de poder equiparar las injerencias indebidas al derecho al secreto de las comunicaciones que se regulan en el ámbito administrativo.

3) Modificar los tipos penales a fin de contemplar como objeto material a ser protegido por la normas penales a toda forma de comunicación telefónica, tanto en sus aspectos internos y externos, como a los datos de línea, sin tener que recurrir a tipos penales genéricos, como los delitos informáticos.

4) Incluirse el verbo sustraer en el delito de apoderamiento o sustracción por cuanto para nuestro Código Penal, este acto actualmente estaría inmerso dentro de los delitos de hurto; también debería incorporarse como conducta la grabación de la comunicación, sin considerar si se refiere a aspectos de la vida privada de las personas.

5) Establecer como agravante para la determinación de la pena, la circunstancia que el autor sea un funcionario público.

6) Se tiene que incorporar una norma relativa a la incautación de los bienes utilizados para la comisión de los delitos contra el secreto y/o la libertad de las comunicaciones.

5. Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Arias, 1995.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Manuel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. aumentada corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 3ª ed. Actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1991.

DAMIANOVICH, Laura y MORAS MONI, Jorge, *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1972.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Guillermo LEDESMA, 14ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, 2ª ed., Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, Jurista Editores, Lima, 2002.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. corregida y aumentada, Grijley, Lima, 2008.

SOLSONA, Enrique, *Delitos Contra la libertad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. aumentada y actualizada, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

Derecho Penal. Parte especial, tomo I - B, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER: SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL PERÚ

JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA*

* Texto presentado para el VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en la ciudad de Huaccho-2010.

«En lo ordinario cuando un sujeto se encuentra más alejado de la víctima y de la conducta homicida, más se aleja del dominio del hecho, pero en estos casos se produce una inversión del planteo, pues cuanto más alejado está el ejecutor de las víctimas, más cerca se encuentra de los órganos ejecutivos de poder»

Claus Roxin

1. Introducción

El juicio que condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por las atrocidades cometidas durante su gobierno por violaciones de derechos humanos, traen sus antecedentes el 21 de septiembre del 2007, cuando la Corte Suprema chilena acogió la solicitud de extradición¹ del Estado peruano, respecto del ex presidente de nuestro país. Dicha sentencia acogió un recurso de apelación en contra de la resolución de primera instancia que negaba dicha extradición, dictada por un juez de la misma Corte, pero está segunda la acogió parcialmente². La divergencia entre una y otra sentencia estuvo marcada por la distinta ponderación de los antecedentes probatorios. El fallo

¹ La extradición se solicitó por dos grupos de delitos, por una parte las violaciones a los Derechos Humanos (Barrios Altos y la Cantuta), y por otra, actos de corrupción, referidos a la concentración y conservación del poder político, y al beneficio económico propio y de terceros (casos de Allanamiento, Pago Sunat - Borobio, Interceptación Telefónica, Tractores Chinos - Medios de Comunicación, Medicinas Chinas, Quince Millones, Congresistas Tránsfugas, Desviación de Fondos y Decretos de urgencia).

² La sentencia de primera instancia estimó que en ninguno de los delitos imputados se probó la participación punible de Fujimori. La sentencia de segunda instancia acogió varios de los cargos y rechazó otros. Los motivos que se invocaron son: 1.- No se acreditó la participación en el delito (caso Sunat - Borobio), 2.- No se acreditó cada uno de los elementos del delito invocado, y 3.- Los hechos solo constituirían inadecuados o equivocados actos de administración que no serían punibles. Valga aclarar que en ambas instancias se desestimó el delito de asociación ilícita.

indica que Fujimori actuó como autor mediato, ya que si bien no ejecutó directamente el delito, tuvo el «dominio del hecho». Siguiendo a Claus Roxin, indicó que junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio a través de un aparato organizado de poder, en el que lo característico, es la fungibilidad del ejecutor directo. En el tema que me lleva a escribir este artículo, solo pretendo reflexionar algunos aspectos de la fundamentación dogmática por parte de la Fiscalía para la respectiva acusación fiscal; y a la vez describiré cómo fue posible interpretar la legislación vigente en el Perú de forma tal de abrir paso a la autoría mediata como criterio de imputación. Y por ultimo la fundamentación jurídica desde la luz de la teoría del Prof. Claus Roxin para la sentencia que dictamino La Corte Suprema por los casos de «Barrios Altos» y «La Cantuta»³.

2. Generalidades de la Autoría Mediata

Esta clase de autoría aparece como producto de la evolución técnica-teórica del concepto de autor⁴, que se estructura a partir del

³ Tras el cobarde atentado en la calle Tarata el 16 de julio por un grupo de terroristas y, con el pretexto de tomar venganza, un grupo militar liderado por el mayor Santiago Martín Rivas y con el aval del alto mando militar autodenominado Colina, ingreso la noche del 17 de julio a la Universidad La Cantuta. De forma sigilosa detuvo al profesor Hugo Muñoz y a los alumnos Bertila lozano, Dora Ovague, Enrique Ortiz, Armando Amaro, Juan Mariños, Marcelino Rosales, Pablo Meza, Robert Teodoro, y Felipe Flores, Sospechaba que ellos eran terroristas y que habían participado en el atentado. Tras asesinarlos, los restos de sus victimas fueron enterrados primero en el descampado de Huachipa. Al día siguiente, y para borrar sus huellas, algunos agentes volvieron para enterrarlos mejor. Varios meses después, y ante la búsqueda de los familiares y la prensa, el general Nicolás Hermoza, según han revelado varios miembros del destacamento, ordeno trasladar lo que quedaba de los cuerpos aun campo de Cieneguilla, donde fueron incinerados y enterrados en una fosa. Finalmente los cuerpos fueron descubiertos y ahora los culpables están pagando por sus atrocidades cometidas. Así definía el diario El Comercio.

⁴ CEREZO MIR, José, en *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, tomo I, Rubinzal-Culzoni. Una de las aportaciones más importantes de WELSEL a la moderna teoría del delito es, sin, duda, el desarrollo del concepto finalista de autor. Según WELSEL, «autor es solo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo». El concepto finalista de autor, que se ha convertido en el dominante en la doctrina alemana ha encontrado también eco en España. CÓRDOVA RODA, discípulo de MAURACH, sustenta en la Ciencia del Derecho Penal española el concepto finalista de autor. Autor, para él, es el que tiene el dominio del acto. El concepto de autor está en función, según Córdoba, del concepto de acción. «Admitida la premisa de que «autoría es la realización del acto propio», la solución del problema vendrá dada por el concep-

dominio del hecho⁵ y de un «autor detrás del autor». El progreso del pensamiento jurídico habría llevado al convencimiento que el supuesto autor principal era únicamente aquel que ejecutaba el acto físico consumativo del delito, en el fondo era una idea meramente convencional de la doctrina, por no decir que era una afirmación arbitraria⁶, toda vez que al lado de esta noción se perfilaba otro concepto de autor, denominado mediato, que se constituiría como el motor *criminis*.

En la genética de la teoría del dominio de hecho, como fundamento de la autoría mediata, tiene como punto de partida de la de la teoría del autor mediato en el dominio del hecho, que paternaliza WELSEL en 1939, y remite a HEGLER en 1915. WELSEL negaba que aquel que se encuentra atrás del ejecutor pueda ser considerado autor, no era más que un inductor, «y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor». Por eso fue necesario completar este concepto restringido de autor, con el de «dominio finalista del hecho», para llegar a estos casos de ilícito propio en manos ajenas⁷.

En buena cuenta la autoría mediata ocupa desde hace tiempo un papel preponderante en el estudio de las formas de participación en

to de acción.» Véase también: JAKOBS, Günther, *La Competencia por organización en el delito onusivo*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1995. Un concepto restrictivo de autor estima la presencia de la autoría, allí cuando el sujeto activo del delito ha colmado por completo la descripción del tipo penal; en ese sentido es autor quien describe con su comportamiento la descripción típica de la norma penal. Todo concepto restrictivo de autor ha de basarse en la diferencia entre autor y participe. Concretamente, la teoría que mejor ha elaborado un concepto restringido de autor, es la teoría del dominio del hecho, pero no ha sido la única: tenemos, por ejemplo, con otra importante contribución, que con el mismo propósito de delimitar el concepto de autor se han presentado, tal es el caso de la teoría objetivos formales.

⁵ GIMBERTINAT citado por José CEREZO MIR, en *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, tomo I, Rubinzal-Culzoni. Considera que la teoría del dominio del hecho permite una mejor comprensión de la autoría mediata, pero encuentra dificultades insuperables para deslindar la coautoría y la complicidad. La mayoría de los partidarios del dominio del hecho se limita, en estos casos, a dar criterios demasiados esquemáticos con los que es difícil empezar algo en el caso individual (...) según GIMBERTINAT, la teoría del dominio del hecho, al tratar de deslindar la coautoría y la complicidad, se encuentra ante la misma disyuntiva que la doctrina española al tratar de distinguir el cooperador necesario del cómplice.

⁶ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo II, Bogotá, 1954, p. 103.

⁷ DONNA, Edgardo Alberto, «El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder», en AA.VV.- *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001.

general⁸, pero sin duda, la especie de autoría mediata a la que seguidamente nos vamos a referir, después que la doctrina científica en general haya discutido vividamente, esto es, la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y que tomamos a la luz de la teoría del Prof. ROXIN, quien elaboro dicha teoría en 1963⁹, ya que dicho postulado implica aceptar la responsabilidad penal de ambos, y en base al juicio al que se le sometió al nazi Eichmann¹⁰ y fue en aquellas latitudes donde se produjo una de las primeras recepciones jurisprudenciales de la teoría roxiniana; con motivo del juicio a los ex comandantes de las Fuerzas Armadas que ejercieron el poder de facto en la Republica Argentina entre 1976-1983¹¹, respecto de la muerte

⁸ ROXIN, Claus, *Problemas actuales de la Dogmática Penal*, trad. Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores Lima, p. 225. Mientras la jurisprudencia alemana durante 25 años ignora por completo la nueva construcción, pese a que hubiera servido en el juzgamiento de los delitos violentos del nacionalsocialismo, en la literatura ella se había convertido en doctrina dominante con el correr del tiempo. En el extranjero la nueva figura jurídica ha encontrado su primera admisión a mediados de los años 80 durante el juzgamiento de los delitos cometidos por la junta militar, pues tanto el Tribunal de Apelaciones como la Corte Suprema argentinas la utilizan en la fundamentación de sus resoluciones.

⁹ Claus ROXIN publicó esta teoría originalmente esta teoría en la revista *Goldammer's* (1963) para luego plasmarla en su conocido trabajo *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994. En versión española: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

¹⁰ En 1945, tras la caída del régimen nazi, Eichmann huye a Argentina por medio de la organización ODESSA con un pasaporte entregado por la delegación de Génova del Comité Internacional de la Cruz Roja el 1º de junio de 1950, que le reconoce llamarse Riccardo Klement, natural del Tirol del Sur, Italia, y de condición apátrida. Sin embargo, en 1957 es descubierto por los servicios secretos de Israel (el Mossad), quienes tardan dos años en determinar la identidad del nazi, quien trabaja como mecánico en una fábrica. El 1 de mayo de 1960 un grupo de «Nokmin» (Vengadores) del espionaje israelí ingresan bajo cubierta a Buenos Aires e inician la «Operación Garibaldi» (bautizada así por el nombre de la calle donde vivía Eichmann). El 11 de mayo de 1960 lo secuestran en plena calle cuando Eichmann llega del trabajo y es enviado a Israel siete días más tarde. Allí se le somete a un polémico y largo juicio al término del cual se le condena a morir en la horca por Crímenes contra la Humanidad, sentencia que se cumple, unos minutos después de la medianoche, el 1 de junio de 1962 de madrugada.

¹¹ Pues en buena cuenta como nos comenta el Maestro Kai AMBOS el Derecho penal internacional nos ofrece puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata. Con mucha buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg. De todos modos, una interpretación estrictamente apegada al texto de la jurisprudencia aquí analizada permite concluir que el dominio por organización solo ha sido reconocido en procesos nacionales, a saber, en Eichmann, en el proceso contra los comandantes argentinos y, sobre todo, en los procesos contra los funcionarios de élite de la antigua DDR.

sistemática de personas secuestradas clandestinamente para su posterior desaparición en los distintos campos de concentración que florecieron en ese país durante esa luctuosa y violenta época. Luego lo acepta el Tribunal Federal Superior alemán (BGH) con motivo del conocido caso de los guardianes del muro, para condenar a los responsables políticos de la es Republica Democrática alemana por la muerte de los ciudadanos alemanes orientales que intentaron traspasar el Muro de Berlín, en su malogrado intento de fuga hacia Alemania occidental¹². Se podría tomar como un caso perfecto para este caso al –Teniente Coronel– Eichmann, quien no estaba ni en la cúspide del aparato de poder, ni en sus bases, sino que se encontraba a media distancia entre ambos extremos: historiadores muy prestigiosos, como Raul Hilberg, reconstruyeron la cadena de mando por la que descendían las órdenes criminales hasta llegar al escritorio de Eichmann: Hitler, Himmler (SS), Heydrich (después de 1942 Kaltenbrunner, RSHA), Müller (Gestapo), Brunnlitz (Oficina B, enemigos del *Reich*) y Eichmann (Sub-Area 4, Asuntos Judíos), y de allí hacia abajo la cadena funcional se perdía de vista ramificándose en los territorios ocupados hasta llegar a los guettos y finalmente a los campos de concentración¹³.

¹² ROXIN, Claus, *Problemas actuales de la Dogmática Penal*, trad. Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores. Lima, p. 226. En 1988, en la sentencia de la Cuarta Sala, el Tribunal Federal alemán ha mencionado por primera vez como un *obiter dictum* (aunque deja entrever su aprobación) la doctrina que reconoce «una 'autoría detrás del autor' en los casos de criminalidad organizada a través de un aparato de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad jurídica del actor». La quinta Sala ha asumido finalmente esta figura jurídica en su famosa sentencia de 1994. En este fallo, los miembros del «Consejo Nacional de Defensa» de la ex Republica Democrática Alemana fueron condenados como autores mediatos por el homicidio en el Muro de Berlín de los «fugitivos de la republica». Estos miembros, mediante disposiciones generales, habían ordenado a los soldados fronterizos ubicados en el muro disparar y colocar minas con cargas explosivas mortales, y, según la tesis del fallo, dominaban los acontecimientos a través del aparato de poder dirigido por ellos, aunque los ejecutantes inmediatos en la frontera también fueran responsables como autores (inmediatos) que actuaron culpablemente. Los miembros del Consejo fueron considerados como autores mediatos «detrás de los autores (responsables)».

¹³ DONNA, Edgardo Alberto, *La Autoría y la Participación Criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, p. 63. Los autores alemanes que ha tomado posición sobre el tema tienden a ampliar la autoría, apoyándose en la teoría del dominio del hecho. A la teoría de ROXIN sobre la autoría mediata basada en el dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados, ya explicada, cabe agregar la frase de BRAUMANN: si la orden llevase en todo caso la complicidad del destinatario de la orden, Hitler sería el único autor de los asesinatos de los grupos de choque. Todos los demás

La mencionada tesis del Profesor de la Universidad de Munich, Claus ROXIN, que sigue defendiendo y completando hasta la actualidad (acompañado por STRATENWERTH, SCHMIDHÄUSER, WESSELS, MAURACH, KAI AMBOS, BUSTOS RAMÍREZ, y entre nosotros BACIGALUPO), es la teoría según la cual, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometan delitos, como por ejemplo homicidios, secuestros y torturas, serán también autores, y más precisamente *autores mediatos*, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso más responsabilidad que los ejecutores directos¹⁴.

Günther JAKOBS explica que al igual que cualquier autor puede valerse de instrumentos mecánicos para su accionar delictivo, se pueden 'usar' a otras personas de la misma forma. Pero no como objetos inertes, sino como personas actuantes. A través del error o la coacción. El maestro de Bonn señala la característica fundamental de la autoría mediata: «*la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión*», es decir, al ejecutor no le es imputable el delito doloso que no puede evitar, y esa responsabilidad se transmite a quien ostentó el dominio del hecho¹⁵. Pero aquí JAKOBS dictamina su primera oposición a la teoría de ROXIN, que más adelante explicaremos, al afirmar que «*la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva del ejecutor*»¹⁶.

Fiel a su iusfilosofía, JAKOBS sostiene que la superioridad del dominio de la decisión ha determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación del ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata del rango, desde el punto de vista de la dinámica de grupos, sino del rango normativo de la intervención¹⁷.

que participaron en la ejecución de la orden del Fuere, incluso tal vez Himmler y los grandes del sistema nazi, serían únicamente cómplices: un autor y sesenta millones de cómplices; o: el pueblo alemán un pueblo de cómplices. Una idea solo para pocos reconfortante, para el que esto escribe, una idea horrible. A la vez citado por Gimbernat ORDEIG.

¹⁴ La autoría mediata como construcción teórica, si bien permite cubrir espacios de actuación típica no directa, la misma ha sido objeto de reparos, no siendo admitida legalmente en las legislaciones italiana y francesa.

¹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 723.

¹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 765.

¹⁷ JAKOBS, G., *op. cit.*, sobre la obra de JAKOBS, se recomienda: «El pensamiento de Günther Jakobs» de Carlos Parma, con prólogo de Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

Ahora en nuestro medio después de la sentencia a un ex Jefe de Estado, se sentaran las bases firmes en la dogmática nacional, A partir de su discernimiento profesional, la Sala considera pertinente aplicar la teoría de la «*autoría mediata*» siguiendo la teoría del penalista más importante de la segunda mitad del siglo XX, el prof. Claus ROXIN. Según lo cual: Pues siguiendo a este autor una de las formas de autoría en el derecho penal, es la mediata, que se estructura a partir del dominio del hecho y de un «*autor detrás del autor*»¹⁸. En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata¹⁹. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, «*El autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito*»²⁰. Bueno en torno a «*autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados*», en esta modalidad de autoría mediata, subsisten algunas posiciones discrepantes entre los autores tanto nacionales y extranjeros que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquéllas²¹.

¹⁸ Según nos comenta el maestro Eugenio Raúl ZAFFARONI en su Manual de Derecho Penal, Parte General, tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, esta expresión fue usada por Lange.

¹⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, «Informe Nacional sobre el Perú», en *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Kai AMBOS y otros (editores), Montevideo, 2008, p. 302. BARRETO GÚZMAN, Marco, «Responsable de Escritorio y Ejecutor Material en la Criminalidad Organizada», en AA.VV., *Dogmática Actual de la Autoría y la Participación Criminal*, IDEMSA, Lima, 2007, pp. 120 y ss. La primera provenía del «dominio por error», ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía. La segunda modalidad era la del «dominio por coacción». Aquí, el hombre de atrás direccionaba la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar. En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya. La tercera modalidad es conocida como «autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados», cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de un análisis posterior.

²⁰ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 865.

²¹ MEINI MENDEZ, Iván, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Colección Derecho PUCP, Monografías, Palestra, Lima, 2008, pp. 162 y ss. Esta interpretación discrepante sobre la posición dogmática del nivel superior estratégico, también se ha proyectado

Nuestro Código Penal de mil novecientos noventa y uno reconoce tres formas de autoría en su artículo 23º, correspondiendo la segunda a la autoría mediata. Según esta disposición será autor «*El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente...*».

3. Alcance de la tesis de Roxin sobre la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder

Parece útil reseñar todavía los sistemas de exposición adoptados para los casos de autor mediato por dos monografías que, que si bien no tienen por objeto central el estudio de esa doctrina, no pueden, sin embargo, prescindir de ella para desarrollar ideas que le están íntimamente vinculadas. Una es la extensa y rica disertación de ROXIN sobre la calidad de autor y el dominio del hecho (*Täterschaft und Täterschaft*), aparecida en 1963²², y la otra es la tesis de habilitación de F. Ch. SCHRÖDER sobre el autor tras del autor (*Der Täter hinter dem Täter*) publicada en 1965. Este autor partió del caso «*Dohna*» para afirmar que la provocación en el ejecutor del error in persona sobre la víctima no constituyó un caso de autoría mediata, sino de instigación²³. Según SCHOROEDER, el dominio del hecho del autor detrás del autor se basa en el criterio de la decisión de realización del hecho del ejecutor inmediato («*Tatenentschlossenheit des unmittelbar Ausführenden*»). Así, pues, este autor coloca el énfasis en el automático y reglado proceso del suceso delictivo. Ambos trabajos precinden de desplegar propiamente un sistema de los casos en que surge la figura del autor mediato y atienden de manera directa al factor en cuya virtud un sujeto que no comete el hecho interpone un agente para ejecutarlo. Es precisamente Claus ROXIN que es reconocido por la inserción que propiciara de la política criminal al interior de la dogmática penal; desde luego, adelantando los fines de prevención especial y general frente a cualquier categoría del sistema penal. La teoría del dominio del hecho distingue tres tipos de autoría: autoría directa, autoría mediata y coautoría²⁴.

tado en la jurisprudencia nacional. En efecto, en la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –caso Abimael Guzmán Reynoso– del catorce de diciembre de dos mil siete un voto singular consideró la hipótesis de la coautoría.

²² Claus ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. por Joaquín Coello Contreras y otros, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid 2000. p. 195.

²³ RODRIGUEZ MOURULLO, «El autor mediato en derecho penal español», *ADPCP* 22 (1969), p. 469.

²⁴ Kai AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*. Trad. de Ezequiel Malarino, Temis. p. 173. En este sentido la

3.1. Dominio de la acción (autoría directa)²⁵

En el entendido de que es autor directo sólo quien tiene el dominio de la acción típica, cabe argumentar que la autoría directa es siempre unipersonal y material –según creemos nosotros–, dado que el sujeto que tiene el dominio del hecho en virtud del dominio de la acción, será evaluado como autor principal que (de propia mano), materializo el hecho antijurídico, con los medios comisitos que al efecto fueran suficientes.

3.2. Dominio de la Voluntad (autoría mediata)²⁶

Quien para cometer un delito tiene el dominio sobre la voluntad de alguien, llevándose acabo tal ilícito, aquel que tuvo el dominio sobre la voluntad del otro es apreciado como autor mediato, atendiendo a que ocupó al otro para la comisión del hecho prohibido.

crítica en La diferenciación entre autoría individual, cuautoría y autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional no solo representa un avance estructural y sistemático, sino que obliga también a sistematizar concluyentemente el aun confuso derecho de la participación y a diferenciarlo claramente de la autoría. Con esto se ha indicado un importante argumento metódico a favor del modelo diferenciador: solo este modelo posibilita el desarrollo diferenciado y progresivo de una doctrina de la intervención al hecho de derecho penal internacional, considerando a cada forma de intervención separadamente y permitiendo sus respectivas delimitaciones. Con otras palabras: Mientras que en el modelo unitario de autor las diferentes formas de intervención emergen y se pierden en el sistema, el modelo diferenciador permite su consideración separada y de este modo una mejor comprensión del sistema que se encuentra detrás. Similar también Claus ROXIN (2001), p. 580.

²⁵ Cfr. AMBOS. P. 175. En el derecho penal internacional la autoría directa individual debe ser entendida de manera objetiva, esto es, como «dominio de la acción» en el sentido del concepto de Roxin del dominio del hecho. Entre tanto esta teoría ha sido reconocida por el ICTY – gracias al juez alemán Wolfgang Schomburg –, Una teoría subjetiva, sea de la autoría de la naturaleza que fuera, no encuentra basamento ni en el derecho penal internacional, ni en el derecho penal comparado. Incluso el miembro de un aparato criminal que actúa sin interés y voluntad – en el sentido del caso Stachynski – es autor y no cómplice, si realiza por si solo los elementos típicos de un crimen internacional. También en caso de un crimen individual que ha sido «ordenado o coaccionado», quien lo ejecuta actúa regularmente de propia mano y por ello es punible por autoría. La opinión contraria, sostenida principalmente por BAUMANN, no solo no encuentra ningún sustento normativo, sino que a partir del reconocimiento de la figura del autor detrás del autor con base en la teoría del dominio por organización tampoco es necesaria.

²⁶ En el derecho penal internacional recién con el art. 25 (3)(a) se hizo patente esta situación jurídica. Según esta norma también es punible como autor quien comete el hecho «por conducto de otro» («through another person», «par l'intermédiaire d'une autre personne»). También el «ordenar» («orders») la comisión de un hecho

La autoría mediata, en tratándose de aparatos organizados de poder o de delincuencia organizada por ejemplo, adquiere particularidades muy concretas, pues al decir de la doctrina, el instrumento del que se vale, el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que esta integrado por hombres fungibles²⁷. De esta suerte se corrobora que el dominio de la voluntad dentro de aparatos organizados de poder, no es particularmente la voluntad de un sujeto, sino que el dominio se tiene sobre una voluntad indeterminada, pues cualquiera que fuera el ejecutor, el hecho igualmente acontecería²⁸.

3.3. Dominio funcional del hecho (coautoría)²⁹

Las personas que concurren para la realización de un injusto penal, acordando previamente la comisión del mismo, y aportando los comportamientos individualmente necesarios para la ejecución del ilícito, son personas sobre las que se subdivide en partes iguales el control o dominio del hecho causante del resultado delictivo.

en el sentido del art. 25 (3)(b) se corresponde estructuralmente mas con la categoría de la autoría mediata que con la de la participación, pues también en este caso existe la estructura de imputación vertical típica de la autoría mediata.

²⁷ AMBOS, Kai. *Dominio del Hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho, Bogota, 1998, p. 42.

²⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *La Autoría y la Participación Criminal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, p. 71. Aquí CEREZO MIR citado por DONNA hace una crítica a ROXIN en cuanto a su «fungibilidad»: «esta construcción no me parece convincente, pues la fungibilidad del autor no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho». Y cita a su favor a HERNÁNDEZ PLASENCIA cuando afirma que la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción, ya que si el autor inmediato se opone a actuar, entonces esto implica que la orden que esta recibiendo es solo constitutiva de inducción.

²⁹ ROXIN, Claus, «La Autoría mediata por dominio en la Organización», en *Problemas Actuales de Dogmática Penal*, ARA Editores, Lima, 2004, p. 236. Al respecto el propio Roxin ha aclarado que con relación a la coautoría «falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la doctrina absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier 'comisión conjunta' en el sentido de la coautoría. Y es que el hombre de atrás y el ejecutante mayormente ni siquiera se conocen, no acuerdan nada conjuntamente ni tampoco se consideran a sí mismos como portadores de decisiones con igual rango. La ejecución de un requerimiento, como el que se presenta en los casos en cuestión, se basa en una orden y no en una decisión conjunta». Y con referencia a la instigación ha sostenido que «la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del tipo no depende de su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los esbirros ejecutantes, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato».

Tal como se tiene oportunidad de observar, el dominio funcional del hecho que sustenta la coactaría de las personas concurrentes en un mismo delito, requiere de los intervinientes delictivos un acuerdo previo, así como un aporte al que nosotros hemos querido denominar «*individualmente necesario*» para lograr la comisión del delito de que se trate; de tal forma si se diera el supuesto en que dos o mas personas acordaran previamente la materialización de un injusto, teniendo para ello el mismo fin delictivo, pero, que si la división de tareas no fuera lo suficientemente equitativa en importancia, y solo una de las personas tuviere el dominio material de la acción prohibida, entonces, en ese caso, no se estará en el campo de la coactaría, en el que se puede afirmar validamente que todos los intervinientes comparten en iguales proporciones el dominio del hecho.

Entonces en los «*delitos de dominio*» es autor quien tiene el «*dominio del hecho*» que en la autoría mediata se configura mediante el «*dominio de la voluntad*» del ejecutor inmediato a diferencia del «*dominio de la acción*», propio de la autoría directa, y del «*dominio funcional*», que caracteriza a la coautoría. «*El hombre de atrás*», pese a no ejecutar el comportamiento típico, mantiene el dominio del hecho a través de otra persona cuya voluntad, por distintas causas, se encuentra sometida a sus propósitos.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos constituyen entonces una tercera forma de autoría mediata, que va más allá de los casos de coacción y de error. Esta tercer forma de autoría mediata, basada en el empleo de un aparato organizado de poder, tiene su piedra basal en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes no dejan de ser, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o en palabras de ROXIN y del Tribunal de Jerusalén, engranajes cambiables en la maquina del poder³⁰.

ROXIN señala que los delitos cometidos después de la segunda guerra mundial no fueron cometidos por un autor único o a raíz de la propia iniciativa de un grupo reducido de personas, sino que en estos casos los responsables eran los aparatos organizados de poder.

³⁰ Claus ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. por Joaquín Coello Contreras y otros, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid 2000. p. 273. (...) El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje - sustituible impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer.

En particular ROXIN tomó en consideración los renombrados casos «Staschynskij» y «Eichmann». Ambos casos pueden ser abarcados, explica este autor desde dos aspectos penales: como delitos colectivos o como un hecho único. Sin embargo, ninguno de estas proposiciones puede extraer totalmente en su forma pura el contenido de lo injusto del suceso.

Tampoco sería correcto, prosigue este autor, la valoración del hecho concreto formulada para el que ocupa una importante posición jerárquica dentro del aparato de poder y presta su acuerdo para la realización de la meta criminal, pero sin particular directamente durante su ejecución.

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la «*persona interpuesta*», ya que ésta finalmente «*es una persona libre y responsable en la realización de sus propias acciones*»³¹. El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor³².

4. Otras formas de competencia

Bueno en este punto dos son las posturas que compiten con la postura de Roxin. Por un lado, la tesis de la coautoría, defendida especialmente por JAKOBS. Por el otro, la de la instigación, que sostienen HERZBERG y KÖHLER (en Latinoamérica ZAFFARONI).

a) Comenzaremos con la solución de la coautoría de JAKOBS quien como venimos exponiendo disiente de la teoría de ROXIN, JAKOBS fundamentando en su tratado, de lo cual descansa en una consideración más normativa del dominio del hecho. Para él, si quien actúa lo hace antijurídica y culpablemente, no puede hablarse de un instrumento, tal la consideración tradicional de la autoría mediata. Como mucho,

³¹ PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización*, Grijley, Lima, 2009, p. 59.

³² En este sentido se precisa en el AMICUS presentado por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú -ver tercera conclusión- que «...las fuentes de responsabilidad son distintas tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor u hombre de adelante. Mientras la atribución de responsabilidad al hombre de atrás es una imputación por injusto de organización, la atribución de responsabilidad al hombre de adelante (ejecutor) es una imputación por injusto individual» [página 30].

atento a que efectivamente ambos actores se reparten el dominio del hecho (dado que el ejecutor posee el dominio sobre la configuración concreta del delito mientras que el hombre de atrás conserva el dominio sobre la decisión del delito, algo aceptado de modo general por JAKOBS), se podría hablar de una coautoría.

Dice JAKOBS que esto surge como efecto de los crímenes nacionalsocialistas, y que «no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos... [pero] apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo...». Y explica la nocividad en el caso concreto de los nazis, que «*encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes*». Termina inclinándose JAKOBS por la solución de la coautoría³³.

Sin embargo, la tesis de la coautoría no puede prosperar, dado que el núcleo conceptual de la coautoría es indiscutiblemente, la realización conjunta del ilícito, que aquí falta absolutamente: el que ordena y el ejecutor no se conocen; no deciden nada conjuntamente; ni están situados al mismo nivel. El que actúa «*ejecuta una orden*», esto es, precisamente lo contrario de una resolución conjunta. Quienes nada saben del resto, no se comportan conjuntamente, y así, los límites de la coautoría (funcional, y en co-dominio del hecho), pierde sus contornos y se borran las diferencias frente a la autoría mediata y la inducción.

Además, la tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (con desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (actividades equivalentes y simultáneas). Esto habla claramente contra la coautoría y a favor de la autoría mediata.

³³ ROXIN le contesta a JAKOBS en Huelva en 1998, ya que del Código Penal español y alemán se desprende que la coautoría exige la resolución conjunta de cometer el ilícito, algo que en los delitos del nazismo no existe. En la autoría mediata por aparatos organizados de poder, el ejecutor y el autor de escritorio «no deciden nada conjuntamente ni tampoco se sienten situados en el mismo nivel» «El que actúa ejecuta una orden .. esto es precisamente lo contrario a una resolución conjunta. JAKOBS no lo reconoce, sino que pretende desentenderse totalmente del criterio de la decisión de realizar conjuntamente el hecho,... con ello la coautoría pierde sus contornos», decía roxin en aquella ocasión.

b) En el caso de la instigación, la cuestión adquiere mayor plausibilidad, dado que comparte con la autoría mediata una estructura vertical y como ésta consiste en la mera realización de hechos por parte de otro.

Su rechazo se basa sin embargo en dos cuestiones:

Primera: es evidente para cualquier observador imparcial, que en una organización criminal que se sirve del formidable aparato estatal, quien da la orden es quien domina el suceso. Cuando Hitler o Stalin ordenaron matar a sus enemigos, entonces se trataba de una obra suya (aunque no sólo suya): decir que ellos sólo habrían ordenado los hechos, contradice los principios lógicos de la imputación desde una perspectiva no sólo histórica y social, sino también jurídica, y esto lleva a los partidarios de esta tesis al callejón sin salida de tener que renunciar a la teoría del dominio del hecho como fundamento para el deslinde entre autor y partícipe.

Segundo: resulta fácil de entender que la posición de aquel que ordena una situación delictiva en un aparato organizado de poder no es la misma que la de un simple instigador: éste debe buscarse primero un autor, el «burócrata» sólo necesita dar la orden; el inductor debe tomar contacto con el potencial autor, convencerlo de su plan y vencer sus resistencias, el «burócrata» se evita todo esto. Finalmente la «fidelidad» que muestre el instigado a ceñirse al plan no es un dato menor, el «burócrata» no se preocupa por ello, no sólo por la obediencia y la rigidez propia del aparato del que se vale, sino además, porque si por alguna razón el ejecutor desiste o falla, otro lo reemplazará de inmediato y el plan se cumplirá de todos modos. Además, la capacidad destructiva en el aparato organizado de poder no se puede comparar con la simple inducción, se trata de una perniciosa simplificación fruto de hacer encajar a toda costa una situación extraordinariamente compleja en esquemas disfuncionales a estas nuevas realidades.

5. La atribución de responsabilidad penal al ex presidente Alberto Fujimori por caso de violación de derechos Humanos³⁴

En el presente acápite nos interesa plantear el fundamento jurídico penal respecto de la instrumentalización a través de aparatos

³⁴ En nuestra jurisprudencia también se ha atribuido tal modalidad de autoría mediata al líder del grupo terrorista Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso. Tanto la sentencia de la Sala Penal Nacional del trece de octubre de dos mil seis, como en

organizados de poder, para la atribución de responsabilidad penal al ex presidente Fujimori³⁵. Nuestra doctrina penal nacional ha venido analizando la posibilidad de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados³⁶, por lo que la discusión de sus alcances y aplicación en el presente caso es pertinente.

La autoría mediata como ya es conocida por los estudiosos del derecho penal, es tomada por nuestro Código penal, en el art., 23³⁷, dentro de las exigencias que se deben dar³⁸, se requiere que el instrumento actúe sin dolo, amparado por una causa de justificación o de una manera no culpable, pues de no ser así, estaremos dentro de la instigación³⁹, prescri-

la Ejecutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema -voto de la mayoría de dicho Tribunal-, del catorce de diciembre de dos mil siete, lo responsabilizaron por los homicidios y atentados ejecutados por los niveles operativos de dicha organización ilegal. En estas decisiones de la judicatura nacional, a los ejecutores materiales se les consideró autores directos de tan execrables hechos, mientras que a Guzmán Reynoso se le imputaron tales delitos al haber tenido el dominio de la organización, por ejercer el control político y militar de Sendero Luminoso desde su posición y jerarquía en el Comité Central o Dirección Central.

³⁵ Si bien de este modo la autoría mediata en la forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder goza de una cierta vigencia internacional, sus presupuestos necesitan, sin embargo, de una concretización adicional, se plantea la interrogante acerca de qué tan alto debe estar situado el autor mediato en la jerarquía de mando para que le pueda ser reprochado el dominio del autor directo por medio de un aparato organizado de poder.

³⁶ MEINI MENDEZ, Iván, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, op. cit., PARIONA ARANA, Raúl, *Autoría mediata por organización*, op. cit., pp. 435 y ss. MONTOYA VIVANCO, Yván, «La Autoría mediata por dominio de organización. Replanteamiento fáctico - normativo y requerimientos probatorios», en *Revista Jurídica del Perú*, Número ochenta y cuatro, Normas Legales, Lima, Febrero 2008, pp. 297 y ss. CASTILLO ALVA, José Luis, *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*, op. cit., pp. 575 y ss.

³⁷ «El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que cometen conjuntamente, serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción» negritas son mías. Para el profesor de la Universidad Complutense de Madrid, MARQUEZ CÁRDENAS, la autoría requiere «Por un lado, aparece el «hombre de atrás» o «persona de atrás», que es quien realiza el hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución personal. Por el otro lado, esta el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente, «hombre de adelante». Vide., MARQUEZ CÁRDENAS, *Autoría Mediata en Derecho Penal Formas de Instrumentalización*.

³⁸ Dentro de la doctrina mas autorizada se entiende que es autor mediato quien se vale de un instrumento para cometer un hecho punible, teniendo el «hombre de atrás» absoluto dominio del hecho;

³⁹ Pues en esta parte, considero acertadas las posturas de ROXIN, pues cuando los sujetos receptores de ordenes son anónimos, es decir, que ni el mismo cabecilla de la organización los conoce, y aparte son fácilmente sustituibles, no se debe hablar

ta en el artículo 24° del mencionado cuerpo normativo⁴⁰. Decimos ello, pues es bien sabido que en una organización de poder, quienes se convierten en los receptores de las ordenes, saben a todas luces lo que están realizando, vale decir, conocen el riesgo de su accionar; sin embargo, realiza la misma. Al respecto el profesor KAI AMBOS⁴¹ sostiene que el verdadero instrumento no es la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona de modo prácticamente automático, «el aparato». Pues para el caso Fujimori mencionaremos tres requisitos que son esencial para su responsabilidad penal para los casos de lesa humanidad, como autor mediato: el dominio de la organización (autores de escritorio), la fungibilidad del ejecutor, y la actuación de estos supuestos en organizaciones al margen de la legalidad. Es necesario que en este caso de «autor de escritorio» se demuestre la fungibilidad y anonimato del ejecutor, dado que el autor mediato no depende de un ejecutor concreto, como el caso del inductor.

La fiscalía⁴² acusó al ex presidente como autor mediato por dominio de la voluntad, en aparatos organizados de poder, entendiendo por autor mediato, aquel que aprovecha la actuación de un intermediario (ejecutor material) para alcanzar un fin delictuoso⁴³; de esta manera se alza el dominio del hecho para tratar de explicar porque son autores mediatos de los delitos que directamente cometen los miembros plenamente responsables de una organización.

La Fiscalía argumentó que en el proceso ejecutivo del delito el Código Penal distingue tres formas de comisión del mismo en la con-

de una instigación, sino de la figura de la autoría mediata. Pues esencialmente en esta tercera forma de autoría, el hombre de atrás es quien decide el como, cuándo, dónde, no importando quienes serán los intervinientes. Esto hace que un grupo organizado para tales fines, tenga toda una organización logística y administrativa, la misma que se encuentra conformada por personas escogidas por otras personas, que tienen niveles de jerarquías de menor a mayor y viceversa.

⁴⁰ «El que dolosamente determina a otro a cometer el punible será reprimido con la pena que corresponde a su autor».

⁴¹ Vide., AMBOS KAI, *Dominio del Hecho por Domino de Voluntad en virtud de Aparatos Organizados de Poder*, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 15.

⁴² La acusación fiscal, en el acápite siete, párrafo final –folio treinta y ocho–, concluyó de la siguiente manera: «...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados».

⁴³ Acusación Fiscal, punto 7.

dición de autor; que una de ellas –la denominada *autoría mediata*– se concreta cuando el hecho punible se realiza por medio de otro; que uno de los supuestos de expresión de la autoría mediata se presenta cuando el hombre de atrás se aprovecha de los sujetos que se encuentran subordinados a otros en un aparato organizado de poder, de tal suerte que por esa vía el primero mantiene un dominio objetivo del hecho –autoría mediata por dominio de la organización; que esta última se sustenta en dos elementos esenciales: existencia de un aparato de poder estructurado y la predisposición de los ejecutores; que el acusado tuvo una intervención vertical en los delitos imputados –ejecutados materialmente por efectivos de inteligencia militar en torno al Grupo Colina y al SIE–, en los que se dio una división de funciones y una línea jerárquica en la organización, en cuya cúspide se encontraba.

Para delimitar la responsabilidad del ex presidente debemos analizar la existencia de una relación de subordinación entre Fujimori y demás altos mandos militares, dentro de un aparato organizado de poder⁴⁴, que gracias a la información, al poder de mando, conocimiento sobre el funcionamiento, capacidad de dirección administrativa, sobre el aparato de poder organizado (grupo colina), Fujimori formaba parte de dicho aparato, ubicándose en el mas alto nivel, como autor mediato. Además de la autoría mediata por coacción o error, se erige el postulado de la autoría mediata por dominio de la organización, planteado por Claus ROXIN⁴⁵, posición que permite desarrollar la responsabilidad de los hombres de atrás en el marco de un aparato organizado de poder, que sin ser ejecutores, como sostiene Ivan MEINI⁴⁶, se sirven del aparato organizado de poder (como instrumento), para la consecución del plan. Al respecto, cabe destacar que ROXIN considera a la criminalidad de los aparatos de poder organizado estatal,

⁴⁴ Estos «aparatos organizados de poder», con una clara formación jerárquica vertical, que impide la retroalimentación de las órdenes impuestas por el superior, sólo puede darse al margen de la legalidad: en las organizaciones clandestinas de tipo mafiosas (generalmente paraestatales), o en organizaciones estatales donde se vulnera el Estado de Derecho. El mismo Claus Roxin da el ejemplo: «solo es preciso tener a la vista el caso, para nada inventado, de que en un régimen dictatorial, la conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas».

⁴⁵ Párrafos 138 - 140

⁴⁶ Ivan MEINI MENDEZ, «Memoria», *Revista sobre Cultura, Democracia y Derechos Humanos*, N° 1, 2007. Comentario a la sentencia de la Sala Penal Nacional, La autoría mediata de Abimael Guzmán.

como el «prototipo de criminalidad organizada»⁴⁷. Es más, como refiere ZAFFARONI⁴⁸, la criminología y la criminalística muestran que «*el crimen de estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, quizá la manifestación de criminalidad realmente organizada por excelencia*».

En este caso el sentenciado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.

Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el sentenciado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SIN, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando.

En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o para formales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa.

Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente.

⁴⁷ ROXIN, Claus, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en *Revista Penal* número dos, Praxis, Barcelona, Julio 2008, p. 61.

⁴⁸ ZAFFARONI, Raúl, «El Crimen de Estado como objeto de la criminología», en *Panorama internacional sobre Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, serie Doctrina Jurídica número 394, México, 2007, p. 25.

Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el sentenciado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales.

Por lo demás, en todos los delitos *sub judice* la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

Por tanto, si los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los secuestros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un *modus operandi* propio, cuando menos, de la segunda de aquellas expresiones de criminalidad estatal descritas, la autoría mediata por tales hechos le alcanza plenamente al acusado Fujimori Fujimori. Ya que como reconoce la propia opción de doctrina invocada por la defensa, esto es, FARALDO CABANA⁴⁹. Además, según la misma fuente teórica, la experiencia internacional, particularmente en Latinoamérica, da cuenta que: «*Son características del funcionamiento de las organizaciones estatales que emprenden la vía de la guerra sucia el disimulo y la ocultación de sus métodos delictivos frente a terceros. Entonces se podría decir que se ha visto como los Tribunales argentinos ponían de relieve la existencia de una actuación esquizofrénica del Estado durante la dictadura militar argentina, pues si una parte de sus organizaciones había empezado a actuar de forma delictiva, conduciendo una guerra sucia contra la disidencia política, el resto seguía comportándose de forma normal y respetuosa con la ley. Lo mismo ocurrió en Chile durante la dictadura militar*»⁵⁰.

⁴⁹ FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, op. cit., p. 230. «También es admisible la autoría mediata por dominio de la organización en los casos en que ciertas organizaciones estatales, siguiendo instrucciones provenientes de las más altas instituciones del Estado, empiezan a utilizar medios delictivos para el logro de objetivos políticos perseguidos por el Estado en su conjunto o por el grupo (político, militar) que en ese momento lo domina, como la eliminación de movimientos guerrilleros terroristas o de la disidencia política».

⁵⁰ FARALDO CABANA, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, op. cit., p. 234.

NORMAS RECTORAS DEL DERECHO PENAL PERUANO
SISTEMATIZACIÓN Y CRÍTICA DESDE UNA PERSPECTIVA
POLÍTICO-CRIMINAL

HAROLD JOSEPH RUIZ SOLIS * **

* Asistente de Cátedra del Área Académica de Derecho Penal - UNASAM. Bca- y UNJFSC. Hcho. Director del Taller de Ciencias Penales IECP de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo de Barranca y Coordinador de investigación del CIDE - UNJFSC. Asistente de Función Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Villa el Salvador.

** Debo agradecer el apoyo y la ayuda de los profesores Fidel ROJAS VARGAS y Jorge ROSAS YATACO, quien gracias a sus consejos siempre necesarios, inculcando en todo momento a la investigación; al profesor Segundo PENAS SANDOVAL por haberme permitido acompañarle en la enseñanza del Derecho Penal, en la Unasam - Barranca y en especial a José C. CASTILLO y Jhon KENEDY LEYVA-R, quienes han apoyado en todo momento la iniciativa de incentivar en el ámbito académico y en mejora del desarrollo jurídico del [D]erecho.

RESUMEN: Los principios son los que inspiran un determinado campo de saber, que constituyen un conocimiento, en el Derecho Penal existen principios axiológicos como el de legalidad, lesividad, de inaplicabilidad de analogía, entre otros, abordaremos los más substanciales aquellos en los cuales el sistema penal debe servir para la protección de los Derechos Humanos, pero no sólo ante de la comisión de los delitos que afectan a éstos. Sino también ante la propia facultad del Estado de sancionar esas afectaciones, resultando necesaria la autolimitación del Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*. Además, también hay que tener en cuenta que no todos los principios son normas rectoras, para hacerlo tienen que ser reconocidas expresamente por las leyes penales y convertidas por ésta en derecho penal positivo.

I. Introducción

El Derecho Penal es un instrumento que trata de minimizar las conductas desviadas pero también debemos tener en cuenta cuando no debe intervenir. La importancia de comentar *los principios del derecho penal* se debe a que son base del Estado social y democrático de derecho, que pone los límites al *ius puniendi* ya que su manera de solucionar los conflictos sociales no es muy agradable que digamos, porque nunca son neutras, sino negativas, estigmatizantes.

Por ello, sólo debe intervenir cuando los otros controles sociales son ineficaces o han fracasado, como *ultima ratio* y una intervención mínima que se debe dar, para conminar conductas reprochables, pero no es el simple hecho que la sociedad considere que esa conducta no está permitida, responde a lo que conocemos como: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, es decir, tiene que estar establecido en una *ley previa para que sea sancionado*, no basta que sea conducta prohibida. Para comprender lo expresado, mencionaremos la frase del profesor ROXIN: [...] «un estado de Derecho debe proteger al individuo no solo

mediante el derecho penal sino también del Derecho penal¹». Esto significa que el principio de legalidad obliga al Estado, por un lado a preocuparse por disponer los medios o instrumentos más eficaces para prevenir el delito y, por otro, a encontrar dentro del ordenamiento jurídico, límites a su actividad punitiva².

En principio como expresamos, «*el Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad*». La idea del Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad³. La importancia de los principios comentados hace que el derecho penal no sean postulados meramente retóricos sino una puesta en práctica⁴.

¹ Detalladamente CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. PG*, tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, 1997, pp. 137 y ss. Ello implica varios límites que giran en torno a la exigencia de necesidad social de la «intervención penal». Entonces, diremos que, los principios limitadores en nuestro país, básicamente lo establece nuestra Código vigente (desde 1993- en el art. 43). Tipo de Estado y Gobierno. «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana». Es un Estado de Derecho porque, tanto gobernantes como gobernados están sujetos a lo que establecen las Leyes, deben obedecer al sistema jurídico. Es un Estado Democrático porque, se respeta la participación mayoritaria de todos los miembros de la sociedad. Es un Estado Social porque, prima la vida en sociedad, el Estado debe respetarla y mantenerla para lograr una convivencia armónica todos sus miembros. ID., BRAMONT-ARIAS T., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial San Marcos, 2002, pp. 89 y ss.

² Cfr. URQUIZO OLACHEA, «Principio de legalidad», en *Código Penal Comentado*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 22 y 23.

³ Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, 7ª ed. reimpresión, Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2005 p. 113.

⁴ Además de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado social y democrático de derecho. Como tal, este principio se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos 3º y 43º de la Constitución. Se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Tribunal Constitucional Pleno Jurisdiccional Exp. 0012-2006-PI/TC (Foja 6).

Los principales principios penales, es decir del Derecho Penal Subjetivo [Facultad punitiva -de castigar- que le corresponde al estado] son el principio de legalidad, intervención mínima y el principio de protección de bienes jurídicos, los cuales merecen un estudio más detenido, con el cual pretendemos realizar en el camino trazado por nuestra redacción.

II. Principio de Legalidad y sus consecuencias

Si bien la denominación del principio de legalidad penal se identifica con el empleo de una fórmula latina del *Nullum crimen, Nullum poena, sine lege*; su origen no coincide con el desarrollo del Derecho romano, que admitía la aplicación analógica de la ley penal al permitir al juez castigar *ad exemplum legis*. Su formulación se debió al penalista alemán de principios del s. XIX Anselmo FEUERBACH, quien lo acuñó e hizo conocido en su actual redacción. Aunque también puede hallarse una referencia directa en BECCARIA, para quien: «Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social»⁵.

La ley penal normalmente es emitida por el congreso siguiendo el principio de reserva de la ley, que representa la protección más efectiva de los derechos fundamentales y un freno a las extralimitaciones del poder público, tiene un fundamento político y por su trascendencia se ha elevado al rango de garantía en el art. 2 num. 24 lit. d, en nuestra constitución⁶.

⁵ Vid. CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal. PG*, 2002, pp. 28-29.

⁶ El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal «d», del inciso 24) del artículo 2. de la constitución política del Perú, según el cual «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)». Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, art 11, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 15). El principio de legalidad exige no sólo que por ley establezcan los delitos, sino también que la conducta prohibida estén claramente delimitada. Esto es lo que se conoce como mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d « del inciso 24) del artículo 2. de la constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «expresa e inequívoca» *Lex certa* (...). FIDEL ROJAS, *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada*, 2007, pp. 31-32.

Sin embargo hay situaciones que se pueden considerar como excepciones:⁷ 1. La ley penal en blanco. 2. Las leyes incompletas o dependientes. 2. Los decretos legislativos, los cuales son dados por el poder ejecutivo previa autorización del congreso. Art. 104 de la constitución. 4. Los decretos supremos de urgencia, que a pesar de ser sólo para materia económica o financiera pueden constituirse como norma extra penal y ser utilizadas por las leyes penales en blanco. 5. Los decretos leyes, los cuales se dan durante los gobiernos de facto. De acuerdo al principio de continuidad se establece que los decretos leyes mantienen su vigencia cuando vuelva al congreso salvo que se opongán a la constitución.

En el derecho penal es donde mayor hegemonía y valor cobra «la importancia del principio de legalidad. Pues en él los delitos y las penas sólo se crean o agravan en virtud a una ley previa *-lex praevia-*, anterior a la comisión del hecho». Está vedada la configuración de los mismos a través de la costumbre, la analogía u otro procedimiento semejante. Aquí puede hablarse con énfasis de un exclusivo y *único monopolio de la ley en la creación de delitos y penas*. Pero ello no basta: se exige, además, una determinada jerarquía y nivel de la ley que crea delitos y penas. Se debe tratar de una ley formal expedida por el parlamento o de una norma que según la Constitución le sea equivalente [*principio de reserva de la ley*]⁸. No obstante, la Constitución peruana admite la posibilidad de conferir las facultades legislativas del congreso, esto es, establece que el Poder Ejecutivo puede legislar sobre materia penal mediante decreto legislativo, siempre que exista delegación expresa⁹.

El profesor español CEREZO MIR citado por José CASTILLO¹⁰, sostiene que: «la ley es la fuente principal del derecho penal. Suele decirse que es la única fuente formal, directa o inmediata del derecho penal, pero esto no es exacto. Es cierto únicamente que en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas y establecerse o agravarse penas y medidas de seguridad mediante una ley. Son también fuentes del derecho, la costumbre, los principios generales del derecho y los tratados internacionales que se hayan incorpora-

⁷ Vid. BRAMONT-ARIAS, *op. cit.*, p. 83.

⁸ CASTILLO ALVA, *op. cit.*, p. 23.

⁹ URQUIZO OLACHEA, *El Principio de legalidad*, Editorial Horizonte, 2000, p. 33.

¹⁰ CASTILLO, José, *op. cit.*, pp. 22-23.

do al ordenamiento jurídico interno». Las demás normas, como los decretos supremos –incluyendo aún los de necesidad y urgencia–, las resoluciones legislativas o las ordenanzas municipales, no pueden crear o agravar delitos o penas. «De hacerlo incurrirían en una manifiesta inconstitucionalidad»¹¹.

Las ventajas que se suelen esgrimir en favor de un sistema jurídico asentado en la vigencia del principio de legalidad sobre otros sistemas basados en el derecho consuetudinario son diversas. En primer lugar, se alude a la mayor *seguridad jurídica* que permite alcanzar un sistema codificado o de derecho positivo, el cual facilita al ciudadano la certeza de saber qué conductas están prohibidas y qué son lícitas, eliminando la incertidumbre de una condena que se puede basar en la arbitrariedad judicial, sin que la acción se encuentre considerada como ilícita previamente. Se logra sortear así la discrecionalidad impidiendo la consagración de la *justicia del casi*, fundada muchas veces en el personal sentir y en factores circunstanciales, meramente episódicos¹².

La aplicación de la ley presupone su interpretación¹³, solo cuando se tiene claro el sentido de la norma es posible decidir si se puede aplicar a un caso concreto y así buscar la solución jurídica. Por más sencilla que nos parezca la ley, esta siempre debe ser interpretada. Las fuentes de la interpretación de la ley penal son: la doctrina (opinión de los juristas), jurisprudencia (los fallos judiciales), la legislativa (la propia ley).

La principal fuente es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos:¹⁴ El primero, la *prohibición de analogía* (*nullum crimen, nulla*

¹¹ *Ibidem*, p. 24.

¹² *Ibidem*, pp. 25-26.

¹³ ESPINOZA ESPINOZA, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano del 1984*, PUCP, Fondo Editorial, 2005, p. 318. Citando a TARELLO, Giovanni, dice: (...) la interpretación de la ley, es siempre un documento o un conjunto de documentos de los cuales se sabe o se postula que expresan una norma jurídica determinada o un conjunto de normas, norma jurídica es el significado que atribución es atribuido al documento o una combinación de determinados documentos. Varios Autores, *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivaciones de las resoluciones judiciales*, Gaceta Jurídica, 2004, p. 11. Interpretar es para el Derecho: «Comprender y hacer comprensible el sentido de la norma jurídica, delimitando su alcance y contenido. Implica la posibilidad de comprender los símbolos lingüísticos con los que la norma se expresa, captando su sentido y atribuyéndoles un significado».

¹⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 140-141.

poena sine lege stricta). Es decir, se descarta el derecho consuetudinario. De esta forma también se excluye la analogía, por que es trasladar a una regla jurídica a otro caso no regulado por la ley por vía de argumento semejantes.

Tribunal ha de recordar que la prohibición constitucional de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, *así como la prohibición de inaplicabilidad por analogía de la ley penal* y de las normas que restrinjan derechos, reconocidos en el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° y en el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución, respectivamente; no constituyen garantías procesales constitucionalmente reconocidas que puedan resultar aplicables únicamente en el ámbito de los procesos de naturaleza penal, sino que, por extensión, constituyen también garantías que deben observarse en el ámbito de un procedimiento administrativo disciplinario y, en general, de todo procedimiento de orden administrativo –público o privado– que se pueda articular contra una persona¹⁵.

El *principio de legalidad* en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)¹⁶.

El segundo, *Prohibición de retroactividad*, (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*).- es decir anterior a la comisión del hecho delictivo. Las leyes, no tienen efectos retroactivos. Así, un hecho no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente pero sólo cuando favorece al reo y por último, *la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas*, (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)¹⁷.- es decir, los delitos

¹⁵ CORDOVA GARCÍA, Exp. N° 274-99-AA/TC, (foja 3).

¹⁶ ALBURQUEQUE JIMÉNEZ, Exp. N° 8957-2006-PA/TC, (foja 14).

¹⁷ Vid. Marcelino TINEO SILVA, Exp. N° 010-2002-AI/TC, LIMA (foja 45).

deben ser descritos de la manera más precisa posible. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «*expresa e inequívoca*» (*Lex certa*)¹⁸.

III. Principio de protección de bienes jurídicos

Cuando hablamos de protección de los bienes jurídicos, solo deben ser preservados aquellos que son los más importantes para la sociedad. El Derecho penal solo debe intervenir como último recurso –como última razón *ultima ratio*– cuando los otros medios, tanto formales e informales de control social son ineficaces, intervención en que se requiere para la protección de estos bienes jurídicos que son indispensables para el desarrollo de la sociedad y la paz social. Pero hace poco reinaba el acuerdo unánime de limitar el poder del Estado en función a la tutela exclusiva de bienes jurídicos tutelados.

Pero, actualmente a nivel doctrinal existe la teoría de la **vigencia de la norma versus la teoría de los Bienes jurídicos**, pues la primera posición encabezada por el Profesor Gunther JAKOBS, niega que la misión del derecho penal consista en proteger bienes jurídicos y extiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal¹⁹ (...) «pues intentarse presentar al derecho penal como protección de bienes jurídicos, pero solo de

¹⁸ TINEO SILVA, Exp. N° 010-2002-AI/TC, LIMA (foja 45).

¹⁹ En estos últimos tiempos el cuestionamiento sobre la protección de bienes jurídicos está encabezado por uno de los juristas más polémicos de nuestros tiempos, Günther JAKOBS, mencionando que el Derecho penal tiene como finalidad «*de mantener o reestabilizar la vigencia a las normas*», siempre el derecho penal llega tarde a la protección de los bienes jurídicos. Es decir, que la pena no repara bienes, sino confirma la identidad de la sociedad. Por ello, el derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (traducción de Manual Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, p. 11.

modo bastante forzados»²⁰. Ahora bien, al haber anotado el planteamiento de uno de los profesores alemanes más polémicos de nuestros tiempos, nos parece adecuado realizar un recuento histórico de posturas de autores que nos servirán para plantear nuestra idea. BINDING, sostuvo que el bien jurídico es todo valor que, según el legislador constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal; es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador. El objetivo de éste no es la defensa de los intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad. BINDING definió el bien jurídico como todo lo que aun no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente²¹. Como señala JESCHKECH, el ordenamiento punitivo no debe intervenir «en cualquiera molestia de la vida colectiva sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales» del orden social: el Derecho penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos²².

Las funciones de los bienes jurídicos como vínculo del derecho penal con la realidad y de límites del poder punitivo del estado fueron preconizadas por Franz VON LISZ. Este autor negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hecho y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas. De

²⁰ CARO CORIA, *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004, p. 94. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*. PG, Grijley, 2005, pp. 21-22. También desde una perspectiva sociológica JAKOBS, sostiene que el fin primario del derecho penal no es evitar que los bienes jurídicos sean lesionados, sino más bien asegurar de manera suficiente la vigencia estable de las normas fundamentales indispensables para la existencia de un sistema social. [...] El bien jurídico es una situación valorada positivamente y consistente en simples situaciones o desarrollos, que son objeto de tutela de la norma. De conformidad con su concepción global, precisa que los bienes jurídicos deben ser percibidos como la resistencia frente a los comportamientos que comportan una defraudación de las expectativas normativas esenciales, las que corresponden prácticamente a la validez de las mismas normas. De modo que, por ejemplo, el reprimir el hurto no se protege el patrimonio ni la propiedad sino la expectativa normativa consistente en que la propiedad debe ser defendida. En la perspectiva de JAKOBS, sin embargo, no todas las normas penales protegen bienes jurídicos, ya que algunas de estas los crean y otras tutelan instituciones o directamente la paz social (bienes secundarios).

²¹ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*. PG, Grijley, 2005, pp. 14-15.

²² POLAINO NAVARRETE, *Instituciones de Derecho Penal*. PG, Grijley, 2005, p. 195. Reconocimiento del bien jurídico es un presupuesto básico para la justificación del ordenamiento penal.

acuerdo con la idea del fin de JHERING, considero que el derecho es un medio para satisfacer las necesidades sociales que se imponen como factores preexistentes y que condicionan, en consecuencia, la actividad legislativa y la jurisprudencia²³. Para ROXIN retorno las marcadas líneas de la concepción de VON LISZT, entendiendo que el derecho penal solo puede ser castigado las ofensas de bienes jurídicos y las infracciones contra los fines de prevención social, siempre que sean importantes para una vida comunitaria ordenada, es decir las «prestaciones publicas esenciales» de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del Estado²⁴.

Algunos autores, sin proponer el abandono completo de la categoría de bien jurídico, no consideran como fin principal del derecho penal la protección de bien. Desde su particular punto de vista, WELZEL, opinó que dicho fin consiste en la formación de las actitudes ético-sociales de las personas para promover su disponibilidad a favor del respeto de las leyes por tanto, sólo de manera indirecta se protegen los bienes jurídicos²⁵.

De alguna forma, la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que la de los derechos, al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico y, frente a la cual, se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de la colectividad. En el Estado Social de Derecho, por otra parte, es incuestionable la existencia de roles vitales en torno de la consecución de grandes objetivos. Vista la *seguridad ciudadana* como uno de esos roles en los que todo Estado se compromete, no cabe discusión alguna en torno del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento, constitucional le suele otorgar²⁶.

²³ HURTADO POZO, *op. cit.*, 2005, p. 16.

²⁴ CARO CORIA, *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004 p. 100. Este autor ha señalado posteriormente que los «bienes jurídicos son realidades o pretensiones, que son útiles para el individuo y su libre desarrollo o para el funcionamiento del sistema social, construido con tal fin».

²⁵ HURTADO POZO, *op. cit.*, 2005 p. 19.

²⁶ MATA CUADROS, Exp. N° 1889-2005-AA/TC, (Foja 14).

Actualmente toda norma de la parte especial del código penal o de leyes que debe proteger por lo menos bienes jurídicos. De aquí que, para aplicar la sanción penal se requiera necesariamente que haya lesión o puesta en peligro, como el Art. IV del Título preliminar.

IV. Fin de la pena y medidas de seguridad

Del cometido del Derecho Penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que ha de imponer en el caso concreto. Si el Derecho Penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como el mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado²⁷. Entonces diremos que la pena está relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a la norma: Sin embargo, «la pena es ajena a la norma²⁸». En efecto, siendo la pena un instrumento de control estatal, en la teoría de la pena quedan reflejadas las diferencias profundas que separan a las diversas concepciones sobre el poder del Estado. Por ello no puede extrañar que se manejen tantos conceptos como autores se han ocupado de estudiarla²⁹.

²⁷ ROXIN, Clauss, *Derecho Penal. PG*, tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, 1997, p. 81.

²⁸ VILLAVICENCIO TERRERO, *Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 46.

²⁹ PRADO SALDARRIAGA, «Las consecuencias Jurídicas del delito en el Perú», *Doctrina Jurisprudencia Legislación*, Gaceta Jurídica, 2000, p. 13. Cuando hablamos del concepto de teoría de la pena, vemos reflejado en ella un contenido teórico sin mucha importancia práctica, lo cual es refutado por el profesor alemán ROXIN en 1966, señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal «no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, si no de un tema de acuciante actualidad práctica». Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para

Modernamente ha surgido pensamiento, conocido como el «Funcionalismo», que hace planteamiento distintos sobre los fines de la pena, en tal sentido, tal como la afirma Peñaranda Ramos, como funcionalismo se identifica a todas aquellas orientaciones de la dogmática jurídico-penal que intentan construir las categorías del sistema a partir de los fines del Derecho Penal, pero dicho fines se esbozan con una orientación de carácter social, tal como afirman JAKOBS y ROXIN, aunque este último con criterio de prevención general positiva y prevención especial, pero dentro de una óptica general del **Derecho Penal** dentro del sistema social (..) ³⁰ Mientras que JAKOBS, propugna la vigencia o estabilización de la norma. Lo cual detallaremos las diferentes teorías de pena en transcurso del presente trabajo.

La teoría de la pena está vinculada a la función que corresponde al Derecho penal dentro de la sociedad. Analizando la misión que asigna a la pena, descubriremos la función del Derecho Penal. La justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social³¹. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria³².

El Derecho Penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro código pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido del Derecho penal gira en torno a la función de la pena y, a las corrientes modernas apuntan a desplazar las penas cuando ellas resultan innecesarias. A continuación presentaremos las diversas teorías que explican la función de la pena³³.

discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado. Ponencia del Profesor GARCÍA CAVERO, XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Guayaquil, Ecuador. 25, 26, 27 y 28 de Octubre de 2005.

³⁰ CASTAÑEDA DÍAZ, *El Presupuesto Lógico de la Acción Típica*, Studio Editores - Huacho, Marzo 2008, pp. 98- 99.

³¹ BRAMONT ARIAS T., *op. cit.*, p. 95.

³² CAVERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 3.

³³ BRAMONT-ARIAS T., *Lecciones de la Parte General y Código Penal*, Editorial San Marcos, 1998, p. 52.

1. Teorías retributivas o absolutas

Su origen se encuentra con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que se utiliza el estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena³⁴. (...) parte de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando así que el sentido y fundamento de la pena es sólo la justicia. (...) rechazan de plano la búsqueda de los fines fuera de la propia pena y consideran que aquella «se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo»³⁵.

(...) es sostener que la pena tiene un exclusivo fundamento espiritual y ético, libre y independiente de cualquier finalidad o contenido socialmente útil. Según esta tesis, la pena se justifica solo en virtud del delito cometido y la necesidad de brindar una expiación al delincuente. Para ellos se aparta de cualquier fin ulterior capaz de ver en la sanción penal el cumplimiento de un propósito, propio de la política social. No le interesa aquí si la pena el delincuente lograr ser corregido y resocializado o tal vez si solo se protege a la sociedad. Basta constatar que la pena es reacción proporcional al injusto cometido. El castigo proviene del delito realizado y no de la pretensión que no se delinca³⁶.

Es la concepción más tradicional de la pena, ha sostenido la necesidad de asignarle la función de una retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y culpable debe encontrar en él su merecido. Ellos se han fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas³⁷. Como vamos a desarrollar a continuación:

A.1. Desde el punto de vista religioso, el cristianismo - como otras religiones ha dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retribución de la pena. Así, el mensaje de Pio XII al VI Congreso internacional de Derecho Penal contenía el siguiente pasaje: «Pero el juez, en su juicio final, aplica únicamente el Principio de la retribución».

³⁴ VILLAVICENCIO TERRERO, *Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 45.

³⁵ *Ibidem*, p. 47, numeral 96.

³⁶ CASTILLO ALVA, «Fines de la Pena y medida de seguridad», *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004, p. 232.

³⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal*. PG, Editorial Montevideo / Buenos Aires, 7ª ed. reimpresión, 2005, pp. 87-88.

A.2. La fundamentación ética, de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como según este autor, **el hombre es un «fin en sí mismo»** que no es ilícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. (...) la ley se presenta como un imperativo categórico» es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras.

A.3. Más jurídica, es la fundamentación de la teoría de la retribucionista que propuso Hegel. Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente.

2. Teorías Preventivas o Relativa

Mientras que la teorías absolutas o de la retribución parte en su sentido estricto, de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin que hayan de tomarse consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asigna a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Se trata de una función utilitaria³⁸.

La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro³⁹.

La función que cumple es prevenir que en la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria de la pena. Se sostiene que la pena es necesaria para evitar la comisión de delitos. Estas teorías la podemos dividir en⁴⁰:

A. Prevención General: Cuando la función o misión de la pena es dirigida a toda la sociedad en general con el propósito de prevenir delitos, es decir; no individualiza al preceptor del mensaje. Es de decir como dice VILLAVICENCIO, sirve para intimidar a todos los individuos con el objeto que no comentan delitos. Se trata de una prevención colectiva⁴¹, esta teoría se puede subdividir en dos grupos:

³⁸ *Ibidem*, p. 90.

³⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁰ BRAMONT-ARIAS, *Lecciones de la Parte General y Código Penal*, Editorial SM, 1998, pp. 54-55.

⁴¹ VILLAVICENCIO TERRERO, *Lecciones del Derecho penal. Parte General*, Editora Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 36.

A.1. Prevención Positiva o Integradora, cuando la misión de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en la sociedad. Ejemplo: el artículo 106 Código Penal, busca resaltar que la vida se debe respetar.

A.2. Prevención Negativa o Intimidatoria, pretende coaccionar o intimidar psicológicamente a los miembros de la sociedad para que no comenten delitos. En nuestra realidad, la pena está cumpliendo ese papel – coaccionar, intimidar a todos los miembros de la sociedad; una muestra de esto es la implantación de la cadena perpetua, la cual tiene por finalidad intimidar a los ciudadanos para que no cometan delitos.

Jurisprudencia

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, como lo prevé el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es procurar que el condenado se inserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado; todo esto es concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad⁴².

B. Prevención Especial: Sostiene que la pena busca la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir, la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente -Art. IX Título preliminar del Código Penal y II y Art. II Título preliminar del Código Ejecución Penal.

3. Teorías de la Unión

Actualmente hay teorías dominantes de la unión, las cuales mezclan las teorías de retribución y prevención. Son criticadas, ya que no puede haber una pena retributiva y preventiva a la vez. Hay teorías que deben haber la prevención y la retribución establece límites máximos de penas, hay otras donde lo que prima es la retribución y es la prevención la que se considera como un complemento esta última desaparece⁴³.

⁴² Ejecutoria Suprema del 27/11/200 R. N. N° 3635-2000 Cuzco. ROJAS VARGAS, *Código Penal, 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, 2007, p. 444.

⁴³ BRAMONT-ARIAS T., *Lecciones de la Parte General y Código Penal*, Editorial SM, 1998, p. 55.

También destaca la teoría unificadora dialéctica de ROXIN, quien explica su posición utilizando las tres fases que el Derecho Penal emplea en su enfrentamiento con el individuo: conminación, aplicación judicial y ejecución de la pena. ROXIN considera necesario conservar los aspectos acertados de cada teoría (represiva y preventiva), en una concepción amplia donde las críticas y deficiencia de éstas sean amortiguadas por medio de un sistema de reciprocidad, complementación y restricción (...).

Jurisprudencia

«Es importante señalar que las Teorías de la Pena son puntos de vista que intentan explicar racionalmente la existencia del derecho penal, permite que unos ciudadanos (los jueces) en nombre de la sociedad, causen a sus semejantes el daño o mal que supone el sufrimiento de la pena, teniendo dicha teoría como función la sistematización y racionalización de la pena. (...) Teoría de la Unión, a su vez adoptado dos versiones diferentes, según se primacía a las exigencias de la justicia o de la prevención en caso de conflicto entre ambas, a saber, **una teoría de la unión aditiva**, caracterizada por que da prioridad a las exigencias de la justicia sobre la prevención y la otra **la teoría de la unión dialéctica**, que por el contrario da prioridad a las exigencias de la prevención sobre las de la justicia. (...)»⁴⁴.

4. Medidas de seguridad

El Derecho Penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva solamente con la aplicación de la pena, se habla de un Derecho Penal monista, por el contrario, se habla de un Derecho Penal dualista, cuando junto a la pena se aplican otras sanciones de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad. (...) el interés de este posible futuro delito es lo que justifica la medida de seguridad; pero como esa posibilidad se refiere a una persona determinada, la esencia es la prevención especial⁴⁵ que hemos desarrollado (reeducarlo y corregirlo y reincorporarlo a nuestra sociedad), pero

⁴⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 20 de diciembre del 2005, Exp. N° 019-2002-SPE/CSJL. ROJAS VARGAS, *Código Penal, 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, 2007, p. 444.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*. PG, Temis, 2004, pp. 57-58.

sabemos si no se logra ese fin lamentablemente a la inocuización, es decir apartarlo de la sociedad en caso que cumpla esos fines⁴⁶.

Surge Fundamentadas por las prevenciones especiales orientadas por el pensamiento positivista a mediados del siglo XX, Son sanciones que se impone a los inimputable o imputables relativo. Es decir las medidas de seguridad están destinadas a los supuestos en que comportamiento antijurídico no genera responsabilidad criminal en razón de la personalidad del sujeto o la hace limitadamente⁴⁷. Su función es prevenir nuevos delitos que pueden cometerse sujetos considerados por el derecho como peligrosos para la sociedad se busca la resocialización⁴⁸. La medida de seguridad supone la aplicación de un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometer un delito. El código penal de 1991 precisa como ya hemos mencionado en titulo preliminar articulo IX, «las medidas de seguridad persiguen fines de curación tutela y rehabilitación», de manera que la función que asigna a la medida de seguridad especial⁴⁹.

El cumplimiento con las funciones de pena y las medidas de seguridad no es competencia exclusiva de los jueces penales. En esta tarea participa de manera protagónica y siempre en primer lugar el parlamento y, en general, el legislador penal, dado que con la creación y puesta en marcha de una pena se debe tomar en cuenta si de modo abstracto de nueva sanción que se pretende incorporar al sistema punitivo se encuentra en condiciones de cumplir con la función «preventivo, protector y resocializadora» (pena) o con la finalidad de curar, tutela y rehabilitación (medida de seguridad)⁵⁰.

Jurisprudencia

Las medidas de seguridad se aplica un pronóstico de peligrosidad Post-delictual con la finalidad que el sujeto no incurra en la comisión de nuevos delitos; disponiéndose esta medida en aten-

⁴⁶ Podemos mencionar la falta más que todo por parte de nuestros gobernantes la predisposición a través de una política criminal, que cumplan estos contenidos normativos, y que se den en la práctica.

⁴⁷ BRAMONT-ARIAS T., *Manual de Derecho Penal*. PG, Eddili, Lima, 2002, p. 108.

⁴⁸ BRAMONT-ARIAS T., *Lecciones de la Parte General y Código Penal*, Editorial SM, 1998, p. 57.

⁴⁹ VILLAVICENCIO TERRERO, *Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 77.

⁵⁰ CASTILLO ALVA, «Fines de la pena y medida de seguridad», *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004, p. 229.

ción al principio de necesidad, basado en al peligrosidad como factor determinante para su aplicación, siendo dicha peligrosidad un pronostico que efectúa en atención al delito cometido, su modalidad de ejecución y evaluación psicológica del agente⁵¹.

V. Conclusiones

Entendemos que si bien el Derecho penal como *ultima ratio*, resuelve, hechos que transgreden el orden público, no debe existir la tendencia de *criminalizar* todos los problemas sociales como se ha pretendido últimamente. Así, la protección de bienes jurídicos es imprescindible, pero no debemos caer en el error de penalizar casi todas las conductas reprochables para la sociedad. Es decir, el principio de intervención mínima debe establecerse cuando los otros controles sociales han fracasado, pero no debe tomarse como la *primera ratio*, porque iría contra un estado social y democrático de derecho.

Es cierto, que en el derecho penal su manera de solucionar los conflictos sociales es muy violenta, pero, también es cierto que se debe *respetar al ser humano* como individuo, de no hacerse se estaría contradiciendo al principio de legalidad, ya que este ultimo es un límite a las arbitrariedades episódicas, que no han sido nada extrañas en la experiencia de la *aplicación de la ley penal peruana*.

La importancia de una política criminal sedimentada no solo se debe apuntar a un nivel dogmático [derecho abstracto] sino también en la praxis [derecho real], debido a que ello depende de una concientización que se debe tener en cuenta, que por el solo hecho de poner penas o sanciones mas graves no podrán cambiar una realidad inevitable y una inseguridad pública, sino mas bien se debe reformular el control social informal -medios de comunicación, iglesia, familia, e. o-, debido a que es el primer orden social que pasa a regular nuestras conductas.

Decir que en un «derecho penal en expansión» no se puede dejar de respetar principio básicos que sustentan un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁵¹ Resolución N° 526-98 de la Primera Sala Penal Corporativo para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del 7 de Agosto de 1998 (...). ROJAS VARGAS, *Código Penal, 16 años de Jurisprudencia Sistematizada*, 2007, p. 447.

Bibliografía

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. PG*, tomo I, *Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas, 1997.

CASTILLO ALVA, José, *Principios de Derecho Penal. PG*, 2002.

CASTILLO ALVA, «Fines de la Pena y medida de seguridad», *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004.

URQUIZO OLACHEA, José, «Principio de legalidad», en *Código Penal Comentado*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. PG*, Grijley, 2005.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial San Marcos, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. PG*, Editorial Montevideo / Buenos Aires, 7ª ed. reimpresión, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Estudios de Derecho Penal - Doctrina y Jurisprudencia*, Jurista Editores, 2004. *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada*, 2007.

URQUIZO OLACHEA, José, «Principio de legalidad», en *Código Penal Comentado*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004. *El Principio de legalidad*, Editorial Horizonte, 2000.

ESPINOZA ESPINOZA, *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano del 1984*, PUCP, Fondo Editorial, 2005.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. PG*, Grijley, 2005,

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, «Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú», *Doctrina Jurisprudencia Legislación*, Gaceta Jurídica, 2000, p 13.

GARCÍA CAVERO, Percy, XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Guayaquil, Ecuador. 25, 26, 27 y 28 de Octubre de 2005.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

PLENO JURISDICCIONAL, Exp. 0012-2006-PI/TC.

CÓRDOVA GARCÍA, Exp. EXP. N° 274-99-AA/TC.

ALBURQUEQUE JIMÉNEZ, Exp. N° 8957-2006-PA/TC.

TINEO SILVA, EXP. N° 010-2002-AI/TC, LIMA.

MATA CUADROS, EXP. N° 1889-2005-AA/TC.

**LA PUESTA EN VIGENCIA DE LA REINCIDENCIA
Y DE LA HABITUALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PENAL PERUANO¹**

FLOR DE MARIA LA HOZ RUIZ*

¹ El dilema de la reincidencia y de la habitualidad es materia de opinión a través de los profesores nacionales CASTAÑEDA OTSU, Susana; ROJAS VARGAS, Fidel, «Puntos de Vista. Reincidencia y Habitualidad: Entre el Derecho Penal del Enemigo y las Garantías del Estado de Derecho (Entrevista)», en *JuS Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Grijley, febrero 2, 2008, pp. 123-129.

* Fiscal Adjunta de la 2da. Fiscalía Provincial Penal de Villa El Salvador.

1. ¿La reincidencia y la habitualidad como expresiones del derecho penal del enemigo?

Una de las novedades que trajo el Código Penal de 1991 fue la proscripción de la reincidencia y de la habitualidad como formas de poder atribuir responsabilidad penal, asumiendo las reglas de un democrático derecho penal del acto. Sin embargo, con el **Decreto Ley N° 25475 (06/05/1992)**, para el ámbito específico del delito de terrorismo, y con las **Leyes N° 28726 (09/05/2006)** y **N° 28730 (13/05/2006)**, para el ámbito general de los delitos, se reinstituyen estas anacrónicas y cuestionadas instituciones que se adscriben más bien a un derecho penal de autor.

Según nuestro Tribunal Constitucional por medio del **EXP. N° 00014-2006-PI/TC-COLEGIO DE ABOGADOS DEL CONO NORTE DE LIMA**, sin perjuicio de ser categórico en señalar que toda manifestación del Derecho Penal del Enemigo^{2 3} implica considerar a

² Se deben revisar los siguientes trabajos académicos de la doctrina nacional, los mismos que realizan un certero cuestionamiento constitucional a las manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo: ALCÓCER POVIS, Eduardo, «El Derecho Penal del Enemigo. ¿Realización de una opción política o de una criminal política de Estado?», en *Actualidad Jurídica*, tomo 150, Editorial Gaceta Jurídica, mayo 2006, pp. 293-301. Del mismo autor se puede apreciar el siguiente trabajo: «Más sobre el Derecho Penal del enemigo. Repaso a sus manifestaciones en el Perú», en *Actualidad Jurídica*, tomo 154, Editorial Gaceta Jurídica, setiembre 2006, pp. 273-279. Dentro de una posición contraria, esto es, de que las manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo, como la reincidencia y la habitualidad, no vulneran las reglas de un Estado Constitucional de Derecho, se puede citar al profesor POLAINO-ORTS, Miguel, «Reincidencia y Habitualidad: Poniendo caras al enemigo. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del Exp. N° 0014-2006-PI/TC», en *JuS Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Grijley, Febrero 2, 2008, pp. 45-62.

³ El jurista nacional MEINI, Iván, «Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos», en *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*,

algunos individuos como no personas (enemigos), en la que no se les aplicable los fines constitucionales de la pena, doctrina que es contraria al derecho-principio de la dignidad humana así como a las reglas de un Estado que se funda en el principio político democrático, buscando que estos sujetos sean eliminados, **ha convalidado la constitucionalidad tanto de la reincidencia como de la habitualidad**, negando que estas instituciones sean manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo.

Dentro de este contexto se ha afirmado lo siguiente:

«(...)

Constitución y «derecho penal del enemigo»

4. En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que «(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación».

5. Prosigue: «Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el dere-

Francisco MACEDO (coordinador), Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Primera Edición-Abril, 2007, p. 151, con respecto al Derecho Penal del Enemigo es del parecer que: «En la discusión jurídico-penal de la actualidad, tal vez, el, así denominado, derecho penal del enemigo -*Freindstrafrecht*- sea el tema que más pasiones despierta y más controversias suscita entre sus seguidores y detractores. A estos se les suele representar como garantistas y liberales; a aquellos se les cataloga de totalitarios y fascistas. Se llega así a proclamar que el derecho penal del enemigo legitima reacciones jurídico-penales no acordes con el respeto de los derechos fundamentales, propias de regímenes en donde las cuotas de democracia difícilmente alcanzan un nivel de aceptación. Hasta donde alcanzo a observar, sin embargo, el derecho penal del enemigo es una descripción de la realidad o, mejor dicho, un esfuerzo descriptivo de la forma como, a veces, los Estados reaccionan frente a cierto tipo de criminalidad grave. Como tal, el derecho penal del enemigo adolece de capacidad configurativa; es, en este sentido histórico, *avalorativo*».

cho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal «simbólico», sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales – que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad» (...).

Por lo citado en comillas, según nuestro Máximo Intérprete de la Constitución, en principio y como marco general, las reglas del Derecho Penal del Enemigo van en contra de los principios y valores constitucionales, pero eso no implica que, ahora como conclusión, la reincidencia y la habitualidad sean manifestaciones del derecho penal del enemigo⁴.

2. ¿La reincidencia como una manifestación que atenta contra principios de carácter constitucional?

El principio constitucional *non bis in ídem*, o el principio de la interdicción de persecución y sanción múltiple, es definido en palabras simples de la siguiente manera: nadie podrá ser procesado ni sancionado dos o más veces por el mismo hecho, en tanto concorra la presencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, principio que tiene su aplicación tanto para las sanciones penales y administrativas, existiendo la prevalencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo Sancionador.

⁴ El jurista nacional GARCÍA CAVERO, Percy, «Existe y debe existir un derecho penal del enemigo», en *Derecho Penal de Enemigo. El discurso de la exclusión*, volumen 1, CANCIO MELIÁ / GÓMEZ-JARA DÍEZ (coordinadores), Edisofer S.L. (Madrid), Euros Editores S.R.L. (Buenos Aires), BdeF (Montevideo), 2006, pp. 925-948, prefiere decir que en la legislación penal peruana, conforme a los rasgos característicos de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, libertad sexual y corrupción de funcionarios, existe en forma indudable un Derecho Penal del Enemigo, es decir, que debe reconocerse la existencia de esta modalidad de Derecho Penal, aunque pueda no estarse de acuerdo con esta forma de regulación punitiva. Por tanto, una cosa es su existencia-regulación y otra cosa es su cuestionamiento de legitimidad.

El Supremo Intérprete de la Carta Magna nacional ha establecido que el principio constitucional *non bis in ídem* expresa en su conceptualización dos contenidos: un contenido material y un contenido procesal, siendo definido cada uno de ellos en forma diferente.

En términos de *verbigracia*, en el EXP. N° 8123-2005-PHC/TC-LIMA-NELSON JACOB GURMAN se ha hecho mención que:

«(...)

25. Por su parte, en la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal señaló que el **contenido esencial constitucionalmente protegido del *ne bis in ídem*** debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su formulación **material**, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. **Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.**

En su vertiente **procesal**, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, *que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos* o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. **Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo).** Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución.

26. Es menester puntualizar, entonces, que el *ne bis in ídem* procesal supone básicamente dos persecuciones, y tiene que ver con los límites que es preciso imponer en un terreno en el cual una de las partes –el Estado– va a tener atribuciones asimétricas frente al procesado. Esto no limita la obligación del Estado de perseguir el presunto delito, sino que lo ordena bajo parámetros constitucionales con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la libertad (...)» (negritas nuestra).

Una de las principales novedades del aún vigente, pero maltratado Código Penal de 1991, corroborado y justificado por su propia exposición de motivos, fue la eliminación de las antiguas figuras penales de la reincidencia y de la habitualidad, teniendo como uno de sus principales fundamentos la vulneración del principio constitucional *non bis in ídem*, sin embargo, a la fecha ambas instituciones han regresado al ordenamiento jurídico penal nacional, teniendo ahora el aval del Tribunal Constitucional.

En el caso de la reincidencia se busca justificar que para la fijación de la pena por la comisión de un nuevo delito, se debe tener también en cuenta, en términos de determinación o individualización judicial de la pena, la comisión del primer delito, delito que ya habría sido valorado y sancionado penalmente. Frente a esta justificación se debe tener en cuenta las distintas posiciones doctrinarias e institucionales.

En la doctrina extranjera, con respecto a si la reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad se vincula o no con el *non bis in ídem*, el jurista argentino Julio B.J MAIER, argumenta su posición de la siguiente manera:

«(...) Se trata ahora de saber si es posible que la recaída en el delito (*reincidencia*) se pueda computar como una agravante, esto es, si quien delinque después de haber sido condenado por una sentencia firme (*reincidencia ficta*) o de haber sufrido una pena (*reincidencia verdadera o real*), puede ser sancionado más severamente o sufrir una pena agravada respecto de la ordinaria, cuando es condenado por un delito posterior a la condena o a la pena sufrida. La posición que veda esa posibilidad, despojada de los argumentos de Derecho Penal material que se refieren tanto al punto de partida para la comprensión del Derecho Penal (Derecho Penal de acto o de autor principio de culpabilidad), cuanto al fin de la pena (prevención general y especial), acude también

al principio *ne bis in idem* para explicar la agravación de pena por reincidencia como una inobservancia de su contenido fundamental: el *plus* penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado y así agregarle al delito posterior una pena superior, solo en virtud del delito anterior»⁵.

Nuestra Defensoría del Pueblo, rechazándola en forma categórica, advierte que:

«La reincidencia o habitualidad afectan el derecho penal de acto. Considerarlas como un elemento para incrementar la penalidad **significa considerar nuevamente actos pasados por los cuales la persona ya ha respondido penalmente y cumplido su condena**, por lo que seguiría siendo afectada por un lapso adicional al señalado por la sentencia condenatoria.

Asimismo, la reincidencia o habitualidad, al evaluar conductas pasadas para determinar el monto de la pena, afecta el **principio del non bis in idem**, en su sentido sustantivo y procesal, que tiene un reconocimiento constitucional»⁶ (negritas nuestra).

Siguiendo esa lógica interpretativa, en la doctrina nacional se sostiene que:

«Otros de los efectos del *ne bis in idem* sobre el Derecho penal material quizá sea aquella prohibición donde no se puede agravar la pena por reincidencia, pues el **plus penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado**, y así agravarle al delito posterior una pena superior, sólo en virtud del delito anterior»⁷ (negritas nuestra).

Esta misma posición académica agrega que:

«Estas figuras –como había sido expresado en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991- **vulnera el principio del *ne bis in idem***, ya que permite valorar como circunstancia agravan-

⁵ MAIER, Julio B.J., «Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)», en *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra y el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, 1ª ed., Mayo, 2008, pp. 448-449.

⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, «Supervisión del Sistema Penitenciario 2006». Serie Informes Defensoriales-Informe N° 113, 2007, p. 28.

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La garantía de ne bis in idem en el Ordenamiento Jurídico Penal*, Jurista Editores, 2006, p. 28.

te un hecho –el mismo que fue juzgado y condenado en proceso anterior- nuevamente en otro proceso»⁸ (negritas nuestra).

Sumando a la anterior, se viene también diciendo que:

«Es cierto que la reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia y Argentina, entre otros) y que en doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a fundar su existencia: unos basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc. **Sin embargo, el rechazo a esta forma de agravación es doctrina dominante** (en Alemania se suprimió esta agravante en 1986)»⁹ (negritas nuestra).

Y corroborando esta posición dogmática, últimamente se ha establecido que:

«En nuestra opinión, el pleno del TC no logra explicar por qué no se afecta el *ne bis in idem*, cuando se aplica una mayor pena por el segundo delito sobre la base del primer delito. No creo que solo se le «tome en consideración» (vide fundamento 24 de la sentencia) para graduar la pena del segundo delito, pues la sanción para este segundo injusto está expresamente delimitada hasta en un tercio por encima del máximo fijado por el tipo penal. Así, lo cierto es que no se logra explicar por qué no se afecta el *ne bis in idem* pues, **es evidente que el primer injusto que ya ha sido juzgado, es nuevamente puesto a cuenta del infractor condenado por el segundo delito, de manera que la mayor gravedad de la pena para el segundo delito es una adicional de gravedad originado por el primer delito**»¹⁰ (negritas nuestra).

⁸ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La garantía de ne bis in idem en el Ordenamiento Jurídico Penal*, cit., p. 28.

⁹ ALCÓCER POVIS, Eduardo, «Más sobre el Derecho Penal del enemigo. Repaso a sus manifestaciones en el Perú», en *Actualidad Jurídica*, tomo 154, Editorial Gaceta Jurídica, setiembre 2006, p. 278.

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., «Insistiendo sobre la inconstitucionalidad de la reincidencia. Comentario a la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 0014-2006-PI/TC», en *JuS Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Grijley, Febrero 2, 2008, p. 70. Dentro de este estilo de crítica a la reincidencia, se puede citar a los siguientes autores nacionales: REVILLA LLAZA, Percy Enrique, «Apuntes sobre la constitucionalidad de la

De acuerdo a esa misma lógica, en términos de similitud en sus consecuencias, se ha dicho que:

«Claro que si, en estricto, no estamos ante una doble sanción de un mismo hecho, sí estamos, como señala Reátegui Sánchez, **ante una doble valoración, lo que también importa una afectación del principio de *ne bis in ídem* en sentido material (...)**»¹¹ (negritas nuestra).

Asimismo, desde antes de la reintroducción de la reincidencia en el ordenamiento jurídico penal nacional, dentro de un punto de vista de *lege ferenda*, o sea, de propuesta legislativa, se había sostenido que:

«(...) no se debe reinstaurar la institución de la reincidencia en nuestro país porque al legislar sobre aquello, sería volver a sancionar penalmente a una persona que ya redimió su pena con la sociedad a través de la anterior condena, con ello se vulneraría el Non Bis In Ídem y se sancionaría desproporcionalmente al autor de delito, **puesto que se estaría castigando dos veces por un mismo ilícito penal**»¹² (negritas nuestra).

Sin embargo, pese a estas posiciones académicas y hasta institucionales como de la propia Defensoría del Pueblo, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la reincidencia (así como también de la habitualidad) en el citado EXP. N°

agravante de reincidencia. A propósito de la STC Exp. N° 0014-2006-PI-TC», en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, tomo 03, Editorial Gaceta Jurídica, Marzo 2008, pp. 155-154.

¹¹ ORÉ SOSA, Eduardo A., «El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0014-2006-PI/TC», en *JuS Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Grijley, Febrero 2, 2008, p. 83. Asimismo, dentro de la misma coherencia, se ha dicho a través de LÁZARO RIVERA, Dimas, «El retorno de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad al sistema punitivo peruano, parte de las antinomias del sistema codificativo penal peruano», en *APECC-Revista de Derecho*, Año III, N° 5, Lima, 2007, p. 199, que: «En definitiva la reincorporación de las instituciones jurídicas como la reincidencia y la habitualidad para agravar las penas, traen consigo dificultades para su aplicación, entre las cuales tenemos, que viola la garantía constitucional de la cosa juzgada -*non bis in ídem* (no dos veces por la misma causa)-, al incrementarse la pena por la condición personal del delincuente reincidente o habitual, por el hecho de tener éste al tiempo de la comisión de un delito otra condena anterior para el primero y para el segundo la coexistencia al menor de tres hechos punibles en un lapso de cinco años (...)

¹² PAZ PANDURO, Moisés N., «¿La reincidencia debe aplicarse nuevamente en el Perú?», en *Normas Legales. Análisis Jurídico*, tomo 355, Editora Normas Legales, Trujillo, Diciembre 2005, p. 248.

00014-2006-PI/TC-COLEGIO DE ABOGADOS DE CONO NORTE DE LIMA, afirmando que, entre otros fundamentos, el mismo no vulnera el principio *non bis in ídem*.

Conforme a esa línea de ideas, nuestro Máximo Intérprete de la Constitución ha hecho destacar, en forma confusa y para nada convincente, lo siguiente:

«(...)

23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. **Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples.** Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

24. El primer delito cometido -aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; **simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto.** Por su parte, el acto delictivo reincidente -es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, **aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.** Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*» (negritas nuestra).

En conclusión, según nuestro Tribunal Constitucional el hecho de que simplemente se **tome en consideración el primer delito** para efectos de graduar o individualizar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto, es decir, posterior, o que el segundo delito cometido **se vea agravado como consecuencia de la existencia de antecedentes**, se dice que no se viola el principio constitucional *non bis in ídem*.

En otras palabras, se quiere hacer ver e interpretar algo que todos con una mínima y elemental formación jurídica vemos e interpretamos de otra forma, **porque del mismo tenor de justificación se deduce la violación del *non bis in ídem***.

Esta posición, si bien en términos doctrinarios es materia de cuestionamientos sólidos, deberá ser respetada conforme a lo expresamente regulado en el segundo párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el sentido que:

«Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional (...)

Los jueces **no** pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada **haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad** o en un proceso de acción popular (...)» (negritas nuestra).

En términos concretos, con esta regulación significa que los jueces no podrán aplicar el control difuso (inaplicando la ley), por lo que no podrán dejar de aplicar las reglas sustantivas de la reincidencia, ya que la misma ha sido convalidada constitucionalmente¹³

Es evidente que, más allá de la posición de nuestro Tribunal Constitucional, el castigo por reincidencia y habitualidad implica el regreso a los postulados del derecho penal de autor, posición que va en contra del principio de culpabilidad en su manifestación de la proscripción del castigo en base a la personalidad y/o caracteres del sujeto infractor¹⁴,

¹³ Es relevante que se tome también en cuenta el último Precedente Vinculante del 18 de julio del 2008 asumido por las Salas Penales de la Corte Suprema, a través del **IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial**, en la que en el **Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 (ASUNTO: Reincidencia, Habitualidad y Determinación de la Pena)**, se asume el criterio de que el órgano jurisdiccional, en el caso de la reincidencia, tiene y mantiene la libertad de imponer una pena entre el mínimo y el nuevo máximo más grave.

¹⁴ Confirmando la posición doctrinaria que establece que la reincidencia y la habitualidad son manifestaciones del Derecho Penal de autor, pueden verse los siguientes trabajos: ORÉ SOSA, Eduardo A., «El endurecimiento del Derecho Penal a través de la Leyes 28726 y 28730», en *Actualidad Jurídica*, tomo 151, Editorial Gaceta Jurídica, junio 2006, pp. 13-21; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., «La ley penal sobre reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico», en *Actualidad Jurídica*, tomo 151, Editorial Gaceta Jurídica, junio 2006, pp. 23-31; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., «La habitualidad y el principio de proporcionalidad de las penas. A propósito de la modificación del artículo VIII y la incorporación del artículo 46-C al Código Penal», en *Actualidad Jurídica*, tomo 153, Editorial Gaceta Jurídica, agosto 2006, pp. 103-108.

criterios expresamente desterrados según la exposición de motivos del Código Penal de 1991.

Por eso mismo la doctrina nacional es contundente en afirmar que: «Definitivamente confronta la reincidencia, además con el **principio de un Derecho penal de acto**, el principio de culpabilidad y el principio de fin de la pena (prevención general y especial)»¹⁵ (negritas nuestra).

Sin perjuicio del respeto que debe existir al criterio asumido por nuestro Tribunal Constitucional, esto no ha sido impedimento para que las Salas Penales de la Corte Suprema, a través del **IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial**, en el **Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116**¹⁶, sostengan lo siguiente:

«(...) la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado (...).

¹⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *La garantía de ne bis in ídem en el Ordenamiento Jurídico Penal*, cit., pp. 28-29.

¹⁶ ASUNTO: «Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena», p. 6.

**PROCESO INMEDIATO Y ACUSACIÓN DIRECTA:
DIFERENCIAS ENTRE AMBAS INSTITUCIONES PROCESALES**

CLAUDIA FIORELLA FELIX PACHECO¹

¹ Estudiante de 5to. año de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente académica de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral. Miembro del Taller de Ciencias Penales de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

Introducción

La implantación de la reforma procesal penal en el Perú, ha causado controversias entre los operadores jurídicos e instituciones vinculadas al proceso, que incluso a varios años de su instauración progresiva siguen surgiendo nuevos problemas y discusiones en torno a sus diversos aspectos.

Uno de ellos lo constituye la puesta en práctica de las fórmulas de simplificación procesal, aspecto que incluso últimamente ha sido cuestionado por las autoridades que gobiernan nuestro Estado, llevándolas incluso a paralizar la progresiva implantación de la reforma. Siendo tal actitud desdeñable y criticable por desconocer lo favorable que ha resultado la reforma en los distritos donde ya se viene aplicando.

En el presente artículo se busca establecer las diferencias existentes entre dos figuras procesales precisamente de simplificación procesal, reguladas en el Código procesal Penal del 2004, estas son: el proceso inmediato y la acusación directa.

La aplicación de ambas figuras ha generado cierta confusión en su aplicación por parte de los operadores que aplican este nuevo código, dado que hay quienes asumen que ambas figuras son iguales.

En tal sentido en el presente artículo se demostrará que ambas figuras procesales son distintas desde su naturaleza procesal hasta los efectos que generan dentro del proceso.

I. Generalidades

1.1 Proceso Inmediato

El proceso inmediato es uno y el primero de los 7 procesos especiales que se encuentran regulados en el libro V de nuestro NCPP de 2004.

Cada uno de estos procesales especiales se particulariza en razón de la materia a la que están referidos, sea por circunstancias o delitos específicos, o en razón de las personas para los que están previstos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva.

Asimismo, la mayoría de estos procesos atiende a criterios de simplificación procesal por lo que debido a razones de política legislativa, se ha determinado que junto con el proceso común se regule una gama de vías alternativas que permitan diversificar las especialidades, así pues, la naturaleza de estos procesos está orientada a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal ordinario.

Este proceso puede ser definido como aquel proceso especial, que en procura de la celeridad de los procesos penales, permite pasar directamente de la fase de diligencias preliminares a la fase de juicio oral, obviando llevar a cabo las etapas de investigación preparatoria propiamente dicha y la intermedia, de un proceso común.

No obstante, cabe destacar que este proceso, según se señala en el artículo 447° del CPP del 2004, puede realizarse inclusive, cuando el Fiscal haya formalizado la Investigación Preparatoria, siempre y cuando éste lo solicite antes de los treinta días de haberse producido dicha formalización.

Este proceso, cuya incoación corresponde al Fiscal, constituye una celebración anticipada del juicio oral. Por ello, es considerado como uno de los procesos especiales en los que se expresa con mayor nitidez el objetivo de buscar la simplificación y celeridad del procedimiento ordinario².

1.2 Acusación directa

Como es sabido, el titular de la acción penal, de acuerdo con lo establecido por la norma procesal penal, es el Fiscal; no obstante ello, el fiscal no sólo ejercita la acción penal, sino que condiciona las resoluciones de los Jueces (solo las establecidas por ley, como las sentencias) a un dictamen previo emitido por aquél³.

Para cumplir con dicha obligación, el Ministerio Público cuenta con la ayuda de la Policía Nacional para averiguar las circunstancias

² NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & Litigación oral*, Idemsa, Lima, p. 431.

³ VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, «Acusación Directa vs. Proceso Inmediato» en *Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica*, N° 116, Lima, mayo-2008, año 13, p. 262

del hecho y, sobre esa base, determinar si ejercita o no la acción penal. En el caso de existir un hecho con matiz de ser un delito, el Fiscal tendrá, recurriendo al NCPP, las siguientes alternativas para ejercer la acción penal:

- a) formaliza denuncia y con ello se inicia la etapa de investigación preparatoria (art. 336°, inciso 1). o
- b) acusar directamente (art. 336°, inciso 4).

El Nuevo Código Procesal Penal, siguiendo el corte acusatorio, dispone tales alternativas para que el Fiscal, como único titular de la acción penal, cumpla con su obligación de persecución.

Tales alternativas antes descritas se encuentran dentro del Libro III que regula el Proceso Común, y lejos de contradecirse entre sí, tales alternativas tienen un mismo fundamento: la necesidad o no de una investigación preparatoria destinada al acopio de indicios suficientes que determinen, ya en el juicio oral, la responsabilidad del agente.

En ese sentido, la acusación directa se presenta como el instituto procesal que le permite al fiscal acusar directamente solo con el resultado de la subetapa de las diligencias de investigación preliminares, obviando así llevar a cabo la subetapa de investigación preparatoria formalizada –o propiamente dicha–.⁴

II. Proceso inmediato y acusación directa: diferencias

2.1. Diferencia en cuanto a la naturaleza procesal de ambas figuras

Estas dos instituciones tienen en común la característica de constituir ambas dos instituciones procesales de simplificación procesal, sin embargo, cada una de ellas reviste una específica naturaleza procesal que la hace diferente. Así pues tenemos, como ya se ha referido líneas arriba, que el proceso inmediato es uno e los siete procesos especiales que regula el CPP de 2004, como tal se particulariza en razón de los supuestos específicos a los que está referido.

La acusación directa, en cambio, no es un proceso especial, como sí lo es el proceso inmediato, o la terminación anticipada.

⁴ PEÑA GONZÁLES, Oscar y otros, *Mecanismos Alternativos de Resolución del conflicto penal y los nuevos procesos penales especiales. Manual práctico para su aplicación en el nuevo proceso penal*, APECC (Asociación peruana de ciencias jurídicas y conciliación), Lima, 2010, p. 282.

La acusación directa es parte del proceso común, que consiste en la no utilización del plazo legal o convencional de la investigación preparatoria, al haberse satisfecho en determinados casos, en su generalidad delitos de bagatela, los requisitos habilitantes para formular directamente una acusación, con la misma rigurosidad cognoscitiva que si se hubiera recorrido por la subfase de investigación preparatoria propiamente dicha, requiriéndose en ambos supuestos el grado de certeza positiva del Fiscal sobre la existencia del evento delictivo y su vinculación con el imputado, de cara a la obtención de una condena en la etapa de juzgamiento.

2.2. Diferencia en cuanto a los supuestos de aplicación

Ambas figuras procesales poseen diferentes supuestos por los que procede su aplicación.

2.2.1. Supuestos de aplicación del proceso inmediato

Así pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 446° del NCPP, referido al proceso inmediato, este procede cuando:

- a. El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o
- b. El imputado ha confesado la comisión del delito; o
- c. Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

a. Flagrancia. El NCPP, en el inciso 1 de su Art. 259°, e inciso 2° prescribe «... Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo...».

b. Confesión. En el Art° 60 inciso 1 del CPP de 2004, establece que la confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado⁵.

Así pues, la confesión consiste en el acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la

⁵ Art 160, inciso 1 del CPP del 2004.

investigación o el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa. Dicha declaración puede contener alegaciones encaminadas a atenuar y excluir la pena.

Su carácter peculiar radica en que es desfavorable para el sujeto declarante.

c. Elementos de convicción previa declaración del Imputado.

Este supuesto hace alusión a la existencia de suficiencia probatoria. Así pues, existen elementos de convicción suficientes, cuando de lo actuado en la investigación preliminar se han hallado elementos incriminantes de tal calidad, que bastan para sustentar una acusación.

Son estos supuestos de aplicación, los que justifican la directa presencia del imputado al juicio oral, dada la superfluidad e innecesidad en que deviene pasar por el filtro de la audiencia preliminar y el control de la acusación, en suma pasar por la etapa intermedia ante dichos supuestos es innecesario.

2.2.2. Supuestos de aplicación de la acusación directa

La acusación directa no descansa en supuestos de flagrancia o confesión, ni tampoco que las diligencias que han producido convicción al fiscal, necesariamente sea con previa declaración del imputado; supuestos que sí requieren el proceso inmediato⁶.

El Art°. 336.1 del NCPP permite al fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, formular directamente acusación, de ahí que se use también la denominación de «acusación por salto»⁷.

La norma acotada, reconoce sin duda la facultad del Fiscal de obviar el tránsito de la investigación preparatoria propiamente dicha, según la estrategia diseñada en un caso concreto.

Aplicando el método sistemático por comparación con toras normas, debemos complementarlo con lo que establece el artículo 336.1, en el sentido que procederá la acusación directa, cuando de la reali-

⁶ PEÑA GONZÁLES, Oscar y otros, *op. cit.*, p. 284.

⁷ Exp. 997-2009-0. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, Trujillo, 27 de octubre del 2009.

zación de las diligencias preliminares por el Fiscal, aparezcan indicios reveladores y suficientes de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado, y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad⁸.

Esta exigencia indagatoria previa a la acusación directa, también encuentra respaldo en el artículo 330 inciso 2 del CPP del 2004, cuando se precisa que las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos arteriales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados.

Finalmente, el Art° 349. 1. c del CPP del 2004, prescribe que la acusación fiscal, será debidamente motivada, y contendrá, entre otros requisitos «los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio».

2.3. Diferencia en cuanto al momento en que se puede incoar su aplicación

También se pueden diferenciar ambas figuras por el momento procesal en que es posible incoar su aplicación; en ese sentido, para el caso del proceso inmediato, el fiscal puede decidir plantear el requerimiento de inicio del proceso inmediato al concluir las diligencias preliminares o dentro de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria; en cambio, la acusación directa puede ser incoada por el fiscal únicamente al concluir las diligencias preliminares que llevaron a la convicción de responsabilidad del imputado.

2.4. Diferencias en cuanto a las etapas procesales que se omiten en su realización

La acusación directa autoriza legalmente al fiscal a no utilizar el plazo de la investigación preparatoria propiamente dicha, en el entendido que la utilización del plazo de la investigación preliminar ha sido suficiente para recopilar o receptionar elementos de convicción de cargo, que positivamente han confirmado la noticia criminal contenida en la denuncia, de cara a la formulación de una acusación con todos sus requisitos formales y sustanciales, con el mismo estándar de

⁸ *Ibidem*.

exigencia cognoscitiva que una acusación producto del agotamiento de la segunda subfase formalizada de la investigación.

De ello tenemos que, lo que se simplifica con esta institución, es la etapa de investigación preparatoria, por tanto sí se llevarán a cabo la etapa intermedia, y posteriormente la de juzgamiento, de acuerdo a las reglas del proceso penal común⁹.

Así pues, no hay necesidad alguna para que el fiscal, habiendo obtenido suficientes indicios en la etapa preliminar, formalice denuncia y con ello esperar el cumplimiento de los plazos de una investigación preliminar. Formulada la acusación directa, el Juez de la investigación preparatoria no tiene otra posibilidad que la de instaurar la Etapa Intermedia¹⁰.

En cambio, tratándose del proceso inmediato, se omiten llevar a cabo la investigación preparatoria propiamente dicha y la etapa intermedia de un proceso común.

Así pues, el proceso inmediato, se encuentra determinado por la falta de necesidad de realizar la investigación preparatoria, debido a la existencia de flagrancia delictiva, confesión del imputado en la comisión del delito y/o porque los elementos de convicción evidencian la materialización del ilícito penal y la participación del imputado¹¹.

2.5. Diferencia en cuanto al control de la acusación

Otra diferencia que se puede establecer entre ambas figuras, gira en torno al momento y a la autoridad judicial que lleva a cabo el control de la acusación; así pues, tratándose del proceso inmediato, el que implica no llevar a cabo ni la etapa de investigación preparatoria ni la intermedia de un proceso común, el control judicial de la acusación, ha de realizarse por el juez de juicio (sea este unipersonal o colegiado).

⁹ En el mismo sentido opina CÁCERES J., Roberto E. / IPARRAGUIRRE N., Ronald D., *Código Procesal Penal comentado*, Jurista Editores, 2006, p. 383. «Si el fiscal está totalmente convencido de la comisión del delito y cuenta para ello con suficientes elementos de prueba, no tendrá que esperar a que el plazo de la investigación preparatoria venza para recién acusar, pues en este sentido la norma es flexible y sobre todo porque ello implica la abreviación de las diligencias y tiempo en el proceso a seguir». *Código Procesal Penal Comentado*, Jurista Editores, 2006, p. 383.

¹⁰ VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, *op. cit.*, p. 263.

¹¹ CALLE PAJUELO, Marlon Javier, El proceso Inmediato y la Eficacia de las Diligencias Preliminares en el Nuevo Código Procesal penal. (en) *Simplificación procesal*, Colección de Textos, Mario Pablo RODRÍGUEZ HURTADO, Marlon Javier CALLE PAJUELO. Marzo-Mayo.2007, p. 103.

Así pues, esta autoridad realiza un control de forma y fondo de la acusación (cumpliendo las veces de un saneamiento procesal). En este caso, el control de la acusación no es realizado por el juez de la investigación preparatoria, dado que la participación de esta autoridad judicial se limita única y exclusivamente a realizar el control judicial del requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, ello puede desprenderse sistemáticamente de lo establecido en los artículos de los incisos 1 y 2 del Artº. 447 e incisos 1 y 2 448 del CPP del 2004¹².

En cambio, tratándose de la acusación directa, es preciso que ésta tenga un previo control judicial a cargo del juez de la investigación preparatoria durante la etapa intermedia. Ello, dado que, la desformalización del proceso con la acusación directa al exonerarse al fiscal del dictado de disposición de formalización de la investigación preparatoria y su puesta en conocimiento al juez y al imputado, hace desaparecer a uno de los principales actos procesales garantistas, que es la puesta en conocimiento de la imputación fiscal al imputado, para que se defienda y designe su abogado defensor particular o uno de oficio, y a un plazo razonable para que prepare su defensa y ejerza su autodefensa material y a intervenir en plena igualdad de condiciones en la actividad probatoria. Es decir, que si el fiscal decide acusar directamente, tiene que tutelar –previamente a su acusación– que el imputado ejerza esos derechos, porque no pueden ser restringidos porque el derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento¹³.

La fase intermedia de discusión y control de la acusación, se funda en la idea que los juicios deben ser preparados convenientemente y solo debe llegarse a ellos, luego de una actividad responsable. El juicio es público y ello significa que el acusado deberá defenderse de la acusación en un proceso abierto, que será conocido por todos los ciudadanos.

¹² Artº 447.1 «El Fiscal (...), se dirigirá al Juez de la investigación preparatoria formulando el requerimiento de proceso inmediato. (...)» Artº. 447.2 «Se acompañará al requerimiento el expediente fiscal»

Artº. 448.1 «El juez de la investigación preparatoria, previo traslado al imputado y a los demás sujetos procesales (...), decidirá si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación.»

¹³ VILLAVICENCIO RÍOS, «Los problemas en la aplicación de la acusación directa» en *Actualidad Jurídica*, t. 180, Lima, 2008, p. 171.

En ese sentido, así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo, por más que la persona sea absuelta y se compruebe su inocencia, el solo sometimiento a juicio habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aún de descrédito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al acusado, no sea apresurada, superficial o arbitraria¹⁴.

Ello ha de ser así en ambas figuras respectivamente, dada la importancia que tiene el control del contradictorio en la acusación del fiscal, a fin de resguardar los derechos y garantías que asisten al imputado, de manera que si omitimos este control en la acusación directa o a través del proceso inmediato, se estarían violando derechos fundamentales, la igualdad de armas y el contradictorio propiamente dicho, pues se tiene únicamente la acusación y pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, ingresando en desventaja el acusado¹⁵.

2.6. Diferencia en cuanto al procedimiento a seguir para el desarrollo de ambas figuras

Otra diferencia gira en torno al procedimiento que ha de seguirse para el desarrollo de cada una de estas dos instituciones.

2.6.1. Trámite del proceso inmediato

La incoación del proceso inmediato corresponde al Fiscal, quien mediante requerimiento escrito se dirige al juez de investigación preparatoria, solicitando su aplicación.

La solicitud del Fiscal, puede darse luego de culminar las diligencias preliminares o también, hasta antes de treinta días de formalizada la investigación preparatoria, cuando el fiscal considera que concurran en el caso concreto los supuestos detallados líneas arriba; di-

¹⁴ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, 2ª ed., Hoc SRL., 1ª reimp., Argentina, 2000, pp. 245.

¹⁵ Ello ha quedado así establecido en el Acuerdo Plenario N°01-2008. Corte Superior de Justicia de La Libertad. Trujillo, veintitrés de febrero de dos mil ocho. En el que también se deja establecida otra posibilidad a efectos de no dejar en desventaja al imputado «(...) La otra posibilidad es que si bien no existe contradictorio e ingresaría en desventaja el acusado al juicio, tal situación puede ser superada en el mismo juicio oral, al admitirse las pruebas que este puede presentar en juicio, previo control del mismo juez de juzgamiento, a fin de lograr que exista una evidente igualdad de armas entre las partes».

cho requerimiento debe ir acompañado del expediente o carpeta fiscal, formado en la investigación preliminar con los elementos probatorios existentes.

Este requerimiento ha de ser calificado por el juez de la investigación preparatoria, quien deberá cautelar los derechos del imputado y garantizar su respeto.

Ello constituye pues un filtro por el que debe pasar el requerimiento de incoación del proceso inmediato, antes de ser elevado al juez de juzgamiento.

Luego de ello, el Juez, traslada el requerimiento al imputado y a las demás partes por el plazo de tres días, a fin de preservar su derecho de defensa.

Después de ello, y también en un plazo de tres días, el Juez decidirá directamente si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. De aceptarlo, dictará el auto de incoación del proceso inmediato y el Fiscal podrá formular su acusación.

La resolución que se emita es apelable con efecto devolutivo.

Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación, la cual será remitida por el Juez de la Investigación Preparatoria al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

De ser pertinente, antes de la formulación de la acusación, a pedido del imputado puede instarse la iniciación del proceso de terminación anticipada.

Notificado el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dictará la Disposición que corresponda disponiendo la formalización o la continuación de la Investigación Preparatoria.

2.6.2. Trámite de la acusación directa

Por su parte, el trámite que ha de llevarse a cabo para el desarrollo de la acusación directa, es como sigue:

- a. Disposición de investigación preliminar, para poner en conocimiento del imputado y del agraviado, la noticia criminal.
- b. Realización de diligencias preliminares, entre ellas la del agraviado y la del imputado (si se presentare) para confirmar la noticia criminal.

- c. Disposición de la investigación preparatoria con los requisitos establecidos en el Artº 336.2¹⁶ con la precisión de la no utilización del plazo de 120 días de la investigación preparatoria propiamente dicha, al haberse establecido suficientemente la realidad del delito en la subfase de investigación preliminar.
- d. Auto de recepción de la disposición de la investigación preparatoria, el mismo que será puesto en conocimiento de todos los sujetos procesales, para posibilitar el contradictorio, en caso que alguna de las partes se considere perjudicada en el ejercicio de su defensa, con la decisión fiscal de suprimir la investigación preparatoria, para acusar directamente (Artº321.1 del CPP de 2004)¹⁷.
- e. Requerimiento de acusación directa con todos los requisitos formales y sustanciales¹⁸.

¹⁶ Art-º. 3632.2. La Disposición de formalización contendrá:

- a) El nombre completo del imputado;
- b) Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación;
- c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y,
- d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

¹⁷ Artículo 321 del CPP de 20041, «La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.»

¹⁸ Artículo 349 Contenido.-

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:
 - a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
 - b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
 - c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
 - d) La participación que se atribuya al imputado;
 - e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
 - f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
 - g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
 - h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

- f. Decreto de traslado de la acusación directa firmado sólo por el asistente jurisdiccional, a todos los demás sujetos procesales, otorgándoles el plazo de diez días útiles para posibilitar el ejercicio efectivo de su defensa técnica. Asimismo, el decreto debe informar al agraviado de su posibilidad de constituirse en actor civil en el plazo mencionado, para su debate y decisión en la audiencia preliminar de control de la acusación, al haberse suprimido el plazo regular de la investigación preparatoria.
- g. En la audiencia preliminar, el juez a pedido de parte o de oficio, podrán declarar la nulidad absoluta de todo lo actuado hasta la disposición de investigación preliminar en caso verifique la inobservancia del conjunto de garantías mínimas a los derechos del imputado.
- h. La audiencia preliminar de debate de la acusación directa se realizará en forma idéntica al de una acusación proveniente del agotamiento del plazo de la investigación preparatoria, con la única excepción de posibilitar la discusión de la constitución del actor civil.

Conclusiones

1. El proceso inmediato y la acusación directa si bien constituyen ambas fórmulas de simplificación procesal, son figuras distintas e independientes la una de la otra.
2. La naturaleza del proceso inmediato atiende a la de ser un proceso especial regulado en el libro V del CPP del 2004; en cambio la acusación directa es una alternativa con que cuenta el fiscal para ejercitar la acción penal, dentro del proceso común.
3. En ambas figuras se lleva a cabo un control de la acusación por parte de la autoridad judicial, en momentos diferentes correspondientes a la naturaleza de ambas figuras respectivamente; lo que representa una garantía que no ha de dejarse de respetar aun tratándose de fórmulas de simplificación procesal.
4. El Derecho a la defensa no se vulnera en ninguna de las dos figuras, pues queda intacta la posibilidad de hacerla valer tanto en la etapa intermedia y el Juicio Oral, en la acusación directa; o, ya sea dentro de los tres días de oposición y el Juicio Oral en el proceso inmediato.

5. La participación del juez de la investigación preparatoria dentro del proceso inmediato, se limita únicamente a realizar un control judicial del requerimiento de incoación de proceso inmediato presentado pro el fiscal.

Bibliografía

- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*. 2ª ed., Hoc SRL., 1ª reimp., Argentina, 2000.
- CALLE PAJUELO, Marlon Javier, *El proceso Inmediato y la eficacia de las diligencias preliminares en el nuevo código procesal penal*. (en) *Simplificación procesal*, Colección de Textos, Mario Pablo RODRÍGUEZ HURTADO, Marlon Javier CALLE PAJUELO, Marzo-Mayo, 2007.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal & Litigación oral*, Idemsa, Lima.
- PEÑA GONZÁLES, Oscar y otros, *Mecanismos alternativos de resolución del conflicto penal y los nuevos procesos penales especiales. Manual práctico para su aplicación en el nuevo proceso penal*, APECC (Asociación peruana de ciencias jurídicas y conciliación), Lima, 2010.
- CÁCERES J., Roberto E. / IPARRAGUIRRE N., Ronald D, *Código Procesal Penal Comentado*, Jurista Editores, 2006.
- VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoe, «Acusación Directa vs. Proceso Inmediato» en *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica N° 116, Lima, Mayo-2008, Año 13.
- VILLAVICENCIO RÍOS, «Los problemas en la aplicación de la acusación directa», en *Actualidad Jurídica*, t. 180, Lima, 2008.

**EL SECRETO DEL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN
ANTICIPADA Y SU INFLUENCIA EN LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN**

RODIL PADILLA BERNABÉ

I. Introducción

El Perú está experimentando reformas en la administración de justicia penal. Cambio que suponen la transición de un modelo procesal inquisitivo o mixto a otro de carácter acusatorio garantista.

Una de las instituciones que trae consigo esta reforma es la denominada justicia penal consensual, según el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, el máximo exponente es el Proceso Especial de Terminación Anticipada, desarrollada en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 en la sección V del libro V de los Procesos Especiales.

Si bien es cierto, que esta institución procesal tiene una innegable importancia cuantitativa, también es cierto que adolece de deficiencia estructural que no compatibiliza con los principios del sistema acusatorio, aunque hay opiniones autorizadas que predicán lo contrario. Nosotros por nuestra parte, sustentados en la Teoría del Garantismo Penal, afirmamos que la Terminación Anticipada del Proceso representa una práctica judicial de tradición inquisitiva, al que apenas, intentamos dejar en el pasado.

El secreto del Proceso Especial de Terminación Anticipada, como una forma de solución del conflicto social, tiene repercusiones negativas en la sociedad, sobre todo, si se trata de delitos de corrupción. La corrupción corroe la democracia y constituye un obstáculo para el desarrollo social del Estado y, la forma como se soluciona el conflicto social de esta naturaleza, esto es bajo las sombras del secretismo, genera o refuerza la sensación de impunidad y fomenta actos de corruptela. En este sentido, es urgente un replanteamiento crítico dirigido a postular su revisión o, al menos, a limitar sus efectos más perversos sobre la práctica judicial en desmedro de los principios y derechos jurisdiccionales. Si no fuese así, el nuevo código equivaldría a una estabilización y reforzamiento de esta institución que supone una política estatal de emergencia.

II. Proceso especial de terminación anticipada

2.1. Antecedentes

La institución procesal, en palabras expuestas por el insigne profesor, Raúl Peña Cabrera, tiene como antecedente más cercano y trascendental en el Derecho anglosajón norteamericano¹. De la misma forma, REYNA ALFARO² y Giammpol TABOADA PILCO³ coinciden en que la fuente legislativa proviene del *plea bargaining* norteamericano.

Entre los citados, el que ha desarrollado con exhaustividad este antecedente es REYNA ALFARO. Así indica que: «...la introducción de la institución de la terminación anticipada constituye uno de los más notorios ejemplos de la influencia del proceso penal norteamericano en la reforma procesal penal peruana. El proceso penal norteamericano ha tenido también su marcha triunfal en el Perú»⁴.

Para un sector de la doctrina nacional⁵ existe cierta discrepancia en cuanto al antecedente del Proceso Especial de Terminación Anticipada. Pues, como refiere SAN MARTÍN CASTRO⁶: «...este procedimiento tiene su origen en el instituto del «*patteggiamento*» italiano, introducido por la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981»⁷.

Así, el mismo autor, refiere que el legislador:

«...ha tomado como fuente los arts. 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 «*applicazione della pena su richiesta delle parti*» y, en segundo orden, el art. 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley N° 81, de 2 de noviembre de 1993»⁷.

¹ PEÑA CABRERA, Raúl, *Procesos Penales Especiales. Nuevas Tendencias en el Proceso Penal peruano*, 1ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 66.

² REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 105.

³ Véase TABOADA PILCO, Giammpol, «El Proceso Especial de Terminación Anticipada en el Nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial de La Libertad», en ORÉ GUARDIA, (Arsenio y otros Directores), *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel, *op.cit.*, pp. 105-106.

⁵ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., IDEMSA, Lima, 2004, p. 923; CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Proceso Penal. Teoría y Jurisprudencia Constitucional*, 6ª ed., Palestra, Lima, 2006, p. 426.

⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª ed., Grijley, Lima, 2006, p. 1380.

⁷ *Ibidem*, p. 1384.

Pero, como afirma SAN MARTÍN CASTRO, siguiendo a Silvia BARONA VILAR: «...la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema anglo-americano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal...»⁸.

Pablo SÁNCHEZ, refiere que: «La Ley peruana carece de exposición de motivos por lo que resulta muy difícil conocer cuáles fueron los fundamentos del legislador, sobre todo, si la ley colombiana que sirvió de inspiración fue derogada meses antes de que se copiara en nuestro país...[sic.]»⁹. No obstante, lo cierto es que la Terminación Anticipada del Proceso regulada en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, tiene como antecedente legislativo en la Ley N° 26320 del 30 de mayo de 1994 (tráfico ilícito de drogas), y la Ley N° 28008 publicada el 18 de junio de 2003 (conclusión anticipada del proceso por delitos aduaneros) y esta a su vez, de la legislación colombiana.

2.2. Naturaleza jurídica

En el reciente Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116¹⁰, se ha definido la naturaleza jurídica del Proceso Especial de Terminación Anticipada o Terminación Anticipada del Proceso (en adelante TAP) de la siguiente manera:

«...es un proceso especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustente en el principio del consenso. Es además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada...se erige en un proceso autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél (proceso común) [6° Fundamento Jurídico]».

Raúl PEÑA CABRERA, se pronunció en el mismo sentido. Así, sostuvo que la razón de ser de este instituto procesal es una forma de simplificación procesal¹¹. Mas adelante agrega, el sistema penal:

«...es para seres humanos y para mejorar ser humanos. Justamente a ello apunta esta institucional procesal que asoma con gran ímpetu y que está llamada a paliar en mucho los problemas

⁸ *Ibidem*.

⁹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 919-920.

¹⁰ Conforme así se ha establecido en la V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, realizado el 13 de noviembre de 2009.

¹¹ PEÑA CABRERA, Raúl, *op. cit.*, pp. 77-78.

que hoy en día aquejan a nuestra administración de justicia, procurando el descongestionamiento de la carga procesal que aflige a los magistrados de primera instancia y, por otra parte, trata de agilizar, acelerar y hacer más expeditivo nuestro procedimiento penal tal desgastado y falta de credibilidad en estos últimos tiempos...»¹².

Ahora bien, establecido así las cosas, es preciso conocer las razones que realmente han motivado a nuestros legisladores para introducir este proceso especial en nuestro sistema penal, sin ello, nuestro análisis se tornaría algo superficial.

Resulta paradójico aceptar la siguiente idea. Una de las corrientes de opinión en contra del modelo inquisitivo mixto, regulado en el Código de Procedimientos Penal de 1940 ha sido –y sigue siendo– que este modelo no cumple con las exigencias mínimas que establece la Constitución. Pues, en la Constitución Política se ha establecido expresamente la separación de funciones jurisdiccionales de las acusatorias¹³, empero, con el «proceso» sumario¹⁴ regulado con el Decreto Legislativo N° 124 se ha tergiversado tal garantía de la administración de justicia penal, por ello se ha cuestionado su constitucionalidad¹⁵, incluso ha sido objeto de aplicación de control difuso por ser inconstitucional¹⁶. Además, –y lo que nos interesa en

¹² *Ibidem*, p. 101.

¹³ En el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución Política se ha establecido la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial, que lo ejercen a través de sus órganos jurisdiccionales; mientras que en el inciso 4 y 5 del artículo 159° de la Carta Magna se ha estatuido que al Ministerio Público le corresponde la investigación del delito desde sus inicios así como el corresponde ejercitar la acción penal a pedido de parte o de oficio.

¹⁴ Fue incorporado como excepción en nuestro sistema procesal penal por Decreto Ley N° 17110 del 08 de noviembre de 1968.

¹⁵ En este sentido, se ha pronunciado la autorizada doctrina procesalista peruana, como es el caso –por citar alguno de ellos– SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, pp. 1254-1258; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 905; MIXAN MASS, Florencio, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Ankor, Trujillo, 1983, pp. 87 y ss.; y CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*, 5ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 402.

¹⁶ La Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Cono Norte de Lima, en el Expediente N° 2001-1841, mediante sentencia de 11 de enero de 2002 declaró inaplicable los artículos 5° y 6° del Decreto Legislativo N° 124 por contravenir el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Estado; empero, como había sido elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, éste máximo órgano jurisdiccional, mediante Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 2002 desaprobó la sentencia al considerar inconstitucional las

la presente investigación – se suprime el juicio oral, se limita el derecho constitucional a un juicio previo¹⁷ de las personas imputadas de un hecho delictivo. De pronto, alguien puede afirmar que el Código de Procedimiento Penales de 1940 regula un proceso ordinario en el que se preceptúa las reglas del juicio oral; no obstante, como refiere NEYRA FLORES, es simplemente una fase simbólica¹⁸.

En este orden de ideas, una de los problemas principales del modelo mixto regulado de nuestro sistema jurídico penal es que se vulnera una garantía primaria del derecho al juicio previo¹⁹ y los garantías que esta fase comporta. Estos son los razones por las que era necesaria una reforma procesal. Coherente con esta corriente el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 acoge el modelo acusatorio cuyo pilar

normas cuestionadas del Decreto Legislativo N° 124. Para mayor referencia, véase SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, *op. cit.*, pp. 1254-1258 y ORÉ GUARDIA, Arsenio, «Panorama del Proceso Penal Sumario y Reformas Urgentes». Disponible: www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=28, consultado el 10/06/2010.

¹⁷ El derecho al juicio previo, es un derecho implícito que se depende de los derechos explícitos regulados en los incisos 3 y 10 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, ello en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, el mismo que prescribe que: «Las normas relativas a los derechos y a la libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

Así, el artículo 10° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

De la misma forma, en el inciso 3 del artículo 9° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se establece lo siguiente:

«Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable...».

Y finalmente, en el inciso 1 del artículo 8° de la Convención Americana Sobre Derecho Humanos se preceptúa que:

«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...»

¹⁸ NEYRA FLORES, José Antonio, «Manual de Juzgamiento, Prueba y Litigación Oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal», en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Código Procesal Penal - Manuales Operativos*, 1ª ed., Editorial Super Gráfica, Lima, 2007, p. 21.

¹⁹ Término acuñado por Luigi FERRAJOLI, en su obra maestra, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*.

fundamental es el juicio oral como etapa central del proceso. Hoy en día, la importancia del juicio oral es innegable por la garantía que supone su aplicación en cada caso concreto. No hay doctrina o jurisprudencia que afirme lo contrario.

Entonces, si el juicio oral –como fase principal del proceso penal– está dotado de todas las garantías mínimas para las partes, además es expresión de la democratización del proceso penal, cuyo desarrollo programático del proceso penal están contenido en la Constitución Política del Estado; cual es la razón que motiva no llegar al juicio oral para resolver un conflicto social de relevancia penal. Se dice que el modelo procesal penal que mejor funciona es cuando los casos se resuelven en su mayoría sin la necesidad de llegar al juicio oral. Con esta finalidad, se ha credo mecanismos procesales que permitan viabilizar esta tendencia, entre ellos tenemos el Proceso Especial de Terminación Anticipada, aunque –en palabras de Luigi FERRAJOLI, éstas son «...*antípodas del sistema de las garantías procesales y que amenazan con perpetuar, o, lo que es peor, con reforzar y legitimar, culturas y praxis inquisitivas...*»²⁰. Menciona el mismo autor, ello se debe a que se ejercen siguiendo formas sustancialmente administrativas y siguiendo la tradición del secretismo inquisitivo²¹. En este sentido, estas medidas, expresión de políticas estatales, deben ser «...*reconocidas abiertamente como costes transitorios, necesarios si se quiere, en una difícil fase histórica destinada a ser superada lo más rápidamente posible. Si no fuese así, el nuevo código equivaldría a una estabilización y, por muchos motivos, a un reforzamiento de las instituciones de la emergencia, lavándoles simplemente la cara*»²².

La historia nos da la razón, similar situación inicial ha sucedido con el Decreto Legislativo N° 124 que regula el procedimiento sumario, que nació como una medida de emergencia pero finalmente terminó constituyendo como el procedimiento principal, en el que actualmente se tramitan más del 90% de casos penales.

2.3. Concepto

El Tribunal Constitucional ha esbozado el concepto del Proceso Especial de Terminación Anticipada. Así, este supremo intérprete de

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, edición española, Trotta, Madrid, 1995, p. 734.

²¹ *Ibidem*, p. 703.

²² *Ibidem*, p. 752.

la Constitución considera que: «*EL proceso especial de terminación anticipada es un acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulen, permitiéndole al encausado la obtención de un beneficio premial de la disminución punitiva*»²³.

El acuerdo entre el imputado y el Fiscal es una manifestación del principio de consenso, «...*en donde la premialidad correlativa a la solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento...*»²⁴. Pues, «...*el imputado negocia la admisión de culpabilidad y el fiscal negocia una reducción de la pena*»²⁵.

El objeto de la negociación, conforme establece el inciso 2) y 5) del artículo 468° del CPP de 2004, son las circunstancias del hecho punible, la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias; incluso la no imposición de la pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal.

III. El secreto de la audiencia especial del proceso especial de terminación anticipada del proceso

3.1. Secreto y publicidad

Tanto el secreto como la publicidad corresponden a dos sistemas procesales excluyentes en el ámbito penal. El primero es expresión del sistema inquisitivo mientras que el segundo del acusatorio. «...*Mientras que el sistema inquisitivo se basa en el secreto y la escritura, el acusatorio se instaura en base a la publicidad y la oralidad*»²⁶.

En esta línea, Luigi FERRAJOLI, afirma: «...*la publicidad y la oralidad son...rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias, mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo*»²⁷.

En suma, podemos afirmar que el Proceso Especial de Terminación Anticipada como máximo exponente de la justicia penal consensual, no es una institución representativa del sistema acusatorio sino es de tradición inquisitiva, aunque la doctrina –sin mayor reflexión

²³ Disponible en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00855-2003-HC.html. Fecha de acceso: 12/12/2008.

²⁴ SAN MARTIN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 1384.

²⁵ TABOADA PILCO, Giammpol, *op. cit.*, p. 34.

²⁶ QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTIS, Miguel, *Principios del Sistema Acusatorio. Una visión sistémica*, 1ª ed., ARA Editores, Lima, 2010, p. 11.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, *op. cit.*, p. 616.

crítica— sólo guiado por criterios eficientistas ha confirmado su compatibilidad con el proceso acusatorio garantista.

3.2. Posición asumida en el Acuerdo Plenario

El artículo 468° inciso 1) del Código Procesal Penal de 2004 prescribe: «*A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336° y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada...*».

Como podemos advertir, según la descripción legal la audiencia debe ser realizada en forma privada. Al respecto, hay una posición interesante pero no suficiente:

«La audiencia es única y se desarrolla en forma continua, para efectos metodológicos puede aceptarse su división en dos sesiones: a) Primera: una sesión privada de debate con participación activa de los sujetos procesales (a puertas cerradas), y b) Segunda: una sesión pública de decisión exclusiva del juez de la investigación preparatoria (a puertas abiertas)»²⁸.

Tampoco es suficiente —por no decir absurdo en estos tiempos— sostener que la garantía de la publicidad se ve satisfecha o no se viola, porque *las actuaciones respectivas se deben levantarse en acta*²⁹, tal conforme ha sido establecido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-435 de setiembre de 1996, cuando en su oportunidad fue cuestionada la constitucionalidad de la Terminación Anticipada del Proceso.

Desarrollar sólo la fase decisoria en una sesión pública y negociar bajo las sombras del secretismo, sería un contrasentido a los valores que fundamenta al proceso penal acusatorio. Si bien la negociación es de tipo jurídico, entonces no hay motivo para esconder de los ojos del público, al contrario, ello sería saludable para la democracia. Pues, en definitiva, existe «*un nexo indisoluble entre publicidad y democracia en el proceso*»³⁰.

Sobre el particular, en el reciente Pleno Jurisdiccional N° 5-2009/CJ-116 se ha expuesto dos razones que justifican el carácter privado

²⁸ TABOADA PILCO, Giammpol, *op. cit.*, p. 38.

²⁹ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Procedimiento Acusatorio y Terminación Anticipada del Proceso Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 140.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón...*, *op. cit.*, pp. 617-618.

de la audiencia. El primero, se sustenta en la relativa publicidad de la investigación preparatoria y el segundo, constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente³¹.

El primero argumento no es del todo cierto. Sostener que el carácter privado de la audiencia de la TAP se debe a que éste se desarrolla en la fase de investigación sería puro formalismo legal. Cuando el fiscal, el imputado (con su abogado defensor) o ambos presentan la solicitud de la aplicación de la terminación anticipada del proceso es porque la investigación ha concluido³², no por la preclusión del plazo legal establecido en el artículo 342° del NCPP³³, sino por haber cumplido el objeto de la investigación³⁴, ya que —debe recordarse— es una condición necesaria para la aplicación de este proceso especial que existen suficientes elementos de convicción que confirme la responsabilidad del imputado frente al hecho típico que se le atribuye así como la existencia del mismo.

Por tanto, sustancialmente no estamos dentro de la fase de la investigación preparatoria, asumir lo contrario, supondría —en caso de no prosperar la solicitud conjunta o individual— que la Investigación Preparatoria continúe, esto es, se realice otros actos de investigación de los ya realizados. Si esto es así, entonces simplemente se confirmaría que la aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada vulneraría un derecho fundamental, el de la presunción de inocencia; lo cual, no es correcto, por cuanto se exige en el artículo 468°, inciso 6) que para la aprobación del acuerdo se requiere mínimamente que existan *suficientes elementos de convicción*³⁵.

³¹ 8° Fundamento Jurídico.

³² Si esto no fuera así, entonces, el Juez de Investigación Preparatoria, de plano, declararía inadmisibile la solicitud presentada.

³³ El cual prescribe: «1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. 2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria...».

³⁴ El inciso 1) del artículo 321° del NCPP establece que: «La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado».

³⁵ Debemos entender por elementos de convicción —siguiendo a MIXÁN MASS— los conocimientos específicos que aporta los medios de convicción sobre el objeto de

Ahora bien, como segundo punto tenemos que la audiencia privada constituye un beneficio adicional al imputado.

CUBAS VILLANUEVA, refiere que en el Proceso Especial de Terminación Anticipada, «...*el inculpado al llegar a un acuerdo con el Fiscal sobre las circunstancias del delito y la pena a aplicarse, renuncia su derecho a defenderse en juicio oral, a cambio de una disminución de pena e incluso de una sustitución de la pena privativa de libertad por otra*»³⁶.

Cuando el imputado renuncia a defender en el juicio oral, podríamos entenderse que con ello renuncia a las garantías que comporta el juicio oral, entre ellos, la contradicción, inmediación, y publicidad. No obstante, la publicidad como garantía no es un derecho disponible, por cuanto importa o encarna otros valores que trasciende a la esfera del imputado. Así, se establece que: «[l]a publicidad puede expresarse en dos niveles. La interna del procedimiento que atañe fundamentalmente a los sujetos del proceso; y la publicidad externa, que es la orientada a enterar al público en general»³⁷ y por tanto configura la verdadera publicidad, el primero es expresión del Derecho Defensa de las personas involucradas en el proceso penal³⁸. La publicidad externa, a su vez se subdivide en inmediata y mediata. «En el primer supuesto, opera cuando quién se anoticia lo hace por sí mismo y la mediata, a través de un medio de comunicación»³⁹.

La publicidad del procesos judiciales, específicamente el ámbito penal, constituye una garantía constitucional⁴⁰; empero, el artículo 357° del

investigación; lo cual servirán de fundamento al Fiscal para afirmar, si fuera el caso, que lo investigado constituye delito, que el imputado es responsable sea como autor o partícipe, que existe razón por la que debe pedir juzgamiento. (MIXAN MASS, Florencio, *Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la Prueba*, Ediciones BGL, Trujillo, 2005, pp. 210 y ss.).

³⁶ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Proceso Penal...*, op. cit., p. 426.

³⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, «Publicidad de los procesos», en GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Director), *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 502.

³⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional», en REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La Prueba, reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Jurista Editores, Lima, 2007, p.

³⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, op. cit., p. 502.

⁴⁰ El inciso 4 del artículo 139° de la Constitución Política dispone que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: «La publicidad en los procesos, salvo disposición de la Ley.

Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionario públicos y por los delitos cometidos por medio de prensa y lo que se refieren a derecho fundamentales garantizados por la constitución, son siempre públicos».

Código Procesal Penal de 2004⁴¹ regula supuestos en el que esta publicidad puede ser restringido, cuando se afecta la dignidad de la persona, el orden público o la seguridad nacional y, los intereses de la justicia.

En este sentido, no podemos admitir que uno de los efectos benéficos de este proceso especial para el imputado es que su caso no se ventile públicamente, esto es, «[e]vita los efectos negativos (estigmatización) de la publicidad del juzgamiento»⁴². En primer lugar, porque en la audiencia de Terminación Anticipada — conforme prescribe el artículo 468° inciso 4, *in fine* — no está permitida la actuación de pruebas y, en segundo lugar, la actuación de pruebas como esencia del juzgamiento, no sería tal. Sólo es una audiencia en el que el Fiscal tendrá que exponer al Juez de Investigación Preparatoria los motivos, las razones, por las que han llegado al acuerdo provisional presentado, nada más que eso. Incluso, la admisión de culpabilidad no debe entenderse como acto de autoincriminación (*guilty plea*) sino como una declaración que en general sea valorado como medio de defensa⁴³. Pues, con razón se dice:

«...si bien el proceso tiene sus propios controles y «candidatos», lo cierto es que no es ajeno a los avatares de la inoperancia, la ilegalidad e incluso, la corrupción. Ante ello, el principio de publicidad permite — entre muchas otras cosas — que se la comunidad, toda, que puede ejercer, mediante un justo escrutinio, un control natural del sistema»⁴⁴.

⁴¹ Expresamente se establece que: «El juicio oral será público. No obstante ello, el Juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos: a) Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio; b) Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional; c) Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia; d) Cuando esté previsto en una norma específica

⁴² SALÉS DEL CASTILLO, Ana Elizabeth, «El Proceso Especial de Terminación Anticipada Aplicados a los Procesos Tramitados con el Código de Procedimientos Penales», *Revista Virtual «Ipsa Iure»*, (disponible en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/BOLETIN_CSJLAMBAYEQUE_210508.pdf, Consultado el 11/12/2008) Año I, N° 1, 2008.

⁴³ En este sentido, se ha pronunciado la doctrina alemán, haciendo un comparación con el *plea bargaining* norteamericano y el acuerdo formal alemán. SCHÜNEMANN, Bernd, «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *La prueba, reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2007, p. 199.

⁴⁴ QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTIS, Miguel, op. cit., p. 29.

La publicidad como garantía constitucional no debe entenderse como un acto negativo, denigrante a la dignidad humana sino como un control de la sociedad que legitime sustancialmente la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, además, ello supondría democratizar el proceso penal en todas sus dimensiones.

En consecuencia, ni la primera ni la segunda son fundamentos sólidos para restringir la publicidad de la audiencia en el que se desarrolla la fase principal del Proceso Especial de Terminación Anticipada; por tanto, si bien el carácter privado de la audiencia está regulado expresamente en el Código Penal de 2004, no obstante su validez⁴⁵ no debe responder únicamente a su simple vigencia sino a la coherencia con los principios y garantías constitucionales, razones suficiente para un replanteamiento urgente y su ulterior modificación de la norma correspondiente.

3.3. Delitos de corrupción como conflicto de mayor sensibilidad social.

La delimitación del concepto penal de corrupción, «... incluye cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de la actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado»⁴⁶. La corrupción como un flagelo a la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, constituye un «... problema estructural que afecta desde el modo de generar riqueza hasta la ruptura de valores tradicionales, pasando sin duda por la forma de las organizaciones y sus reglas implícitas»⁴⁷.

En el Perú, hace poco hemos vivido experiencias inolvidables, no por positivas sino por lacerantes a los intereses generales de nuestra

⁴⁵ Al respecto, FERRAJOLI, Luigi sostiene que: «... en un Estado Constitucional de Derecho, el legislador no es omnipotente, en el sentido de las leyes que él produce no son válidas sólo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que lo son si, además, son coherentes con los principios constitucionales». Véase FERRAJOLI, Luigi, «El papel de la función judicial en el Estado de Derecho», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *La Prueba, reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 13 y ss.

⁴⁶ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del Concepto Penal de Corrupción», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 99.

⁴⁷ BINDER, Alberto, «Corrupción y Sistemas Judiciales». Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/10/jec/jec8.pdf>, consultado el 13/10/10.

nación. «Fue la primera vez que la corrupción se tornó en sistema y en que fue necesario abordar el problema no sólo como un asunto criminal sino estructural y al que había que demoler con políticas definidas»⁴⁸.

Los delitos corrupción protegen el correcto y efectivo funcionamiento de la administración pública en todos sus niveles. Es un bien jurídico vital para la sociedad y el Estado ya que es el instrumento que le permite la consecución de sus fines en beneficio del primero⁴⁹. Por ello, la corrupción es un conflicto social de mayor sensibilidad social que involucra a todos los estratos sociales, iniciando desde la junta vecinal hasta el más alto cargo estatal, genera efectos nocivos para el desarrollo de la persona humana como ser individual y social.

En el sistema judicial, sucede algo particular. «... no sólo no han estado al margen de este problema sino que lo han enfrentado desde una doble perspectiva. Por un lado combatiendo sus propias corrupciones; por el otro, avalando y permitiendo aquellas que debiera controlar y castigar»⁵⁰.

Siguiendo al mismo autor, por una parte la sociedad percibe los niveles de corrupción propios del mismo sistema judicial; pero por otra, también percibe que este sistema judicial nada hace respecto de la corrupción en otros sectores del Estado y ello se le parece como una nueva forma de corrupción aunque en muchos casos no sea más que la ineficiencia normal del propio sistema. Por otra parte, el grado de impunidad que existe ante hechos tan flagrantes de corrupción es tan grande que ya es difícil explicarlo en términos de la tradicional ineficiencia, aunque en realidad esa sea la causa⁵¹.

En este orden de ideas, en lo que nos compete, conforme está regulado el Proceso Especial de Terminación Anticipada no es la forma idónea de castigar a los responsables de los delitos de corrupción. El secreto de la audiencias no signo positivo, al contrario, ello genera cierto desconcierto y que en muchos casos no satisface las expectativas de las sociedad civil. Hay un sinsabor crónico, cuando los hechos graves que suscitan mucha desazón en la sociedad sean resuelto ba-

⁴⁸ MENDOZA CÁNEPA, Raúl, «La corrupción infinita: caso peruano». Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_05.pdf, consultado el 10/05/2010

⁴⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, pp. 14-18.

⁵⁰ BINDER, Alberto, *op. cit.*

⁵¹ *Ibidem.*

jos las sombre del secretismo, por no decir, clandestinamente. Estas situaciones generan un trato especial a los amigos de los operadores jurídico. «Este amiguismo es favorecido por la falta de transparencia propio de la forma de organización judicial...»⁵².

La estructura organización del proceso penal no debe ser ajeno a los principios y garantías procesales inscrito en la Constitución. Más aún, si para los procesos judiciales por responsabilidad de los funcionarios públicos, son siempre público. Así está establecido en el artículo 139º inciso 4) de la Constitución Política del Estado. No puede haber un contrasentido en la lucha contra la corrupción. Una de las acciones concretas para prevenir la corrupción son las medidas de transparencia de la función pública y el derecho a la libertad de información⁵³. Se requiere la afirmación de un Estado transparente y sin embargo, lo que se pretende es que aquellos hechos delictuosos [delitos de corrupción] son resueltos bajos las sombras del secreto, sin ningún tipo de control ciudadano –recalcamos se trata de bienes jurídicos que involucra a toda la ciudadanía–. La sociedad civil tiene una función fundamental no sólo para la prevención de la corrupción sino para el combate mismo. No se trata de un control ex post sino de un control al momento en el que se va tomar la decisión.

IV. Conclusión

La estructura del Proceso Especial de Terminación Anticipada del Proceso regulada en el Código Procesal Penal de 2004 es la expresión de la tradición inquisitiva no compatible con el sistema acusatorio y que responde a una política de emergencia.

El secreto de la audiencia en el que se desarrolla el proceso de Terminación Anticipada no es la forma idónea de resolver los conflictos sociales, especialmente aquellos generados por los delitos corrupción. El método inquisitivo, esencialmente secreto y sustancialmente administrativo, genera sensación de impunidad y reproduce actos de corrupción, lo que es la cura finalmente termina siendo peor que la enfermedad, por tanto, no es suficiente argüir el carácter eficientista cuantitativamente de esta institución procesal.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

V. Propuesta

Frente a este problema, nuestra propuesta, se basa en que los delitos *per se* no suponen un conflicto interpersonal (autor - víctima) sino uno de naturaleza social; motivo por el cual, la forma de solucionar este tipo de conflicto, especialmente los delitos de corrupción, deben ser realizadas en público (a puertas abierta). La elevada sensibilidad social de los delitos corrupción exige que la ciudadanía se entere cómo se castiga a los responsables, se debe afirmar un Estado transparente y eficiente frente a los flagelos de la corrupción.

VI. Recomendaciones

Considerando que la Terminación Anticipada del Proceso, es el exponente máximo de la justicia penal consensual y éste a su vez, como se ha demostrado, es el resultado de una política de emergencia –si se quiere necesario– razón suficiente que debe motivar su replanteamiento crítico, al menos, evitar su más efectos perversos. En este cometido, es necesario modificar la parte pertinente del inciso 1) del artículo 468º del Código Procesal Penal de 2004. El cambio radica en que la audiencia debe ser de carácter público coherente con los principios que sustentan el proceso penal acusatorio.

VII. Bibliografía

BINDER, Alberto, «Corrupción y Sistemas Judiciales», disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/10/jec/jec8.pdf>, consultado el 13/10/10.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Proceso Penal. Teoría y Jurisprudencia Constitucional*, 6ª ed., Palestra, Lima, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, «El papel de la función judicial en el Estado de Derecho», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2007.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, «Publicidad de los Procesos», en GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

MENDOZA CÁNEPA, Raúl, «La corrupción infinita: Caso Peruano», disponible En: [Http://Www.Unifr.Ch/Ddp1/Derechopenal/Tribuna/Tr_20080616_05.Pdf](http://Www.Unifr.Ch/Ddp1/Derechopenal/Tribuna/Tr_20080616_05.Pdf), Consultado El 10/05/2010.

MIXÁN MASS, Florencio, *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*, Ediciones Blg, Trujillo, 2005.

MIXÁN MASS, Florencio, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Aankor, Trujillo, 1983.

NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Código Procesal Penal – Manuales Operativos*, 1ª ed., Lima, 2007.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, «Panorama del proceso penal sumario y reformas urgentes», disponible: Www.Incipp.Org.Pe/Modulos/Documentos/Descargar.Php?Id=28, Consultado El 10/06/2010.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Procesos penales especiales. Nuevas tendencias en el Proceso Penal peruano*, 1ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1997.

QUINTERO, María Eloísa / POLAINO-ORTS, Miguel, *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, 1ª ed., ARA Editores, Lima, 2010.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, *La terminación anticipada en el nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del concepto penal de corrupción», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2009.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007.

SALÉS DEL CASTILLO, Ana Elizabeth. «El Proceso Especial De Terminación Anticipada Aplicados A Los Procesos Tramitados Con El Código De Procedimientos Penales». *Revista Virtual «Ipsa Iure»*, (Disponible En: [Http://Www.Pj.Gob.Pe/Cortesuprema/Documentos/Boletin_Csjlambayeque_210508.Pdf](http://Www.Pj.Gob.Pe/Cortesuprema/Documentos/Boletin_Csjlambayeque_210508.Pdf), Consultado El 11/12/2008) Año I, N° 1, 2008.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2 ts., 2ª ed., Grijley, Lima, 2006.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Idemsa, Lima, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. «Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, Lima, 2007.

TABOADA PILCO, Giammpol, «El proceso especial de terminación anticipada en el nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el distrito judicial de la libertad», en ORÉ GUARDIA, Arsenio y otros (Dir.), *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. LI, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

**LA FIGURA DE LA EXTROMISIÓN APLICADA
EN EL PROCESO PENAL**

VÍCTOR ALBERTO VARILLAS BORJA

Introducción

El presente trabajo tiene un campo de estudio bastante delimitado, referido a la problemática de las detenciones arbitrarias por deficiencia en la identificación del imputado. En otras palabras, aborda toda situación en la cual el operador en sede fiscal o judicial equivoca la identidad de la persona vinculada al hecho delictivo investigado y termina comprendiendo penalmente a otra de nombres iguales o similares, causando su detención o haciéndola inminente.

Cabe señalar, que durante el estudio casuístico de las detenciones arbitrarias por deficiente identificación del imputado, hemos detectado la ausencia de una figura jurídica que permita regularizar la situación de los detenidos por esta razón. Desistimos *in limine* de la posibilidad de remediarla mediante el hábeas corpus por tratarse de una garantía constitucional que va direccionada a otros fines, pues creemos que la subsanación de tal error debe pretenderse en el mismo proceso penal y ante el mismo órgano jurisdiccional de donde emana.

En las siguientes páginas desarrollaremos los alcances normativos existentes en relación al control de identidad del imputado y el tratamiento mediático que ha tenido la problemática surgida por estas deficiencias. Luego, abordaremos la praxis judicial respecto a las detenciones arbitrarias; prácticas que a nuestro criterio no satisfacen los fines procesales. Finalmente, llegamos al objetivo de plantear la figura de la extromisión aplicada al derecho procesal penal, a fin de establecer un mecanismo jurídico necesario ante la problemática descrita.

I. La Individualización e identificación del imputado

Según el profesor Juan ESPINOZA ESPINOZA, el derecho a la identidad es: «una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como

el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros; así como la proyección social (identidad dinámica); vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer»¹. Ahora bien, y ya para ingresar al tema central, es necesario destacar la importancia del derecho a la identidad dentro del proceso penal, esto implica controlar debidamente la identidad del imputado, direccionando la acción penal contra una persona cierta y siguiendo su curso contra ella. En tal sentido, este control de identidad supone la exigencia de dos procedimientos necesariamente complementarios: la individualización y la identificación del imputado.

1.1. Conceptos

La individualización es el procedimiento por el cual una persona es distinguida de las demás. Bajo esta idea, colegimos que no pueden existir dos o más personas exactamente iguales, por ello, individualizar significa atribuir ciertas características propias que en conjunto constituyen un ente único. De otro lado, la identificación es el procedimiento por el cual se le asigna a un individuo una serie de datos, los cuales están siempre consignados en un documento; tales datos obran en el registro de la institución que expidió tal documento, por ejemplo: los DNI s que expide el RENIEC.

Todo ello, sin dejar de atender la problemática de indocumentación. Según el INEI: «hombres y mujeres diariamente deben afrontar frenos de tipo económico, administrativo, cultural y jurídico debido a la carencia de algún documento que lo identifica como persona»². Las últimas estadísticas realizadas hasta septiembre de 2007, señalan que del total de 28 millones de peruanos/as: el 95,8% tiene algún documento que los identifique; mientras que el 4,2% no los tiene, es decir, que existe más de un millón de indocumentados en el Perú.

1.2. Alcances normativos

La Constitución Política en su artículo 139° inciso 7° contempla el derecho a la indemnización por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias. Lo que nos abre un panorama reparatorio del tema, sin embargo, como no es la intención de este trabajo abordar la tutela de este derecho, sólo hacemos una

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, p. 253.

² Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Estado de la población Peruana: indocumentación y grupos étnicos*, p. 37.

referencia constitucional en la medida en que este problema es bastante recurrente a pesar de los dispositivos que existen en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código de Procedimientos Penales en su artículo 77° señala que para aperturar instrucción deben concurrir tres requisitos necesarios: a) debe advertirse indicios suficientes o elementos reveladores de la existencia de un delito, b) debe haberse individualizado a su presunto autor o partícipe, y c) que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de su extinción. Como vemos, el código nos señala taxativamente los requisitos generales de procedibilidad de la acción penal, en tal sentido, la ausencia de alguno de estos supuestos exigirá la expedición del auto judicial de No Ha Lugar.

El Código Procesal Penal (D.L N° 957) en su artículo 72° regula lo concerniente a la identificación del imputado, procedimiento por el cual «(...) será identificado por su nombre, señas particulares y, cuando corresponda por sus impresiones digitales (...). Si el imputado se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos u otros medios útiles, aun contra su voluntad». De ello, se desprende la importancia que otorga el legislador a conducir la acción penal contra persona cierta, única y distinta. Por ello, citando al profesor César SAN MARTÍN, «el juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se adecua a los requisitos que establece la norma procesal, correspondiéndole un papel de defensor del ordenamiento jurídico»³.

1.3. Las Leyes N° 27411 Y 28121. La directiva Nro. 03-2004-Ce-Pj

La Ley N° 27411 «Ley que regula el procedimiento en los casos de homonimia» expedida en el mes de enero de 2001 es un instrumento regulador del trámite a seguir en los casos de homonimia, es decir, cuando existen dos personas con los mismos nombres y apellidos, estando una de ellas requisitoria. Su propuesta principal consiste en exigir al órgano jurisdiccional que se consignen los datos de identidad del presunto autor en el mandato de detención, tomando como datos mínimos de obligatorio cumplimiento: a) los nombres y apellidos completos, b) edad, c) sexo, y d) fecha y lugar de nacimiento.

En noviembre de 2003 entra en vigor la Ley N° 28121, modificatoria de la Ley N° 27411 la cual señala que en lugar de requerirse como dato mínimo de identidad el literal d) fecha y lugar

³ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 507.

de nacimiento, se consigne el literal h) características físicas, talla y contextura. En este sentido, un mandato de detención sin las generales de ley del imputado es ilegal, y puede provocar la detención de la persona que es homónima del requisitoriado; tal problemática ameritó una investigación por parte de la Defensoría del Pueblo en el año 2007, institución que con éxito logró descender la cifra de mandatos de detención ilegales de un 68% que constituían en el 2004 al 1% en la actualidad⁴.

La Directiva N° 03-2004-CE-PJ «Medidas que deben tener en cuenta los jueces penales o mixtos al momento de dictar mandato de detención para evitar casos de homonimia», la cual tiene por objetivo normar internamente el cumplimiento de lo establecido por los dos códigos anteriormente citados, sin embargo, su novedad consiste en que si el mandato de detención no trae alguna de estas cuatro generales de ley, la Policía Nacional deberá pedir la aclaración correspondiente al juez por tratarse de una requisitoria inejecutable, ahora bien, si de este pedido el juez verifica la inexistencia de alguno de estos datos en todo lo actuado, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa de conformidad al artículo 4° del Código de Procedimientos Penales.

1.4 Problemática advertida: detenciones arbitrarias

Como se puede advertir de los párrafos anteriores, los operadores de justicia tienen la exigencia legal de identificar al imputado, tanto para aperturar la instrucción, como para emitir un mandato de detención contra él; de esto último se deduce que si la requisitoria no contiene las exigencias de ley, toda detención que ésta genere será necesariamente ilegal por no ajustarse a lo dispuesto en la normatividad especial. Ahora bien, debido a estos requisitos sobre datos mínimos de identidad se ha hecho costumbre, tanto en sede fiscal como judicial, el acudir a la base de datos de Reniec, recabar la ficha de la persona con el nombre que se tiene, y de no existir, la ficha de uno con nombre similar.

En este punto, nos apoyamos en una segunda investigación realizada por la Defensoría del Pueblo en aspectos deficientes de la actividad procesal penal, esta vez referida a las «Detenciones arbitrarias

⁴ Ver Defensoría del Pueblo, Informe N° 118, *Afectación de los derechos a la libertad personal e identidad por mandatos de detención ilegales*.

y responsabilidad del Estado. Estudio de casos»⁵. Este Informe aborda una problemática consecuente al de los mandatos de detención ilegales, es decir, si bien antes los operadores de justicia expedían medidas cautelares sin datos de ley; ahora, al recabar tales datos de lo actuado y no hallarlos, hacen la consulta en línea de RENIEC; y al no encontrar al imputado con los nombres exactos que se tiene, se emite la requisitoria con los datos de otra persona con nombre similar. Este panorama general de las detenciones arbitrarias nos sirve para reflexionar con amplitud en todos los supuestos en que cabe la posibilidad de introducir en un proceso penal a una persona distinta al imputado, debido a la falta de deber de cuidado en el control de identidad. Por ello, a continuación describimos todas las situaciones en que una persona ajena al hecho delictivo, puede llegar a ser víctima de una detención arbitraria producto de un error judicial en la debida identificación del imputado que amerita el proceso penal.

A. Detención arbitraria por homonimia: Se configura por la existencia de dos o más personas con los mismos nombres y apellidos, en tal situación sobre una de ellas recae la acción penal como presunto autor o partícipe de un delito. En este caso, el operador de justicia consigue erradamente los datos de la persona homónima y los consigna en el mandato judicial de detención.

B. Detención arbitraria por indocumentación: Se configura cuando el presunto autor o partícipe del delito es indocumentado, razón por la cual el operador de justicia, al recabar los datos de identidad del imputado/a no lo encuentra como tal y asume por ejemplo que Robert Quispe Flores es el mismo que Roberto Quispe Flores, ordenando así la detención del segundo.

C. Detención arbitraria por sindicación simple: Se configura cuando con el simple testimonio de un testigo, coacusado o agraviado; se involucra a una persona sin algún vínculo con el delito, por razones objetivas de tiempo, espacio, etc. Esto sucede a pesar de existir el Acuerdo Plenario N° 02-2005⁶, el cual establece que toda imputación debe apoyarse de algún indicio objetivo.

D. Detención arbitraria por suplantación: Se configura cuando el presunto autor o partícipe, ya sea en sede policial, fiscal o judicial,

⁵ Ver Defensoría del Pueblo, Informe de Adjuntía para los DD. HH. N° 010, *Detenciones arbitrarias y responsabilidad del Estado. Estudio de casos*.

⁶ Ver Acuerdo Plenario N° 002-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, *Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado*.

se identifica con nombres y/o documentos falsos; los mismos que son accesibles para miembros de bandas criminales organizadas. Por ello, el hecho de que el imputado se identifique con nombres y apellidos completos, no exime al operador de justicia el deber de corroborar esta información.

En líneas generales, estos cuatro son los principales supuestos proclives a generar una detención arbitraria por deficiente identificación e individualización del imputado. Sin embargo, debemos advertir que en la praxis estos casos no necesariamente se presentan de manera aislada, por ejemplo, puede darse el caso de una detención arbitraria cuando hay una homonimia en la que el presunto autor o partícipe es también indocumentado; o cuando hay una sindicación simple a nombre de Juan Arias Paz, quien no existe en Reniec, comprendiendo por error a Juan José Arias Paz; entre otras situaciones.

II. La cuestión previa

2.1. La cuestión previa como medio técnico de defensa

Las cuestiones previas son un obstáculo o medio defensivo del que hace uso el imputado ante la falta de algún requisito de procedibilidad de la denuncia. Las cuestiones previas son además requisitos de carácter procesal especial y expresamente previstos por la ley para el ejercicio idóneo de la acción penal. Cabe señalar, que pueden plantearse en cualquier estado del proceso por las partes, así como también puede resolverse de oficio, por lo que si se declara fundada se anulará todo lo actuado y se dará por no presentada la denuncia.

Ahora bien, el ya citado artículo 77° del Código de Procedimientos Penales contiene los requisitos generales de procedibilidad de la acción penal, entre ellos la individualización del imputado; mientras que por el incidente de la cuestión previa se resuelve la ausencia de algún requisito especial de procedibilidad de la acción penal, el cual opera ante casos específicos como en los delitos de omisión a la asistencia familiar, libramiento indebido, etc.

2.2. La cuestión previa en el acuerdo plenario 07-2006

La Corte Suprema de la República emitió el Pleno Jurisdiccional N° 07-2006 que regula lo referente a la cuestión previa y la identificación del imputado. Dentro de sus Fundamentos Jurídicos indica que el fin de la Ley N° 27411 y su modificatoria es evitar los casos de homonimia «de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se

encuentre requisitoriado por la autoridad competente pero de ningún modo, a los efectos del procedimiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal»⁷. Se desprende entonces, que este fundamento 8° aclara que la necesidad de identificar al imputado con los cuatro requisitos mínimos está ligado a la emisión de la medida cautelar o de coerción procesal, pero no para la admisión preliminar de la acción penal.

El fundamento 9°, señala que la no inscripción de una persona en el RENIEC, es sólo un dato indiciario y no necesariamente nos debe llevar a la conclusión de que el imputado no está debidamente individualizado, por lo que sí podría emitirse una requisitoria en virtud de que el documento de identidad es una exigencia no obligatoria para ella. El fundamento 10° concluye en que si se plantea una cuestión previa con el sólo mérito de la no existencia de la inscripción de una persona en RENIEC, atribuyendo ello a una incorrecta identificación del imputado, este pedido no deberá ser acogido por el Juez.

Finalmente, el acuerdo llega a una conclusión correctiva de la Directiva N° 03-2004-CE-PJ, por la cual si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez verifica la inexistencia de los cuatro datos de identidad personal en lo actuado, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, pero solamente cuando no se pueda establecer los nombres y apellidos completos, o cuando se pruebe positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

2.3. Efectos de su aplicación en las detenciones arbitrarias por deficiente identificación

En nuestro humilde parecer, el acuerdo plenario que acabamos de examinar presenta un problema sustancial. En principio, acierta al distinguir los requisitos de identidad para promover la acción penal con los requisitos de identidad para emitir y ejecutar una requisitoria. Segundo, confirma que no es trascendente para aperturar un proceso penal la inscripción del imputado en la base de datos de RENIEC, pues atiende el contexto de indocumentación y de suplantación del país.

Sin embargo, mantiene un mecanismo inadecuado para estos casos, pues sostiene que como consecuencia del pedido de aclaración

⁷ Ver Acuerdo Plenario Nro. 07-2006/CJ-116, del 13 de octubre de 2006, *Asunto: Cuestión previa e identificación del imputado.*

de la Policía Nacional, debe declararse fundada la cuestión previa si no se ha establecido los nombres y apellidos completos del imputado, o cuando se pruebe que dicha referencia es falsa o su identificación es inexistente. Por ello, afirmamos que este pleno desnaturaliza la figura procesal de la cuestión previa; pues en palabras del profesor Marco DE LA CRUZ «la consecuencia jurídica con respecto a la existencia del proceso penal, en el que se ha omitido observar la cuestión previa, es categórica: si se declara fundada anula todo lo actuado»⁸.

Cabe señalar, que si bien el auto que declara fundada una cuestión previa declara la nulidad de todo lo actuado, de ninguna manera genera la cosa juzgada, ya que no se resuelve sobre el fondo del asunto sino sólo un aspecto de índole procesal. Sin embargo, en nuestro contexto jurídico, el nuevo proceso penal persigue otros fines, siendo el más trascendente el de dinamismo y no dilación procesal. Por el contrario, en estos casos el uso de la cuestión previa no es beneficiosa en un caso en el que obran algunos datos del imputado en el expediente. Sin embargo, la falta de deber de cuidado al identificarlo va a generar una detención arbitraria; y ante una eventual cuestión previa que se declare fundada, se terminará devolviendo todo lo actuado a foja cero.

Como ya dijimos, la cuestión previa es un medio técnico de defensa que persigue otros fines y que sólo opera por ley para determinados delitos, es decir, el ejercicio abusivo como lo es su uso en el caso de las detenciones arbitrarias por deficiente identificación e individualización del imputado resulta un hecho contraproducente. Por ello, concluimos que el Acuerdo Plenario N° 07-2006 ha legitimado el ejercicio inadecuado de la cuestión previa contenido en la Directiva N° 03-2004-CE-PJ. Para cerrar este capítulo, expondremos un caso simbólico que denota este álgido aspecto de la problemática descrita.

2.4. Caso N° 1: Waldo Vargas Ríos y Oswaldo Melquíades Vargas Ríos

En este caso que pasamos a describir, la investigación se inicia en el 52° Juzgado Penal de Lima por el delito de TID contra Waldo Vargas Ríos alias «Ministro», persona que no está inscrita en RENIEC (pues luego se sabría que era de nacionalidad colombiana); sin embargo, al consultar la base de datos de RENIEC, el Fiscal sólo encontró el regis-

⁸ DE LA CRUZ ESPEJO, Marco, *El Nuevo Proceso Penal*, p. 299.

tro del señor Oswaldo Melquíades Vargas Ríos, y al presumir que se trataba de la misma persona, comprendió penalmente en la denuncia a este último por el simple parecido que tenían sus nombres y apellidos con los del imputado original.

Ante ello, la defensa de Oswaldo Melquíades Vargas Ríos solicitó el sobreseimiento por tratarse de una persona distinta a Waldo Vargas Ríos; luego la 8° Fiscalía Provincial Penal de Lima al advertir el error en la individualización del imputado formuló la cuestión previa y el juzgado la declaró fundada. Ante dicho pronunciamiento el Procurador Público de TID interpone recurso de apelación ante la Sala Penal Nacional; la misma que declara nula la sentencia del *ad quo* sosteniendo que ésta no ha considerado el Acuerdo Plenario N° 07-2006, pues la cuestión previa sólo procede cuando no se puedan establecer los nombres y apellidos del imputado, los mismos con que sí se cuenta en este proceso penal, por lo tanto es inaplicable al caso⁹.

III. La sentencia absolutoria y el sobreseimiento

Cumpliendo con el orden descrito en el prólogo de este trabajo, nos toca ingresar al desarrollo de este capítulo en el cual abordaremos las otras consecuencias judiciales que ocasionan las detenciones arbitrarias en el contexto de deficiente identificación e individualización del imputado. El derecho a la libertad personal de quien es comprendido penalmente por una deficiente identificación e individualización, es vulnerado manifiestamente en una detención arbitraria; y ésta se hace arbitraria porque no se observó debidamente el control de identidad que amerita el proceso penal, lo cual transforma al mismo en uno irregular o violatorio del debido proceso.

3.1. La sentencia absolutoria

Luego de la detención policial, lo siguiente será que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad requirente, tomando en cuenta el plazo máximo de detención que señala la Constitución. Ahora bien, si en base al principio de inmediatez el Juez verifica la no correspondencia de la persona que la Policía Judicial trajo detenida con las características que nos brinda el caso, a través del expediente, respecto del imputado, nos preguntamos qué debe hacer el Juez procesalmente hablando.

⁹ Ver Expediente 2008-504-48 Tercer Juzgado Supraprovincial de la Sala Penal Nacional, Incidente de cuestión previa del 18 de mayo de 2009.

Cabe recordar la imposibilidad del uso de la cuestión previa, no sólo por los efectos negativos que tiene antes estos casos, sino también porque el mismo pleno jurisdiccional que desarrollamos anteriormente no lo permite. Sin embargo, debemos señalar que en la praxis judicial hemos visto que ante muchas de estas situaciones, el Juez ha terminado expidiendo sentencia absolutoria sobre el procesado; situación preocupante pues, denota en principio la no distinción del imputado original con el sobreviviente y por otro lado genera condiciones de impunidad como lo desarrollaremos más adelante.

3.2. El sobreseimiento de la causa

Según el doctor Pablo SÁNCHEZ VELARDE, el sobreseimiento es una institución que permite la culminación de un proceso sin llegar a su conclusión natural, que es la sentencia; cuyo efecto inmediato es el archivo del proceso penal¹⁰. Ahora bien, el sobreseimiento procede ante muchas causas; por ejemplo, cuando el hecho no es típico, o cuando la acción se ha extinguido, o cuando no existen elementos probatorios que sustenten la acusación, etcétera; pero la más importante para efectos de este trabajo, será cuando el hecho delictivo no se le pueda atribuir al imputado.

En tal sentido, bajo este supuesto la acción penal en curso puede desistirse cuando al imputado sobreviviente, quien ha sido comprendido en el proceso por error, no se le puede atribuir un delito por varias razones. Por ejemplo, si demuestro que mi presencia física y cronológica no coincide con la ecuación espacio – tiempo de la comisión del delito. Deducida esta circunstancia, por ejemplo con un reporte de movimiento migratorio, quedará expedita la posibilidad de que el Juez resuelva la situación jurídica del imputado expidiendo el auto de sobreseimiento; este es el caso más frecuente.

3.3. La impunidad formalizada

Como señalamos al iniciar este capítulo, la sentencia absolutoria y el auto de sobreseimiento, como pronunciamientos judiciales decisorios respecto a casos en que existe una deficiente identificación e individualización del imputado, van a generar necesariamente condiciones de impunidad, la misma que se va a formalizar con una resolución judicial según su naturaleza; ya sea ésta conclusiva en el caso de la sentencia de absolución, o temporal en el caso del auto de sobreseimiento.

¹⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Introducción al nuevo proceso penal*, p. 115.

El maestro italiano Eugene FLORIÁN con relación al proceso penal señalaba que en él: «no sólo encontramos una relación jurídica a calificar jurídicamente, sino también un hombre a juzgar, cuyo conocimiento completo es indispensable»¹¹. Es decir, que desde la doctrina clásica ya se avizoraba la necesidad de examinar la esencia del imputado para determinar la decisión judicial así como el grado de las medidas a tomarse. Esto implica la voluntad intermediadora de la función jurisdiccional, de entender que dentro de un expediente se encuentra el destino próximo de una persona. En este sentido, absolviendo a quien no es el imputado real, impunemente se esconde otro que pudo ser o no el responsable del delito, pero que al fin y al cabo debió ser juzgado conforme a ley.

Entendemos que estas situaciones no deben pasarse por alto, en principio porque se están vulnerando derechos fundamentales de quienes no podemos referirnos como inocentes, pues para alcanzar esta categoría hay que estar involucrado en un proceso penal, sino más bien de personas ajenas al mismo. Además los nuevos tiempos, sugieren una exigencia mayor en la calidad de la función judicial, la misma que debemos reconocer como poco legitimada por la población usuaria de la administración de justicia. La doctora BARONA sostiene que los problemas del aumento en calidad y cantidad de las causas penales, así como la inoperancia del sistema estatal para afrontarlas, han provocado la necesidad de plantear una reforma en profundidad de todo el sistema procesal penal; sin embargo, las nuevas políticas de celeridad deben compaginar con las garantías de respeto a los derechos fundamentales de las personas.

3.4. Caso N° 2: Miguel Antonio Vite Andrés

En este caso, el procesado Juan Campos Neyra sindicó como cómplice del delito de robo agravado contra el Banco de la Nación de la ciudad de Ayabaca a un tal Antonio Vite alias «chato». Es por ello, que de la búsqueda en la base de datos de RENIEC, el fiscal baja la ficha de datos de Miguel Antonio Vite Andrés, a quien comprende en el proceso penal. Éste último es detenido y trasladado a la Sala Penal de Sullana, a pesar de manifestar que no tenía nada que ver con los hechos, pues el día en que se produjo el robo, se encontraba trabajando como chofer en la Empresa SOTISA en la cual también era socio, a

¹¹ FLORIÁN, Eugene, *Elementos del Derecho procesal pena*, p. 29.

pesar de adjuntar en su defensa el reporte de ingreso y salida del vehículo a su cargo. Luego, se llevaría a cabo el juicio oral y en él, el mismo Juan Campos Neyra declara que la persona que está presente en la audiencia no es el «chato Vite» que él conoce; es más que su cómplice, quien además estuvo recluido junto a él en el Establecimiento Penitenciario «El Milagro», no tiene ningún parecido físico con el señor Miguel Antonio Vite Andrés, presente en el juicio¹³.

Ante ello, con un criterio errado la Sala Penal hizo una valoración probatoria de lo actuado, donde destacó la declaración de los coprocesados, entre ellos Juan Campos Neyra, de los certificados penales y judiciales de Miguel Antonio Vite Andrés y de los documentos laborales del mismo. Por ello, en base al criterio de presunción de inocencia, la Sala Penal termina absolviéndolo y le concede su inmediata libertad, señalando que el imputado de nombre Miguel Antonio Vite Andrés, es inocente respecto al delito de robo agravado. Sin embargo, el resultado indirecto de la sentencia fue la impunidad de Antonio Vite (a) «chato».

IV. La extromisión en el proceso penal

El proceso penal se materializa en un procedimiento así como el civil, en el que existe de por medio una *litis* o *lite*, en términos del gran procesalista Carnelutti, pero en todos los casos no hay otro objeto que obtener la justa composición del litigio. Ésta composición atañe a la cualidad de las partes, en este caso, en el proceso penal se deduce una relación de derecho sustantivo y las partes están investidas de las facultades procesales necesarias para hacerla valer o contradecirla, según sea su naturaleza. Ahora bien, si el imputado original en un proceso mediante las actuaciones de identificación e individualización, termina siendo confundido por otro, y este otro queda comprendido a causa de un error material, se advierte que el proceso se ha desnaturalizado y por consiguiente será insustancial e incapaz de alcanzar sus propios fines.

4.1. La extromisión como figura jurídica y sus efectos

La figura de la extromisión se encuentra regulada solamente en el artículo 107° del Código Procesal Civil. Al respecto, el profesor

¹² Ver Anuario de Derecho Penal 2004. Artículo de Silvia BARONA VILAR, *La Justicia Penal: Luces y Sombras*, pp. 69 y 76.

¹³ Ver Expediente 440-2008 Sala Penal de Sullana. Sentencia del 03-05-2010.

MONROY GÁLVEZ señala que: «por la extromisión el Juez está facultado a decidir la separación de un interviniente a quien, por acto procesal anterior, había admitido al proceso»¹⁴. Asimismo, el profesor Carrión Lugo sostiene que la extromisión «es una contrapartida de la actividad de intromisión procesal, referida al retiro del proceso a un tercero legitimado que había sido admitido inicialmente como tal»¹⁵. Finalmente, el doctor Elvito RODRÍGUEZ apunta que «la extromisión consiste en separar del proceso a un tercero legitimado, mediante resolución debidamente motivada, por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido, o por haber comprobado su inexistencia»¹⁶.

4.2. Aplicación supletoria en el proceso penal

Es menester de este trabajo, no sólo proponer el uso de la extromisión en el derecho procesal penal por la necesidad que ameritan las detenciones arbitrarias por deficiente identificación del imputado, sino también argumentar por qué es viable y cómo debe de aplicarse. En tal sentido, al no existir una figura que alcance a satisfacer estos fines, apelamos a la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil por la cual «Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». Aparentemente puede deducirse cierta incompatibilidad entre lo civil y lo penal, sin embargo, apostamos en que la naturaleza de la extromisión es genérica para todo ordenamiento procesal que lo requiera, debido a que sólo está regulada en el ordenamiento procesal civil.

De otro lado, en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Artículo III dispone que el Juez debe atender concretamente la finalidad del proceso y en caso de vacío o defecto debe integrar la norma procesal. Asimismo, el Artículo IX referido al Principio de Vinculación y de Formalidad dispone que ante las formalidades previstas, el Juez puede adecuar su exigencia al logro de los fines del proceso, respecto a ello el doctor Pedro Sagástegui comenta que «a falta de norma imperativa en cuanto a la formalidad en la realización de un acto procesal se permite la libertad de formas, y se da validez a cualquiera que sea la empleada»¹⁷. Es decir, se ampara excepcionalmente un Principio de

¹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan, *La formación del proceso civil peruano*, p. 345.

¹⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, p. 352.

¹⁶ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 59.

¹⁷ SAGÁSTEGUI, Pedro, *Exégesis y Sistemática del Código Proc. Civil*, p. 38.

Elasticidad en cuanto a la forma de un acto procesal, siempre y cuando no se desnaturalicen los fines del proceso. En tal sentido, aseveramos que no es fundada una decisión judicial en el ámbito penal que declare inaceptable un pedido de extromisión, cuando el imputado sobreviniente ha sido incluido en una causa por un error en sede fiscal o judicial, pues estamos hablando de un tercero legitimado (para actuar) debidamente por un acto procesal anterior.

Conclusiones

1. La problemática descrita inicialmente sobre detenciones arbitrarias por deficiente identificación e individualización es un tema recurrente que amerita una atención detallada y un tratamiento procesalmente efectivo.

2. Una detención arbitraria por el uso indiscriminado de la base de datos de RENIEC, se confunde con los problemas de homonimia. Por ello, entendemos que el tratamiento jurídico y mediático que ha tenido no ha sido el adecuado.

3. Cuando la administración de justicia ha enfrentado estas situaciones, la práctica judicial ha advertido serios problemas, por un lado el indebido uso de la cuestión previa, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, originan respectivamente condiciones de dilación, recarga e impunidad procesal.

4. El mecanismo de Extromisión procesal es una figura genérica y válida para ser aplicada en todo ordenamiento procesal de manera supletoria, siempre que su uso sea necesario para alcanzar los fines naturales de un proceso.

Recomendaciones

1. En base a las deficiencias advertidas, recomendamos en principio un adecuado procedimiento de identificación e individualización del imputado. Por ello, saludamos la Resolución Jefatural N° 093-2010-J-OCMA del 27 de julio de 2010, mediante la cual se establece responsabilidad funcional en los magistrados del Poder Judicial que no tomen en cuenta estas exigencias mínimas al expedir los mandatos de detención.

2. Recomendamos que el Ministerio Público, representado por los titulares y, a su vez, responsables de la acción penal; tomen en cuenta que no basta con la mera consulta en la base de datos de RENIEC para establecer quién es la persona señalada como presunta

responsable del hecho delictivo, pues debe atenderse el contexto de indocumentación y suplantación presente en el país.

3. Planteamos el uso de manera supletoria de la «extromisión», regulado en el ordenamiento procesal civil vigente, debido a que su naturaleza lo permite; y por ser el mecanismo adecuado para los casos en que una persona comprendida en un proceso debe ser extraída de él, cuando el juez advierte que no se trata de la misma persona del imputado, es decir, se comprueba que la calificación dada al momento de su incorporación fue incorrecta.

Bibliografía

CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de Derecho procesal civil*, 2ª ed., vol. I, Grijley, Lima, 2004.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe N° 118, *Afectación de los derechos a la libertad personal e identidad por mandatos de detención ilegales*, Lima, 2007.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe de Adjuntía N° 010, *Detenciones arbitrarias y responsabilidad del Estado. Estudio de casos*, Lima, 2009.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco, *El nuevo proceso penal*, 1ª ed., Idemsa, Lima, 2007.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

HURTADO POZO, José, *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho penal 2004*, 1ª ed., Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – INEI, *Estado de la población peruana, indocumentación y grupos étnicos*, Lima, 2007.

FLORIÁN, Eugene, *Elementos del Derecho procesal pena*, traducido por Pietro Castro (U. Zaragoza), Ed. Jurídica Universitaria, México, 2001.

LANDA ARROYO, César, *Teoría del Derecho procesal constitucional*, 1ª ed., Palestra, Lima, 2003.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *La formación del proceso civil peruano*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2004.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito, *Manual de Derecho procesal civil*, 6ª ed., Grijley, Lima, 2005.

SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro, *Exégesis y sistemática del código procesal civil*, 1ª ed., vol. I, Grijley, Lima, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Introducción al nuevo proceso penal*, 2ª ed., Idemsa, Lima, 2006.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Grijley, Lima, 2003.

**LOS FINES PATOLÓGICOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:
EVITAR EL PELIGRO DE REITERACIÓN DELICTIVA
Y LA DEFENSA DE LA SOCIEDAD**

MARTIN MÉJICO LEAÑO

1. Introducción

Este trabajo tiene como fin presentar las razones que justifiquen el dictado de la prisión preventiva como una manifestación legítima de restringir el derecho a la libertad. En este aspecto, la cuestión a debatir está dada por la circunstancia de que el nuevo código procesal penal reglamenta como sustento de la prisión preventiva, tanto los peligros procesales de fuga y entorpecimiento del proceso, como la posible *reiteración delictiva*¹.

Así, la cuestión a determinar, se centrará en la justificación de la prisión preventiva en función de la posible reiteración delictiva, se trata como recuerda críticamente FERRAJOLI de un criterio que promueve la prisión preventiva como «instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos»² resulta evidente, que en estos casos, la prisión preventiva deja de ser una medida cautelar para convertirse en un instrumento de control social, lo que claramente pone en crisis su legitimidad.

El dictado de la prisión preventiva en razón de la peligrosidad del individuo para la sociedad, afecta en forma grave e irreparable el principio de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas. Sostiene el mismo FERRAJOLI «al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad, y, al asignar a la

¹ El artículo 253° inciso 3° de NCPP menciona que «la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva».

² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 553.

custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal' o 'cautelar', y, en consecuencia 'no penal', en lugar de una ilegítima *pena sin juicio*³.

2. Aspectos preliminares

El derecho a la libertad forma parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales, por cuanto constituye la base o sustento de todos los demás derechos y es un valor superior del ordenamiento jurídico; dado la naturaleza esencial de la libertad, el estado a través de sus diversas expresiones, entren ellas el Derecho, está en la obligación no sólo de respetarla, sino también de protegerla. «La libertad no resulta ser una facultad una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El ser humano no tiene ni deja de tener libertad, sino que el hombre «es libertad»⁴.

No obstante lo expuesto, es opinión casi unánime, que aun los derechos fundamentales como la libertad no son absolutos, en ese sentido el tribunal constitucional refiere «la libertad personal no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley»⁵, a tal efecto siguiendo al mismo tribunal los límites que pueden imponerse a la libertad son intrínsecos y extrínsecos; los primeros se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión, mientras que los segundos provienen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

Uno de los límites extrínsecos del derecho a la libertad lo constituye la medida cautelar de prisión preventiva el cual encuentra sustento en la constitución política del Perú y en diversos tratados internacionales⁶; pero dicha medida solo se puede instaurar dentro de un proceso penal y de manera excepcional, respetando determinados

³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 553.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y otros, *La Constitución comentada*, obra colectiva, Gaceta jurídica, Lima, p. 31.

⁵ STC N° 1230-2002-HC/TC Caso TINEO CABRERA.

⁶ Así nuestra constitución política en el art. 2°, inciso 24°, apartado B, estipula que «no se permite forma alguna de la restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por la ley. (...)», en el mismo sentido la convención americana sobre

principios y parámetros establecidos en la ley⁷. Debiéndose tener presente en todo momento que entre las líneas rectoras que orientan este nuevo modelo procesal penal y que se encuentra expresamente reconocido en la exposición de motivos del código procesal penal es que «la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso».

La constitucionalización de la prisión preventiva, como concepto y valor constitucional, creo que no está en discusión. Toda medida cautelar –donde está la prisión preventiva– sirve para asegurarla la eficiencia de la persecución penal¹. Lo que estaría en discusión sería la forma y las condiciones en las que se cumple la prisión preventiva que no logra distinguirse de la pena privativa de la libertad. En otras palabras desde la perspectiva de la libertad ambulatoria del imputado, pareciera no existir ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la prisión punitiva.

Por tal motivo, los derechos fundamentales que prevé la constitución deben ponderarse necesariamente con el interés del estado en la averiguación de la verdad en un proceso penal. Esto significa que la injerencia en algunos derechos (por ej. La libertad personal) solo estará permitida en tanto este autorizada expresamente con observancia de las condiciones exactamente determinadas por el legislador procesal. Por tal motivo en la instauración de la prisión preventiva no existe ningún ámbito o poder de discrecionalidad judicial, su aplicación debe ajustarse a los presupuestos que impone la ley. Los supuestos materiales de la prisión preventiva que se prevén admiten una valoración razonada y no depende de criterios o convicciones personales. En suma, el proceso penal es una medida de coerción estatal que debe estar necesariamente reglamentada y delimitada por ley.

3. Aspectos fundamentales de la prisión preventiva

Siguiendo a MORENO CATENA citado por Julián LÓPEZ MASLE, se dice que «la prisión preventiva es una medida cautelar personal, que

derechos humanos en su artículo 7°, inciso 2°, señala: «que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas», e igualmente el pacto internacional de derechos civiles y políticos en el artículo 9°, inciso 1°, consigna que: «todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causales fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta».

⁷ Véase los artículos 268° al 271° del Código procesal penal.

consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento»⁸.

De manera más didáctica se dice que: «la prisión preventiva es la medida cautelar más severa y aflictiva que se impone aun imputado, dado que restringe su libertad de locomoción, al ser internado en un establecimiento penitenciario, dejando en muchos casos graves secuelas (afectación psicológica, económica y social, tanto a nivel personal como familiar), de forma tal que asegura su permanencia en el juicio, evitando que fugue u obstaculice las investigaciones»⁹.

Se trata de una medida cautelar personal de carácter excepcional, que solo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fueren insuficientes para asegurar los fines del proceso, es de carácter variable en tanto subsiste mientras existan los presupuestos que lo determinaron.

Las normas que contengan medidas que restringen derechos del imputado debe responder a principios fundamentales de leyes supremas que presiden el ordenamiento jurídico de aquellos estados liberales y democráticos, pues el derecho procesal no hace más que reglamentar o dar vida a esos dogmas constitucionales. VÉLEZ MARICONDE citado por James REÁTEGUI, señala que «la coerción personal del imputado es legítima cuando tiende a asegurar el ejercicio regular de la función judicial que la norma constitucional prevé»¹⁰; en suma, la naturaleza, fundamento y finalidad de la prisión preventiva tiene que emanar de principios constitucionales, de manera que la ley procesal no puede desvirtuarla sino tan solo prever criterios para su imposición. Si durante todo el proceso el imputado por mandato constitucional es considerado inocente, hasta que no se le declare culpable en sentencia firme, la restricción de la libertad puede ser solo a título de *cautela*. La coerción que ejercita el derecho procesal penal, dice James REÁTEGUI citando a MAIER que es la «aplicación de la fuerza pública que

⁸ HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julian, *Derecho Procesal Penal chileno*, 1ª ed., t. I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 389.

⁹ Conclusiones del pleno jurisdiccional sobre la «Aplicación Del Nuevo Código Procesal Penal» realizado en la corte superior de justicia de Huaura los días 15, 20 y 22 de agosto del 2007.

¹⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *En busca de la prisión preventiva*, 1ª ed., Jurista Editores, 2006, p. 46.

coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el *resguardo* de los fines que persigue el mismo *procedimiento*, *averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva*, o en *la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento»*¹¹.

Toda medida de coerción procesal –específicamente la prisión preventiva– debe tener carácter meramente provisional y no definitiva, por ello la prisión preventiva juega un papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, donde el imputado es considerado inocente y debe ser tratado bajo ese estatus.

En consecuencia siguiendo a James REÁTEGUI «existen dos funciones, que suelen atribuírsele a la prisión preventiva: una de naturaleza *preventiva* y otra de naturaleza *cautelar*. Cuando se dice que la medida es preventiva se alude a su carácter provisorio, y no a adjetivos de pena «anticipada», ni mucho menos que la prisión preventiva vaya a «prevenir» las futuras comisiones delictivas por parte del autor. Con respecto a su carácter cautelar la prisión preventiva se transforma en una cautelar de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso y otra de tipo final, en orden a la ejecución de la eventual condena. La función «por excelencia» de la prisión preventiva ha sido y es la de servir de «medida cautelar personal del proceso penal»¹².

4. Fines que justifican la prisión preventiva

La prisión preventiva tiene sustento en los tratados internacionales de derechos humanos y en nuestra propia norma constitucional; así tenemos que la convención americana sobre derechos humanos en su artículo 7º inciso 2º señala: «*que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*», complementado el inciso 5º estipula que «*toda persona retenida o detenida debe ser llevada sin demora a un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su compa-*

¹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *op. cit.*, p. 47. (las cursivas son del texto).

¹² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *op. cit.*, p. 71 (resaltado nuestro).

recencia en el juicio» e igualmente el pacto internacional de derechos civiles y políticos en el artículo 9º, inciso 1º, consigna que: «todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causales fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta» seguidamente el inciso 3º consigna «toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora a un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguran la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo». (Subrayado y negrita nuestro).

En base a estos tratados internacionales que forman parte del derecho nacional, concluimos que la prisión preventiva constituye una medida de coerción en el proceso penal, que solo debería tener como fines asegurar la realización del proceso, el juicio y la ejecución de la pena.

Este aspecto en la doctrina es conocido como «*peligro procesal*¹³» que es considerado como uno de los requisitos –sino el más importante– para la imposición de la medida cautelar. Por ello resulta importante analizar cuando y como, de acuerdo a las normas constitucionales se puede restringir la libertad ambulatoria del imputado, respecto a este punto James REÁTEGUI citando a Dona sostiene que «...la respuesta es clara y sencilla solo cuando la libertad del imputado lleve aun peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustantiva. Esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca al proceso, de modo que, como se dijo, eluda tanto el proceso previo, como la sentencia, que está amparado por la constitución¹⁴».

¹³ La peligrosidad procesal se puede definir como «la probabilidad de que el imputado actúe sobre la prueba, obstaculizando el descubrimiento de la verdad; o bien se ponga en rebeldía sin someterse al proceso, impidiendo su completa realización; o luego de sentenciado, fugue sin someterse al cumplimiento de la pena» (exposición de motivos, disposiciones transitorias: principales novedades del proyecto Código procesal penal de Tucumán - Argentina).

¹⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *op. cit.*, pp. 185 y 186.

La doctrina extranjera¹⁵ y nacional¹⁶ considera que el único sustento para la imposición de la prisión preventiva lo determina el peligro procesal, por lo tanto se trata de cautelar tres objetivos: asegurar la comparecencia del imputado al juicio (peligro de fuga), el impedirle que entorpezca la investigación, haciendo desaparecer los rastros del delito o atemorizando a los testigos o poniéndose de acuerdo con sus cómplices para eludir la acción de la justicia (peligro de obstaculización) y, finalmente, asegurar el cumplimiento de la pena que puede imponérsele en la sentencia que se dicte.

En lo concerniente a la jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha expresado en el caso «Alejandro Rodríguez Medrano» que «la única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo no responde a una decisión arbitraria del juez, pasa por la observancia de determinados elementos objetivos que permitan concluir que, más allá de que existan indicios o medios probatorios que vinculen razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y más allá del *quantum* de la eventual pena a imponerse, existe peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria^{17 18}».

¹⁵ Así podemos citar a: MAIER, Julio cuando dice que: «... la prisión preventiva sirve para la realización de los fines propios del procedimiento –averiguar la verdad y actuar la ley penal– evitando que el imputado eluda sus obligaciones u obstaculice la búsqueda de la verdad histórica, y con ello, torne ineficaz el procedimiento» (MAIER, Julio, «La ordenamiento procesal penal alemana (comentario y comparación con los sistemas del enjuiciamiento penal argentino)», Vol. I, Buenos Aires 1978, p. 20.). LEVENE, Ricardo sostiene que la prisión preventiva «... tiende a impedir que el imputado que se encuentre en libertad, dificulte o haga imposible la investigación y la actividad jurisdiccional, borrando o desfigurando datos del delito, ocultando cosas o efectos materiales, poniéndose de acuerdo con sus cómplices sobornando o intimidando a testigos, etc. Asimismo, por medio de esos actos se asegura el comparendo del imputado durante la marcha del proceso, a fin de que no lo obstaculice o paralice, ya que aquel no puede seguirse en rebeldía, es decir, su sometimiento al poder jurisdiccional». (LEVENE, Ricardo. Voz: «Prisión preventiva», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIII, Buenos Aires, 1967, p. 173.

¹⁶ En la doctrina nacional podemos citar a: SAN MARTÍN CASTRO cuando menciona que «el peligro de fuga o de entorpecimiento, como se sabe, es la regla más importante y que, a su vez, fundamenta la legitimidad de la detención judicial pues evita que se transforme en pena anticipada». (SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho procesal penal*, vol. II, Lima 2003, p. 1223). CUBAS VILLANUEVA dice que: «constituye el verdadero sustento de la medida cautelar, que se aplicara cuando sea previsible que el imputado, por sus antecedentes u otras circunstancias rehúya el juzgamiento (peligro de fuga) o perturbe la actividad probatoria (peligro de entorpecimiento). (las negritas son mías). (CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, Lima 2003, p. 258.

¹⁷ STC. Exp. N° 1567 - 2002 -HC/TC fundamento N° 7º.

¹⁸ Así también se puede citar: STC. Exp. N° 3390 -2005-HC/TC caso «Jacinta Margarita Toledo» en el cual se menciona que «el principal elemento a considerarse...debe

5. Los fines patológicos de la prisión preventiva: evitar el peligro de reiteración delictiva y la defensa de la sociedad

El NCPP más allá de establecer como sustento de la prisión preventiva tanto los peligros procesales de fuga y entorpecimiento del proceso, ha establecido en el artículo 253 ° como sustento de la misma el de *evitar el peligro de la reiteración delictiva*; lo cual afecta en forma grave e irreparable el estado de inocencia. Es decir, la detención de una persona sin sentencia que declare su culpabilidad constituye una gravísima afectación al principio de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas, en tanto que la prisión preventiva no puede perseguir un fin de prevención general, por cuanto no es un medio de control social. Si se admite esta idea, se anticipa la pena en forma inconstitucional al aplicarse la pena sin juicio previo.

No puede utilizarse la prisión preventiva para impedir otro delito en base a la peligrosidad del sujeto, simplemente porque la peligrosidad del imputado, no es algo que le debe interesar al derecho procesal penal, y mucho menos al derecho penal material. Si en cambio puede utilizarse la prisión preventiva para impedir que el sujeto eluda la acción de la justicia, sobre la base de la peligrosidad que representa hacia los fines del proceso penal. Como lo señala James REÁTEGUI «con la adjudicación de que la prisión preventiva cumple una función de «impedir que el imputado cometa otros delitos» lo que hace es instrumentalizar sustancialmente la prisión preventiva como «medio» para la transformación no del derecho procesal penal, sino del derecho penal material, dejando de ser un sistema de control social de la culpabilidad individual para convertirse en un sistema penal de corte «preventivo», ajeno a toda connotación procesal»¹⁹.

ser el peligro procesal... en particular... que... no interferirá u obstaculizará la investigación... o evitara la... justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos... y, en forma significativa...».

Igualmente en el Exp. N° 3629-2005-PHC/TC fundamento 4° «Por ello, la única manera de determinar si la detención judicial preventiva de un individuo responde a una decisión razonable y proporcional del juez, pasa por la observancia de determinados elementos objetivos que en este caso son los señalados en el Artículo 135 del Código Procesal Penal que deben cumplirse copulativamente, permitiendo concluir que, más allá de que existan indicios o medios probatorios que vinculan razonablemente al inculpado con la comisión del hecho delictivo y más allá del *quantum* de la eventual pena a imponerse, exista el peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. La existencia de estos dos últimos riesgos es lo que en doctrina se denomina como **peligro procesal**».

¹⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *op. cit.*, pp. 238 y 239.

En efecto, el fundamento, de *evitar el peligro de reiteración delictiva* no entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es tuitiva, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata.

Alberto BINDER refiriéndose al tema señala que «asistimos a la paradoja que mientras el derecho penal proclama que no se puede penar la peligrosidad, la legislación procesal permite encerrar preventivamente a la misma persona fundando la prisión preventiva en la posibilidad de que cometa otros hechos o en los antecedentes del imputado. Ambas son formas directas de peligrosidad que se hallan totalmente proscritas como supuestos de encarcelamiento anticipado»²⁰.

Debemos dejar establecido que lo que se trata de cautelar con la prisión preventiva es el *peligro procesal*, es decir que no se ponga en riesgo los fines del proceso; bien porque el imputado no estará para el juzgamiento o bien porque alterara los medios probatorios en su contra. Así tenemos por ejemplo, que el imputado puede ser una persona distinguida y reputada, pero peligrosa para los objetivos del proceso penal (puede fugarse u obstaculizar la investigación). Por el contrario, puede que el imputado sea una persona altamente reiterativa en la infracción de la ley, pero procesalmente no peligroso, toda vez que dicho sujeto, colabora y se pone a derecho, para así lograr la aplicación de la ley penal y encontrar la verdad material.

Si se quiere contar con un sistema penal que sin dejar de ser eficaz no sea abusivo, proteja la libertad y resulte adecuado al principio del estado constitucional de derecho es preciso objetar la introducción práctica y teórica de funciones materiales en el área de la prisión preventiva, la garantía más segura contra la proliferación del uso patológico de esta medida cautelar es restringirla de un modo tenaz al cumplimiento de sus fines procesales, en tanto, que la única distinción jurídicamente relevante entre pena y prisión preventiva, solo se puede establecer por el lado de los fines que una y otra persiguen. El encarcelamiento preventivo no debe ser desviado en caso alguno de su única misión admisible, a saber, cautelar los fines centrales y específicos del proceso (fuga u obstrucción de la investigación).

²⁰ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004. p. 292.

La CIDH en el informe 2/97, analiza las razones que deben justificar la prisión preventiva y establece criterios que se deben tener en cuenta, dentro de los cuales llama la atención el acápite «III» párrafo 32º en el cual se sostiene «Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad». Es decir, la misma CIDH reconoce que se puede utilizar como fundamento de la prisión preventiva *el peligro de reiteración delictiva*; criterio errado que según mi postura no se debe aplicar en el caso nuestro por las razón que se expone en el acápite de las propuestas.

6. Propuesta

Para mantener la medida cautelar de prisión preventiva, inmune a toda posibilidad de utilización arbitraria es preciso limitarlo a fines estrictamente procesales alejados de toda desviación patológica o de objetivos materiales.

Por ello, para la imposición de la prisión preventiva por nuestros tribunales nacionales no se debería tomar en cuenta los criterios adoptados por la CIDH en el informe 2/97, debiendo aplicarse la legislación interna, en tanto, la misma resulta ser más favorable para los derechos del imputado, pues así lo establece la misma CADH en el artículo 29º letra «b»²¹. Y, nuestra legislación interna a través de nuestro código penal es un derecho penal de acto y nadie puede ser castigado por el solo hecho de ser peligroso, es decir si no se puede condenar al final del juicio en base a la peligrosidad del sujeto mucho menos se le puede privar de la libertad durante el juicio.

7. Conclusiones y recomendaciones

En definitiva, la prisión preventiva solo es procedente a efectos de garantizar la realización de los fines procesales: evitar el peligro de

²¹ CADH. Artículo 29. Normas de Interpretación.-

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

fuga y el entorpecimiento de la investigación. Por ende, resulta completamente ilegítimo y arbitrario detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos. Debe entenderse que la prisión preventiva o el mantenimiento de la misma solo se justifica por razones de seguridad procesal y nunca por razones de castigo.

Nuestro derecho penal, es un derecho penal de acto y no de autor, Villavicencio Terreros señala que «el derecho penal de autor es incompatible con el estado social y democrático de derecho; en ese sentido solo resulta compatible un derecho penal de acto. La pena debe vincularse con una acción concreta descrita típicamente; por ello, tal sanción representa «solo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo»²². Por ello, si no se puede justificar la pena privativa en juicios de peligrosidad futura, mucho menos se puede encarcelar preventivamente.

8. Bibliografía

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y otros, *La Constitución comentada*, obra colectiva, Gaceta Jurídica.

HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, 1ª ed., t. I, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

REÁTEGUI Sánchez, James, *En busca de la prisión preventiva*, 1ª ed., Jurista Editores, 2006.

REYNA ALFARO, Luis Miguel y otros, *La prueba, reforma del proceso penal y Derechos fundamentales*, 1ª ed., Jurista Editores, 2007.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, 3ª reimp., Grijley, 2009.

²² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª reimp., Grijley, 2009, pp. 113 y 114. (Las cursivas son mías).

¿VULNERA, LA CONDENA DEL ABSUELTO, LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS Y EL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS? ¿CONSTITUYE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS UNA GARANTÍA IRRESTRICTA DE LOS JUSTICIABLES?

IVÁN QUISPE AQUISE

A propósito de la sentencia N. 048 – 2010 - Arequipa, que se abstiene de condenar a un absuelto y nulifica lo actuado en sede de juzgamiento

1. Origen, planteamiento y relevancia del problema

El Nuevo Código Procesal Penal en parte del literal b, numeral 3, de su artículo 425, prescribe que «... si la sentencia de primera instancia es absolutoria, [el tribunal de segunda instancia o juez *Ad Quem*] puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y la reparación civil a que hubiera lugar». En otras palabras, la imposibilidad jurídica que tenía la absolución declarada en primera instancia de cambiar de calidad en segunda instancia (culpabilidad y condena), reconocida en el artículo 301, *in fine*, del Código de Procedimientos Penales de 1940¹, ha sido derogado. Sin embargo, a pesar de la innovación, existen jueces de Salas superiores que, no habiendo internalizado el sentido de la reforma e interpretando de forma inadecuada el instituto de la pluralidad de instancias, se resisten a condenar al absuelto e inaplican parte del 425 NCCPP por considerarla inconstitucional; y optan más bien por la nulidad del juicio de primera instancia, disponiendo así la repetición del mismo. Uno de esos casos puede observarse en la sentencia N° 2010, expedida el 22 de Junio del 2010 en Arequipa y recaída en el Exp. N° 2008-12172-15-0401-JR-PE-1. El fallo de la misma señaló que la imposibilidad de condenar al absuelto es «por colisión con el derecho a la instancia plural (revisión por otro Órgano superior) que consagra la constitución (art. 139, 6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (art. 10 y 11 DHDH; art. 4, 14 y 15 PIDC;..))»².

¹ «... En caso de sentencia absolutoria, [la Corte Suprema] solo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción y nuevo juicio oral».

² Sentencia de la Sala Penal Superior de Arequipa 048-2010.

Decisiones jurisdiccionales como la descrita³ y, por lo tanto, la problemática originada por la posibilidad jurídica de condenar en segunda instancia permitida por el NCPP, exigieron que la Corte Suprema de la República del Perú incluya «La condena del absuelto» como uno de los temas a tratar en el «VI Pleno Jurisdiccional Penal»⁴ a desarrollarse próximamente. Y también como uno de los problemas específicos a dilucidar referidos al mismo, el siguiente: «¿Se afecta con dicha norma [aquella que regula la condena del absuelto] la garantía de la doble instancia establecida en el Artículo 139.6 de la Constitución? ¿El NCPP es contrario al mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?»⁵.

El presente ensayo establecerá principalmente que toda la problemática surgida a raíz de la regulación de la condena del absuelto en el NCPP tiene su origen en la indeterminación normativa existente en torno a la figura jurídico-constitucional de la pluralidad de instancias. En esa línea de pensamiento, y haciendo recurso de la doctrina, observaremos dos posibilidades para efectivizar una determinación: o bien se concibe a la pluralidad de instancias como un doble grado de jurisdicción, o bien como una garantía de carácter irrestricto con la que cuentan los justiciables que participan en un proceso penal. De esa manera, luego de exponer las razones por las cuales nos decantamos por la primera opción, concluiremos que la condena del absuelto optimiza y cumple en gran medida con el principio constitucional de la pluralidad de instancias.

Asimismo, a partir de una interpretación histórica del artículo 14.5 del PDCP, evidenciaremos que su contexto originario hace inextrapolable e incompatible su aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico.

³ A este respecto podemos mencionar el expediente 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 de la Corte Superior de Huaura, en la sentencia de segunda instancia del 6 de octubre de 2009, se indica que por Mayoría se resuelve: *REVOCAR en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio de 2009, donde se absuelve de la acusación fiscal al imputado Alberto Abraham Canchari Melgar del cargo contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C, reformándola en CONDENA.*

⁴ A partir del presente año, los Plenos Jurisdiccionales Penales, contarán con la participación de instituciones públicas y privadas externas en la discusión sobre los tópicos controversiales que aborden.

⁵ Para mayor información acerca de los temas y problemas planteados en el foro. Ver <http://200.121.60.62/foro/temas.php>

Por último, en relación al caso que nos sirve de pretexto para expresar opinión propia sobre el tema que concita nuestra atención en esta oportunidad, determinaremos en qué medida la decisión del Juzgado Superior de segunda instancia de abstenerse de condenar a un absuelto y nulificar el juicio oral de primera instancia, constituye una condena mediata que solo dilata innecesariamente el proceso.

2. El caso CCanahuire: ¿Condena mediata de un absuelto?

Jorge Adcco CCanahuire es acusado de haber violado en reiteradas ocasiones a la menor hija de su conviviente. Según la Fiscalía, la niña Candy Huamaní Quispe⁶ fue abusada sexualmente por el procesado en diversas oportunidades desde noviembre del año 2007 hasta el 19 de setiembre del año 2008. Tal día fue la última vez que la menor fue ultrajada, puesto que hizo saber de lo ocurrido a su profesora, Isabel Chambi Calla, y a la directora del Centro Educativo N° 40616, Hilda Pérez, quienes a su vez informaron de lo referido por la menor a su tío, Pedro Quispe González, quien denunció el hecho.

Realizado el juicio oral de primera instancia, el Juzgado Colegiado, el 21 de diciembre del 2009, emitió la sentencia del caso. En ella se resolvía absolver al procesado, fundando tal decisión en que no existió prueba suficiente que desvirtuara el principio de presunción de inocencia. A tal conclusión se arribó por las siguientes razones: Uno, la menor no se presentó a declarar en el juicio y, por lo tanto, no existió sindicación válida de la agraviada-testigo en contra del acusado. Dos, la declaración previa de la menor ante el Ministerio Público no se oralizó en la fase de incorporación de medios escritos por cuanto el Ministerio Público no acreditó haber convocado en dicha ocasión al acusado o a su defensa para asistir a dicha diligencia, de modo que tampoco resultan aceptables las referencias al presunto lugar de los hechos investigados, que la víctima viviera en dicho inmueble, ni la existencia de amenazas como medio para doblegar la voluntad de la víctima. Tres, la profesora Isabel Chambi manifestó en su declaración desconocer tanto a la madre como al padre de la menor a pesar de que era su alumna desde segundo de secundaria. Cuatro, la inexistencia de certeza respecto a que el acusado haya sido autor de la

⁶ Mencionamos el nombre de la menor puesto que ha fallecido. En esa medida, con el fallecimiento de la persona no solo cesa la personalidad (desde la perspectiva del derecho civil), sino que objetivamente no será posible causarle afectación o sufrimiento psicológico.

desfloración, habida cuenta de que el Ministerio Público sostuvo que la menor anteriormente había sido vejada por otro sujeto lo cual se encuentra en investigación y generó duda en el caso; no obstante que en la pericia psicológica practicada al procesado se señaló que su perfil psicológico es compatible con el de un agresor sexual, ello no resultó ser un indicador suficiente para acreditar la comisión del delito. Y cinco, no resultar razonable que la agraviada haya esperado un año para denunciar los hechos contra el procesado, más aún si, como señala el Ministerio Público, denunció a un anterior conviviente de su madre por el mismo delito.

Acto seguido, la representante del Ministerio Público solicitó se revoque la sentencia emitida en virtud de los siguientes considerandos: Siendo el primero, que la inasistencia de la menor agraviada al juicio oral y por tanto el no haber brindado su declaración se debió a que fue sustraída por su madre del hogar donde se encontraba refugiada bajo custodia de su tío Pedro Quispe Gonzales; actitud que tuvo la finalidad de evitar que declarase en el Juzgamiento, por lo que Roxana Quispe Condori interpuso la denuncia correspondiente. El segundo, que el Juzgado Colegiado de primera instancia no considero que la manifestación de la víctima ante la representante del Ministerio Público, era consistente y coherente con el sentido de la pericia psicológica practicada al procesado. Y el tercero, que no se considero el Acuerdo Plenario 02-2005, en la medida de que se sostuvo como argumento valedero y descalificador de la acusación el que la menor no haya denunciado en su oportunidad; y no se valoró que estos delitos son ocultos empleándose contra las víctimas amenaza tanto para cometer el delito como para que no delaten los hechos perpetrados. Además de no existir un móvil turbio en la denuncia, puesto que la menor se acercó a la profesora solicitando ayuda.

Concedida la apelación, los autos fueron elevados a la Sala Superior. «En esta Instancia Superior se realizó el acto procesal de *revisión de la sentencia*, bajo los parámetros de una audiencia de apelación»⁷ 8.

En la audiencia de apelación, el Fiscal Superior sostuvo principalmente que uno de los fundamentos de la sentencia absolutoria fue

⁷ Sentencia de la Sala Penal Superior de Arequipa 048-2010.

⁸ El subrayado es nuestro. La cita textual de este fragmento de la sentencia es relevante en la medida de que cuando dilucidamos la naturaleza de la pluralidad de instancias, debemos referirnos a la actividad y función del *Ad Quem*.

la inasistencia de la menor al juicio a rendir su manifestación; sin embargo, subrayó que ello se debió a que la menor fue secuestrada por su propia madre (conviviente del acusado) y familiares del procesado lo cual obra en la denuncia interpuesta por Roxana Quispe Condori, prima de la menor, y en la declaración vertida por la propia menor. Asimismo, agregó el Fiscal, que en la segunda Instancia Penal tampoco iba ser posible que la menor vierta su declaración en juicio de apelación, puesto que ha fallecido. Las circunstancias aún no han sido esclarecidas.

De esa manera en el juicio de apelación se debatió principalmente el motivo de la inconcurrencia de la víctima al juicio oral de Primera Instancia. La prueba contundente que presentó el Fiscal Superior respecto al mismo fue un documento donde consta la apertura de un proceso de indagación fiscal por el presunto delito de secuestro, en el que obra una declaración de la menor - oralizada en el plenario de apelación y donde la víctima dio cuenta de lo ocurrido en su perjuicio; todo ello para evitar que declarase. La defensa del acusado objetó la incorporación de dicho documento bajo el argumento de impertinencia al no referirse a los hechos objeto del juzgamiento; sin embargo, el Colegiado Superior desestimó dicha objeción, en la medida de que la información que contiene tiene que ver con el motivo de la inconcurrencia de la víctima, «cuya ausencia y más propiamente el no contar con su versión ante los juzgadores, sirvió de sustento a la decisión absolutoria»⁹.

La Sala Superior considero que «cuando el Juzgado Colegiado de Primer Instancia- emitió su decisión final, no contaban con certeza suficiente sus integrantes que la menor agraviada había sido sometida a actos de privación de la libertad (aunque se dijo en la audiencia que tal hecho había acaecido), actos dirigidos a evitar que acudiera a otorgar información que la justicia requería para formar la convicción adecuada con la finalidad de hacer justicia material»¹⁰.

De esa forma, con la nueva prueba y con el reexamen de las pruebas y argumentos ofrecidos en el juicio oral de Primera Instancia la Sala Superior concluyó que «la víctima fue con muy alta probabilidad, impedida por medios ilegales a concurrir al juzgamiento oral, con lo que se cerró la posibilidad de reforzamiento probatorio directo

⁹ Sentencia de Sala Penal Superior de Arequipa 048-2010

¹⁰ *Ibid.*

que reclamó el Juzgado Colegiado al momento de decidirse por la absolución»¹¹.

Ahora bien, respecto a la decisión formal que hubo de tomar el Colegiado Superior, este consideró que no era posible culpar y condenar a CCanahuire Quispe, el absuelto en Primera Instancia, a pesar de existir la posibilidad jurídica para hacerlo, en la medida de que «condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius* que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional y fundamental de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDCP, Art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)»¹². Al margen de la deformación que realiza el Tribunal Superior del principio dogmático-procesal penal de la prohibición de la *reformatio in peius*, lo cierto es que interpreta la Segunda Instancia como un derecho subjetivo y garantía irrestricta con que cuenta todo condenado y que lo faculta a impugnar la sentencia adversa a fin de que sea revisada por un Tribunal más. De ahí que, al ser la Segunda Instancia la última, rehúya a condenar.

Descartada la opción de la condena, el Tribunal Superior opta por «la nulidad¹³ de la sentencia impugnada que absolvió a Jorge CCanahuire Adcco del delito contra la libertad sexual [...] en agravio de [...] la menor Candy Vanesa Huamaní Quispe, como lo propuso la Fiscalía Superior en lo Penal en la audiencia de apelación, y nulo el juzgamiento el juzgamiento de primera instancia que le dio origen»¹⁴

Asimismo respecto a la impertinencia de la condena, el fallo fue el siguiente:

«[Fallamos] declarando inaplicable a este caso en concreto, parte del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), esto es, únicamente en cuanto señala que 'si la sentencia

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ El NCPP establece en el artículo 150, que corresponde la declaración de nulidad de actuados cuando no se ha observado el contenido esencial de los derechos fundamentales. En este caso el Tribunal considero que el derecho a probar es parte del contenido esencial derecho fundamental al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

¹⁴ Sentencia de la Sala Penal Superior de Arequipa 048-2010.

de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar'; ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, por colisión con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior) que consagra la constitución (art. 139.6) y las normas de protección internacional de los Derechos Humanos (art. 10 y 11 DUDH; art. 4, 14 y 15 PIDCP, art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)»¹⁵.

En otras palabras, para este Tribunal la condena del absuelto propiamente dicha no vulnera la Constitución, lo que sí lo hace es la inexistencia de una instancia adicional a la cual pueda apelar el condenado en segunda instancia.

Si seguimos la lógica de este Tribunal, debe darse el caso de que en un recurso de apelación interpuesto por un determinado sujeto que ha sido condenado en Primera Instancia, el Juzgado Superior debería abstenerse de absolver al condenado, puesto que sería la primera absolución y no habría una instancia más a la que pueda recurrir el sujeto procesal afectado. ¿O será acaso que este Tribunal considera que el derecho a la pluralidad de instancias es solo y únicamente del condenado? La problemática en torno a este último punto lo analizaremos con más detalle en el subsiguiente apartado.

No finalizaremos esta primera aproximación a la problemática desencadenada a raíz de la regulación de la condena del absuelto en el NCPP, sin antes hacer hincapié en un ítem relacionado con los efectos del fallo de la sentencia *sub exánime*. No necesitamos ser Tiresias¹⁶ para saber lo que ocurrirá. Ante el advenimiento del nuevo juicio oral de primera instancia, existen dos posibilidades: la condena o la absolución. En el primer caso, habría habido una dilación innecesaria e indebida del proceso. No hay que olvidar que este Tribunal considera que «la víctima fue con muy alta probabilidad, impedida por medios ilegales de concurrir al juzgamiento oral»¹⁷; y no condena por el supuesto impedimento constitucional -aunque si fuera Tribunal Ad Quo no cabe duda de que lo hubiera hecho-. En el segundo caso, ante el inevitable y nuevo recurso de apelación fiscal, existirían solo y única-

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Alusión al célebre adivino de la mitología griega.

¹⁷ Sentencia de la Sala Penal Superior de Arequipa.

mente dos salidas: Siendo la primera que el nuevo Tribunal *Ad Quem* -para no atentar contra el derecho a la pluralidad de instancias del condenado- confirme la absolución de forma a priori sin siquiera revisar lo actuado en sede de juzgamiento o haciéndolo deshonestamente. La otra salida es volver a nulificar lo actuado en sede de juzgamiento, con lo cual se estaría comenzando a forjar un absurdo eterno retorno de la Primera Instancia.

En otras palabras, el fallo jurisdiccional generará ineluctablemente o bien una violación del derecho al plazo razonable o en su defecto una verdadera violación del derecho a la pluralidad de instancias (en el sentido de no existir siquiera un reexamen riguroso de la primera sentencia).

Sin embargo, pensamos que existe mayor viabilidad de que se haga efectiva la condena por parte del siguiente Tribunal *Ad Quo* que examinará el caso -y, por lo tanto, la violación del derecho al plazo razonable de la parte agraviada-. Las razones que determinaron la nulidad del primer juicio oral del primer proceso influirán necesariamente en la nueva decisión. En estos casos, la imparcialidad del juez se flexibiliza considerablemente.

Es por ello que sostenemos que los jueces de la Sala Superior al nulificar lo actuado en sede de juzgamiento son los autores intelectuales de la muy probable condena: son los condenadores mediatos o los hombres de atrás¹⁸ de la condena a imponerse a Jorge CCanahuire Quispe por parte del nuevo Juzgado Colegiado.

3. De la absolución del condenado a la condena del absuelto: ¿Optimización de la tutela judicial efectiva?

Un análisis comparativo de las posibilidades jurídicas existentes en torno al recurso de apelación de sentencias reguladas tanto en el NCPP como en CPP de 1940, nos indica que ha habido un cambio bastante significativo en el tratamiento de dicho recurso. En efecto, el artículo 301, *in fine*, del CPP de 1940 en casos de recursos de apelaciones contra absoluciones, de ser admitido el recurso, lo más que se podía hacer en segunda instancia era nulificar lo actuado en sede de juzgamiento pero nunca condenar. Una de las razones que explican

¹⁸ Para nuestra tesis de la condena mediata en segunda instancia -aún en construcción-, está de más indicar que nos hemos basado en la teoría de la autoría mediata propuesta hace algunas décadas por Claus ROXIN.

esta imposibilidad de condena en segunda instancia es porque «según la Exposición de Motivos del Anteproyecto del CPP, se justifica la absolución del injustamente condenado en razones de estricta justicia, pero la condena del injustamente absuelto no se permite porque la condenación solo es posible alrededor y al influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de lo que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema»¹⁹. En otras palabras, uno de los factores que impedía condenar en segunda instancia era la carencia de intermediación. Pues bien el NCPP se ocupa de ese vacío al establecer en su artículo 424 la audiencia o juicio de apelación en el cual es posible la concurrencia de las partes y la actuación de pruebas en presencia del juez. De ahí la posibilidad jurídica de condenar al absuelto reconocida en el artículo 425.3.b del NCPP.

Ahora bien, una pregunta que consideramos pertinente hacernos es si la condena en segunda instancia afecta el derecho a la tutela judicial efectiva. Para ello debemos primero determinar el significado de este derecho y diferenciarlo del derecho al debido proceso. Sobre este tema es ilustrativo el fundamento 7 de la STC 09727-2005-HC/TC, el cual reza a la letra lo siguiente:

«(...) mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer».

Asimismo, a este respecto también debe mencionarse el fundamento 4 de la STC 10490-2006-PA/TC. «Debe dejarse en claro que la

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., vol. I, Grijley, Lima, 2006, p. 983.

garantía del derecho de defensa y a la pluralidad de instancias no agotan en absoluto el derecho al debido proceso ni, mucho menos, el derecho a una tutela procesal efectiva».

Por nuestra parte, consideramos que el derecho a los recursos está relacionado más estrechamente con la tutela judicial efectiva en la medida de que está tiene una naturaleza dinámica a partir de la cual la jurisdicción se relaciona con los justiciables.

Ahora bien, siguiendo a PROAÑO, «consideramos que la condena del absuelto en segundo grado resulta idónea para optimizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues ésta no puede ser entendida ni analizada en materia penal únicamente desde el punto de vista de los derechos del procesado sino también desde los derechos del agraviado y de las facultades del titular de la acción penal; realizarlo de otro modo significaría realizar un análisis parcializado, restringido y entre cortado del estado real de las cosas»²⁰. Respecto al carácter bilateral del recurso de apelación de sentencias disertaremos a continuación.

4. El recurso de apelación de sentencias no es un derecho privativo del condenado. Interpretación correctora del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El artículo 14.5 del PIDCP prescribe lo siguiente: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Una interpretación literal de este texto normativo, nos hace pensar inmediatamente que el derecho a la apelación de sentencias es una garantía privativa del declarado culpable y condenado por ello en un fallo judicial. «El PIDCP es claro en establecer que la impugnación del fallo condenatorio no es posibilidad ni una facultad sometida a poder discrecional de los órganos de justicia, consiste en un derecho reconocido al imputado»²¹.

²⁰ PROAÑO CUEVA, César Augusto, «Doble instancia, *reformatio in peius* y otros conceptos mal entendidos. A propósito de la condena del absuelto». Ver <http://200.121.60.62/foro/viewforum.php?f=15>

²¹ ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional del Corte Suprema*, Ver <http://200.121.60.62/foro/viewtopic.php?f=15&t=34&sid=81305f74d58ecab8f2436e36323bc4f9>

En ese entendido no cabría un recurso de apelación del acusador sobre la pena impuesta.

Sin embargo, una interpretación correctora²² nos permite una lectura distinta. En esa línea de análisis, a partir de una interpretación histórica²³, siguiendo a MONTERO AROCA, diremos que «el Pacto, y más en concreto las garantías procesales que contiene, se entienden mejor si se tiene en cuenta que las mismas adquieren su verdadero sentido referidas a un proceso penal de corte anglosajón. Parece claro que el Pacto, aun siendo internacional y abierto a la adhesión de todos los países, se encuadra dentro de la influencia de determinados países, los que por su fuerza política y predominio en el mundo suelen trasladar a los convenios multilaterales sus instituciones y su terminología jurídica, las cuales no son siempre luego de fácil acomodo en ordenamientos jurídicos distintos»²⁴.

Para una mayor comprensión de la relación entre el art. 14.5 del PIDCP y el proceso penal anglosajón, es necesaria una aproximación a este último. «No debe olvidarse que el sistema procesal penal anglosajón, y en especial el de los EEUU, se configura partiendo de la base de la intervención del Jurado y que, después del veredicto de este, si es absolutorio, el Ministerio Público no dispone de recurso; y si es condenatorio, la persona condenada tiene derecho a que un tribunal, compuesto solo por jueces profesionales controle si en el proceso se han observado todas las garantías de lo que viene denominándose 'debido proceso' y, en su caso, anule el proceso, el cual debe repetirse ante un nuevo Jurado»²⁵. A decir de MAIER, para entender la razón de la proscripción de la apelación del acusador, es necesario apreciar el significado político del Jurado. «Políticamente, el Jurado representa la necesidad de que, frente a la posibilidad de poner en marcha el poder de coacción más vigoroso y violento que el Estado de Derecho se concede a sí mismo (representese que puede llegar a autorizar a

²² «Existen dos tipos fundamentales de interpretación: 1) Por un lado, la interpretación que suele llamarse literal o declarativa; 2) Por el otro, la interpretación que conforme a la tradición podemos denominar «correctora». [...] La interpretación correctora se define por contraposición a la literal [en ese sentido son modalidades de interpretación correctora la teleológica, la sistemática, la histórica, etc.]. Ver GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Madrid, 2000, p. 211.

²³ «En la interpretación histórica se trata de conocer la *ocasio legis* o contexto histórico». Ver VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3^a, Grijley, Lima, 2008, p. 138.

²⁴ MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 168.

²⁵ *Ibid.*

terminar con la vida de una persona), exista una autorización para su uso por parte de un núcleo representativo de ciudadanos a los funcionarios estatales que aplicarán la fuerza conforme a la ley, autorización que, negada, impide el uso de la fuerza o la transforma en ilegítima. Se trata, así, de otro de los obstáculos que debe superar la aplicación de una pena estatal para su legitimación»²⁶. De ahí que, el maestro argentino sostenga que el recurso de apelación «deberá perder, así, su carácter bilateral -el de ser facultad de todos los participantes- para transformarse en un derecho exclusivo del condenado [una garantía procesal de carácter irrestricto] a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que solo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y solo lo es por el condenado: la absolución (...) y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal debe ser considerada un *bis in idem*»^{27 28}.

Sin embargo, es necesario precisar que MAIER realiza una interpretación del recurso de apelación de sentencias en armonía con el sistema judicial de su país. «MAIER [...] toma como base un sistema en el cual los juicios criminales están en manos de un Jurado, lo toma como una aspiración a cumplirse porque la Constitución de la República Argentina, reconoce expresamente dicho sistema de administración de justicia, en el cual -desde su particular punto de vista- no sería posible que el acusador tenga dos oportunidades para buscar una condena»²⁹.

Por último, resulta pertinente expresar el análisis de Yolanda DOIG: «Ahora bien, que el art. 14.5 tenga el sentido anteriormente descrito en el sistema anglosajón, no supone que deba extrapolarse en los mismos términos al ordenamiento procesal de corte continental. Tal y como está redactado dicho precepto, se presta hasta a tres interpretaciones diferentes según el énfasis mínimo, medio o máximo que se ponga en asegurar las garantías del procesado. Si el énfasis es mínimo, bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un

²⁶ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 716.

²⁷ *Ibid.*, p. 709.

²⁸ Sobre el punto de la supuesta vulneración del principio non bis in idem volveremos sobre cuando disertemos sobre el sistema de apelación plena.

²⁹ NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 369.

tribunal superior. Si es medio, el acento se pondrá en la necesidad de una apelación que revisa el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último si se trata del máximo grado de garantismo, se propone que el art. 14.5 sea interpretado como el derecho del imputado a tener un juicio doble, entendido como doble juicio en caso de condena

Contrastadas tales interpretaciones con el CPPP 2004, resulta evidente que su sistema de recursos no se ha inclinado por la concepción mínima, de modo que para dar por cumplido el doble grado de jurisdicción no basta con que la sentencia sea susceptible de ser revisada por un tribunal superior; ni tampoco se ha instaurado la maximalista, que podría conducir al absurdo de arbitrar un nuevo recurso para quien resulta condenado por vez primera en segunda instancia...»³⁰.

Por su parte NEYRA FLORES coincide con la interpretación de énfasis medio. «Lo óptimo en nuestro sistema sería interpretar el art. 14.5 del PIDCP en el énfasis medio, porque no se puede considerar que cualquier sometimiento a un tribunal superior signifique cumplir con dicha exigencia»³¹.

Nosotros también coincidimos con la interpretación de énfasis medio; en la segunda instancia regulada por el NCPP no solo se revisa la sentencia del juez Ad Quo, ni tampoco está únicamente reservada para el imputado. «Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia»³².

Con todo, solo decir que una vez interpretado históricamente el art. 14.5 del PIDCP y habiendo identificado su contexto histórico, resulta inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico si es que no lo integramos sistemáticamente a él.

5. La pluralidad de instancias: ¿Doble grado de jurisdicción o garantía irrestricta?

El artículo 139.6 de nuestra Carta Magna establece lo siguiente: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) La pluralidad de instancias». Este precepto constitucional es complementado

³⁰ DOIG DIAZ, Yolanda, «El recurso de apelación contra sentencias», en CUBAS VILLANUEVA, Víctor, (Coordinador), *El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 545.

³¹ NEYRA FLORES, *op. cit.*, p. 371.

³² Artículo I.3 NCPP.

con el artículo 11 de la LOPJ: «Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley». En otras palabras lo que se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico es el principio de la doble instancia.

Ahora bien, el problema se presenta cuando se realizan – a veces sin saberlo o advertirlo- interpretaciones doctrinarias inadecuadas de dicho principio para nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, existen dos posibles interpretaciones de la Doble Instancia: o bien es un principio constitucional que implica un doble grado de jurisdicción, o bien implica un derecho o una garantía de carácter irrestricto a partir del cual los justiciables tendrán en todos los casos el derecho a apelar -cuando menos por una vez- sentencias que hayan afectado sus intereses.

La sentencia que analizamos en el presente ensayo se decanta por la segunda opción. Su criterio es que «condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius* que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación...». Observamos como el Tribunal Superior aun en el grado en que debe decidir, considera que si condena estaría vulnerando el derecho a la pluralidad de instancias del imputado. En la misma línea, ORE GUARDIA sostiene que «en relación a la condena del absuelto, podemos afirmar que la condena en segunda instancia, en sí misma, no vulnera la pluralidad de instancias, pero lo que sí contraviene la disposición constitucional, es la limitación que pesa sobre el imputado, al ser condenado por primera vez en vía de apelación». De semejante parecer, en la doctrina foránea, es GIMENO SENDRA cuando arguye que «la introducción en segunda instancia de nuevos medios de ataque y de defensa que pudieron ser utilizados en la primera, hace perder a los litigantes un grado jurisdiccional, porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución. De forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancias en esos casos, una de dos, o se instaura una tercera instancia limitada - con lo que no se habrían cosechado sino dilaciones- o una cadena infinita de instancias plenas»³³. De esta manera, notamos como para

³³ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Cólax, Madrid, 2007, p. 418.

estos pensadores, la doble instancia es una garantía absoluta de los justiciables ante fallos judiciales adversos. Y también que para ellos resulta inconcebible una condena en segunda instancia por la supuesta vulneración del derecho a la pluralidad de instancias del imputado que implicaría.

Por la otra vía, se encuentran aquellos que interpretan la doble instancia más que como una garantía irrestricta, como un principio enmarcado un doble grado de jurisdicción. Y como todo principio, habrá circunstancias en que la garantía relativa que emana del mismo sea inexigible. Para ESPINOZA GOYENA, «la esencialidad [de la doble instancia] está en el doble grado de jurisdicción. Es decir, la posibilidad de que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente (juicio histórico y juicio jurídico) en dos instancias por ambas partes de la relación procesal»³⁴. Al mismo respecto, PROAÑO CUEVA es de la idea que «el doble grado de jurisdicción es un principio constitucional es un principio y no una garantía [...], por lo tanto, apelada la sentencia y sometida a un juicio de revisión, garantiza la ejecución de este principio constitucional». Nótese como PROAÑO deduce que basta con que la apelación de una sentencia haya sido admitida, y por lo tanto, haberse llevado a cabo un nuevo juicio, para que se haya cumplido con el doble grado de jurisdicción. Asimismo, CUBAS VILLANUEVA manifiesta que «la Constitución impone el doble grado de la jurisdicción como mínimo para consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de revisión integral por otra instancia»³⁵. Por último, en cuanto a doctrina nacional se refiere, SAN MARTÍN razona que «en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el juez *Ad Quo*»³⁶.

Con el mismo entendimiento en torno a la doble instancia, en la doctrina argentina, encontramos que MAIER también se ocupa de explicar el significado de la doble instancia en los ordenamientos jurídicos de raigambre eurocontinental como el nuestro, «el recurso contra

³⁴ ESPINOZA GOYENA, Julio César, «Ponencia presentada al Instituto de Ciencia Procesal Penal a propósito del VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema-2010».

³⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Palestra, Lima, 2009, p. 510.

³⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., vol. II, Grijley, Lima, 2006, pp. 985-986.

la sentencia [se encuentra] establecido en forma de facultad bilateral, tanto para el acusado como para el acusador; de modo que tanto uno como otro pueden expresar sus agravios contra la decisión, y que el último de ellos queda habilitado por esta vía para arribar a la condena *in extremis*, esto es, ante el tribunal de última instancia, sin que en ese caso el condenado pueda expresar su disconformidad con la condena -la primera condena- y lograr una reparación de su agravio ante ella»³⁷. Observamos como Mayer deja claro que en ordenamientos como el nuestro, el condenado en segunda instancia pierde su derecho a apelar en la medida que ya se cumplió con el doble grado de jurisdicción. Asimismo, con más tino aún, en la doctrina española, MONTERO AROCA se refiere al doble grado jurisdiccional en los siguientes términos: «En sentido jurídico estricto cuando se habla se doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero»³⁸. Con esta noción el maestro español critica las particularidades del recurso de apelación y de la segunda instancia en su país. «En España, para el proceso civil y tal como ha sido asumido modernamente para el proceso penal, no [...] da lugar una verdadera segunda instancia. [...] Dicho de otra manera, en nuestro Derecho [el Derecho español] no ha habido apelación plena sino apelación limitada»³⁹. Hasta aquí un punto importante respecto a las ideas de MONTERO es que el doble grado jurisdiccional y la apelación plena son interdependientes, esto es, coexisten siempre. Respecto a las características de una apelación plena, el propio MONTERO nos ilustra: «La apelación plena implica permitir a las partes adicionar alegaciones de hechos (siempre que no se modifique la causa de pedir que sirve para identificar el objeto del proceso y la persona acusada) y proponer y practicar nuevos medios de prueba, con lo que el Tribunal Superior puede contar, para tomar su decisión, con elementos de los que no conoció el órgano de la primera instancia»⁴⁰. Y en cuanto a una apelación limitada, esta se da «cuando el Tribunal Superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispu-

³⁷ MAIER. *Op. cit.*, p. 708.

³⁸ MONTERO AROCA, *op. cit.*, pp. 175-176.

³⁹ MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁰ *Ibid.*

so el órgano inferior sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o pruebas (salvo supuestos excepcionales que no desvirtúan lo dicho). A pesar de la limitación, la función del Tribunal Superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen»⁴¹. Es necesario precisar que para que un sistema de apelación sea pleno, para que un doble grado jurisdiccional sea material y una segunda instancia, verdadera; lo determinante es que las partes puedan presentar en la segunda instancia nuevas pruebas y argumentos en torno a los hechos.

Finalizando, es necesario preguntarnos qué sistema de apelación subyace en el NCPP. A este respecto dice NEYRA que «el legisador nacional no ha sido ajeno a la configuración mixta de ambos sistemas, optando en principio por un modelo de apelación limitada por con aplicaciones moduladoras del modelo de apelación plena [...]. Tenemos que la apelación en el NCPP se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, estatuyéndose una verdadera segunda instancia, la cual se realizará cumpliendo las garantías de oralidad, contradicción, inmediatez, etc. Porque se establece el juicio de apelación en el caso de que se haga valer el derecho al recurso [...]. En cuanto a la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el juez *a quem*, esta se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno sin llegar a acogerlo por completo, en el sentido que se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquella que no se pudo aportar y/o actuar, por causa no atribuible al sujeto que impugna»⁴². A este respecto, nosotros pensamos que el sistema de apelación que subyace en el NCPP es predominantemente pleno. Líneas arriba dijimos que la diferencia capital entre los dos sistemas es que en el de apelación plena se pueden presentar nuevas pruebas que serán valoradas por el juez *ad quem*. Pues bien, el 422.2.a del NCPP señala lo siguiente: «Solo se admitirán los siguientes medios de prueba (...) Los que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia». En otras palabras, el impugnante del juicio de culpabilidad o el del juicio de inocencia, tienen la oportunidad -una vez terminado el juicio oral de primera instancia y dictada la sentencia- de seguir buscando pruebas y presentarlas en el juicio de apelación a fin de que satisfacer sus expectativas.

⁴¹ *Ibid.*, p. 178.

⁴² NEYRA FLORES, *op. cit.*, pp. 388-389.

Tradicionalmente se suele leer que «el fundamento que justifica el derecho a impugnar [y por lo tanto, el recurso de apelación de sentencias y el derecho a la doble instancia] es la falibilidad humana propia de cualquier persona incluidos los órganos jurisdiccionales, falibilidad que a nivel judicial puede evidenciarse a través de la ocurrencia de vicios o errores, cuyo origen puede ser el desconocimiento o la ignorancia, o la equivocación o hasta el acto doloso, es por ello que los sujetos procesales tienen pleno derecho que dichas decisiones puedan ser objeto de reexamen, en la mayoría de los casos por órganos jurisdiccionales superiores»⁴³. Por su parte SÁNCHEZ VELARDE, citando a CARNELUTTI, manifiesta que el derecho a la apelación y a la pluralidad de instancias se fundamenta en la falibilidad humana, que se puede materializar en errores o vicios, y a decir del maestro italiano CARNELUTTI: «El ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a ese peligro»⁴⁴. Por nuestra parte, debemos decir que no sorprende que estos dos autores que se han dedicado a escribir libros y artículos sobre el nuevo proceso penal, en relación al fundamento del recurso de apelación de sentencia y por lo tanto de la pluralidad de instancias, no hayan pensado en uno que sea compatible con la forma como se encuentra diseñado el recurso de apelación de sentencias en el NCPP. El fundamento de la falibilidad humana es compatible con el CPP de 1940, puesto que «concibe a la apelación como un juicio de revisión de la resolución impugnada y no como una continuación de esta, por ello no se realiza una audiencia de apelación»⁴⁵. En cambio, dado que el NCPP contempla la posibilidad de actuar nuevas pruebas y de llevar a cabo un juicio de apelación para presentarlas, pensamos que debe ser otro el fundamento. Creemos que el fundamento más relevante y determinante para el recurso de apelación de sentencias y de la pluralidad de instancias, está relacionado con las contingencias fáctico-temporales en relación al material probatorio y a la argumentación jurídica. Una verdadera segunda instancia de un doble grado jurisdiccional -como bien lo indica Montero Aroca- debe implicar no solamente un nuevo examen de la primera sentencia o de los medios probatorios ofrecidos en primera instancia, sino más bien un nuevo examen sobre el tema de fondo planteado,

⁴³ CASTAÑEDA IBERICO, Luis, *Materiales de trabajo*, academia de la Magistratura. Módulo de Derecho Procesal Penal, Lima 2008, p. 336.

⁴⁴ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009, p. 408.

⁴⁵ NEYRA FLORES, *op. cit.*, p. 389.

sobre la pretensión penal y civil planteada. Y para ello pensamos que el valor agregado y determinante para el fallo será todo lo nuevo – pruebas y argumentos- que se introduzca en el proceso. Un ejemplo de ello, lo podemos apreciar en el caso que hemos glosado en el segundo aparatado. Lo determinante para que el Tribunal Superior se convenciera de la alta probabilidad del secuestro de la menor por parte de su propia madre para evitar que declarase en el juicio oral de primera instancia fue el documento que presentó donde constaba la apertura del proceso de indagación fiscal sobre el referido secuestro. En este caso vemos con más notoriedad que el fundamento del recurso de apelación no tuvo que ver tanto con la falibilidad del juez *a quo*, como sí, con la posibilidad jurídica que existió para el acusador fiscal de actuar nuevas pruebas.

Con todo lo visto, no queremos finalizar el presente ensayo sin decir que al permitir el NCPP tanto la condena del absuelto como la absolución del condenado se está cumpliendo de forma eficiente con el doble grado de grado jurisdiccional, optimizando el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables y haciendo realidad la igualdad procesal.

6. Conclusiones

A. La condena del absuelto en sí misma o propiamente dicha en ningún caso vulnera la pluralidad de instancias. Entendiéndose esta última como garantía irrestricta del imputado o doble grado jurisdiccional.

B. Se vulnera la pluralidad de instancias cuando esta es entendida como garantía absoluta del imputado. En ese supuesto, el condenado no tendría una instancia más a la cual apelar y se le estaría su derecho a recurrir la sentencia que lo desfavorece.

C. La interpretación doctrinal correcta de la pluralidad de instancias acorde con nuestro ordenamiento jurídico es considerarla como un doble grado jurisdiccional o principio constitucional.

D. Un doble grado jurisdiccional implica dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos.

E. El hecho de que la regulación del recurso de apelación en el NCPP permita condenar al absuelto, optimiza el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la pluralidad de instancias. Esto último, en el sentido de que la actuación del 2do grado de jurisdicción deberá ser más rigurosa.

F. El fundamento relevante del recurso de apelación o del doble grado jurisdiccional lo constituye las contingencias fáctico-temporales en relación al material probatorio y a la argumentación jurídica.

G. Los jueces de la Sala Penal Superior de Arequipa que se abstuvieron de condenar a Jorge CCanahuire, por considerar que de hacerlo este no habría tenido instancia alguna a la cual apelar la primera condena, lo condenaron de forma mediata

H. La prueba que determinó (el documento donde consta la apertura del proceso de indagación fiscal por el delito de secuestro en agravio de la menor e imputado a su propia madre) la condena mediata de CCanahuire pudo ser ofrecida en la segunda instancia gracias a que el NCPP lo permite

7. Recomendación

Dado que el problema central de la pertinencia constitucional de la condena en segunda instancia está referido a la interpretación doctrinaria del principio de la pluralidad de instancias; y habiéndose demostrado en el presente ensayo que la interpretación adecuada para nuestro ordenamiento jurídico es entenderla como un doble grado jurisdiccional. Consideramos necesario y urgente una reforma constitucional del artículo 139.6, el cual quedaría expuesto en los siguientes términos:

Artículo 139.6 «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...). El doble grado jurisdiccional. Entiéndase por tal la posibilidad de dos exámenes y decisiones por órganos jurisdiccionales distintos respecto al tema de fondo planteado en el conflicto de intereses».

8. Bibliografía

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Palestra, Lima, 2009.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, (coordinador), *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El código procesal penal. Comentarios explicativos, descriptivos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2009.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Cóllex, Madrid, 2007.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Madrid, 2000.

MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del nuevo proceso penal y de Litigación oral*, Idemsa, Lima, 2010.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima, 2009.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., vol. I, Grijley, Lima, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., vol. II, Grijley, Lima, 2003.

STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2008.

**EL SISTEMA PROCESAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004:
LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL SISTEMA ACUSATORIO
MODERNO Y EL *ADVERSARIAL SYSTEM*¹**

MIGUEL GIRAO ISIDRO²

¹ Con especial aprecio a ti... que me das la dicha de tenerte cada día

² Coordinador Académico del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
Ayudante de Cátedra del Curso de Derecho Procesal Penal I en la UNMSM.

El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno, entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal.

Claus ROXIN

Introducción

El nuevo Código procesal penal, es un cuerpo normativo estructurado pulcramente, sin precedentes nacionales donde se desarrollan un sinnúmero de instituciones las cuales están estructuradas bajo la inspiración de un sistema acusatorio.

Esté es uno de los temas actuales aparentemente claro, ya que ha sido correctamente promocionado, no obstante, algún sector de la doctrina propugna que el sistema procesal del nuevo código procesal penal, es «adversarial».

Los defensores de esta postura, consideran que la adversariedad del código radica en la separación de las funciones persecutorias y decisorias, así como en la neutralidad del tribunal de juzgamiento, la prohibición de la actuación oficiosa de las pruebas en reconocimiento del principio dispositivo, la vigencia del principio de contradicción y la instauración de un régimen de audiencias públicas en la fase de investigación.

Cuál es el concepto de adversarial y cuán cierta es esa afirmación es el objeto de análisis de esta investigación, recurriendo al Derecho comparado y básicamente a una lectura integral de las instituciones del cuerpo legal.

I. Sistemas procesales a lo largo de la evolución histórica del Derecho procesal penal

Al realizar cualquier trabajo sobre el Nuevo Código Procesal Penal se ha hecho imprescindible hacer referencia a la contraposición entre

el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, pues en todas las esferas de estudio del proceso penal se repite que nuestro sistema es acusatorio, acusatorio garantista, o que es acusatorio adversarial, o que es acusatorio mixto, etc.

A continuación realizaremos una descripción de los Sistemas conforme se han ido sucediendo en la historia.

1. Sistema acusatorio puro

El primer sistema en aparecer en la historia es el sistema acusatorio en Grecia, después Roma y por último los pueblos germánicos, donde existía una separación de funciones pues existía una persona que llevaba a cabo la acusación, otra que se defendía y un tercero que juzgaba.

El nombre de Acusatorio que se le atribuye al sistema radica en la importancia que se le da a la Acusación, ya que esta es indispensable para que se inicie el proceso, asimismo el imputado debe tomar conocimiento de los hechos por los cuales se le somete a juicio.

En este sistema prima plenamente la oralidad, lo que significa la ausencia de la escritura, caracterizándose porque los actos de imputación, de formalización de la acusación y de descubrimiento, exclusión y admisión de prueba que preceden al juicio oral y que buscan la fijación de la evidencia, la confrontación de los marcos del debate y la determinación de la situación del imputado hasta y durante el juicio oral, se llevan a cabo mediante muchas audiencias públicas y contradictorias.

En estas audiencias las partes concurren ante un juez de garantías, exponiendo ante él sus argumentos en tiempos cortos para que el juez pueda percibir una información de gran calidad, y lograr así tanto la parte acusadora el enjuiciamiento o aseguramiento del imputado, como la defensa lograría el sobreseimiento o una comparecencia.

La finalidad del procedimiento es la convicción judicial y el método utilizado es la contradicción.

En estos sistemas acusatorios llamados puros (por que no tiene influencia de ningún otro sistema como del inquisitivo), existía una división de roles dándose gran importancia a la contradicción, asimismo, la prueba era valorada según la íntima convicción del juzgador, pues generalmente quien juzgaba era una asamblea del pueblo que decidía si era culpable o inocente, es decir juzgaban Jueces no

profesionales, por lo tanto su decisión no era fundamentada y solo resolvían conforme a su conciencia, por ello la decisión era inimpugnable pues al no existir un razonamiento que ser revisado no sería posible la impugnación.

Por el lado del proceso este era público, oral, continuo y contradictorio³ los casos eran juzgados ante un tribunal del pueblo. El procedimiento iniciaba con los alegatos de la acusación luego la réplica del acusado, después la fase probatoria y la decisoria. Solo podía iniciarse el proceso si existía un acusador, se proscribía la acusación de oficio.

Un punto para resaltar en contraposición al sistema que luego estudiaremos es que el acusado era tratado como un *sujeto de derechos*, es decir no solo servía como medio de prueba del cual se podía descubrir la verdad, sino que también estaba previsto de facultades⁴.

El papel del Juez en el sistema acusatorio histórico es el de un tercero distinto a las partes al que solo le compete juzgar. Debemos dejar en claro también que a diferencia del actual proceso público por excelencia, el proceso en la antigüedad por el poco desarrollo de la complejidad estatal y social, era tomado como un conflicto de partes, tanto es así que en los pueblos germanos se podía negociar con el ofensor⁵.

Para concluir, si bien existió tortura en la antigüedad, esta era dirigida a esclavos no a ciudadanos.

2. Sistema inquisitivo

El segundo sistema en aparecer en el contexto histórico es el inquisitivo, tiene sus antecedentes en el proceso *extra ordinem* romano, donde el proceso vuelve a manos del monarca.

El sistema inquisitivo es configurado bajo las bases de un estado monárquico, sin separación de poderes, absolutista, donde no existen garantías reconocidas y el modelo escrito e inquisitivo es un modelo completo, que implica:

³ DEVIS ECHANDÍA, refiere que en Grecia rigió la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal y por regla general imperó el principio dispositivo que coloca sobre las partes, la carga de producir la prueba y sólo en casos especiales se practica ésta de oficio DEVIS ECHANDÍA, Hernando, «Compendio de Derecho procesal», en *Teoría general de proceso*, t. I, Editorial ABC, Bogotá, 1996, p. 14.

⁴ Las que modernamente entendemos como garantías.

⁵ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 272.

- Una determinada forma de funcionar de los tribunales penales.
- Una determinada forma de actuación de los fiscales, de la policía, de los litigantes, etc.

Surge, en virtud a que en las postrimerías del S. XIII en la Europa Continental se vivió un fenómeno político intenso debido al conflicto entre los Señores Locales representantes del poder feudal contra el Poder Monarca.

Dicho conflicto tenía como finalidad la organización política, siendo el vencedor el Poder Monarca iniciándose así lo que en la historia se reconoce como «La Edad Moderna».

Acompañado de ello se formaron los Estados Nacionales fundados en un Sistema Absolutista, siendo base de dicho sistema la concentración de los atributos de la soberanía, es decir, legislar, juzgar y administrar en una sola persona: EL MONARCA.

Como manifestación de la relación entre el Derecho y la Política, se impone el Derecho romano-canónico, dejándose de lado el derecho local. Solo el Sistema de Inglaterra es quien se exceptúa de la recepción del Derecho romano- canónico, quien se iba imponiendo en toda Europa, por el contrario los ingleses mantuvieron un Sistema Popular. Llegando así en la historia el final del sistema acusatorio en los Estados de Europa continental.

El segundo factor importante para su instauración y éxito en la Europa medieval se debe a su cercanía con la religión, pues la iglesia católica la había tomado como su proceso y luego fue exportado a toda la Europa medieval católica (y claro a las colonias entre ellas el Virreinato del Perú). En su origen el modelo inquisitivo nace íntimamente vinculado al Estado absolutista, en donde el proceso penal también era configurado como una prolongación del poder del Estado absolutista⁶.

Este sistema tiene como paradigmas que el delito es como el pecado y como es como el pecado debe ser perseguido y desterrado, además se basa en la búsqueda de la verdad histórica. Fruto de ello se dan los excesos propios de este sistema, por ejemplo el acusado ya no era

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «El Juez de Garantía vs. El Juez de Instrucción en el Sistema Procesal Penal Acusatorio», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, N° 17, 2005, p. 410.

visto como un sujeto de derechos sino como un medio para llegar a la verdad, por tanto se le podía aplicar las torturas para llegar a la confesión, que se convirtió en la reina de las pruebas.

Características

- a) Autorización de la denuncia como inicio de la investigación: ya no se requería una acusación fundada en pruebas sólo era necesario la mera imputación de un hecho.
- b) Incriminación se puede realizar de manera anónima.
- c) Se permitió luego la incriminación de oficio: el juez podía iniciar la persecución de oficio, cuando el tenga conocimiento del delito.
- d) Procedimiento Escrito: ya no se realizaban audiencias, los requerimientos y resoluciones se hacían por escrito.
- e) Procedimiento Burocrático: la escrituralidad convirtió al proceso en una consecución de actos administrativos, primaba la formalidad en las actuaciones.
- f) Subsistencia de presunciones y distorsiones (en los procesos a menudo se presume el dolo o la relación causal o más cuando se invierte la carga de la prueba).
- g) Se presumía culpable al imputado, la extralimitación de autoridades no judiciales, la delegación de funciones, falta de deliberación, etc.

Los Principios Informadores del proceso inquisitivo eran los siguientes:

Escrituralidad. En este sistema el proceso no es oral y menos público (sino escrito y secreto) por tanto faltan las garantías propias de todo sistema procesal actual.

Persecución penal de oficio. Para la investigación y posterior acusación no era necesario que se realizara a impulso de parte sino que bastaba con la noticia criminal para que el Juez investigue, entonces tenemos un proceso donde el Juez actuaba de oficio.

Verdad histórica. la finalidad del proceso era llegar a la verdad histórica, a saber lo que realmente ocurrió y sólo podía llegarse a través del imputado por ello la confesión era la *regina probationem*.

Prueba legal. Las pruebas se valoraban a través del régimen de prueba legal o tasada, en el sistema de prueba legal, es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba⁷.

⁷ CAFFERATA NORES, José, *La Prueba en el Proceso Penal*, 5ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001, p. 45.

Impugnabilidad de las resoluciones judiciales. la sentencia era recurrible, pues se entendía que el proceso era facultad del monarca y que este delegaba en sus funcionarios la facultad de juzgar, este era el fundamento del recurso.

La Confesión era la reina de las pruebas.

En este sistema el Juez ya no es un actor neutral como en el acusatorio sino es activo a él le compete investigar, controlar la investigación, acusar, valorar la prueba y sentenciar, es decir, es un súper funcionario.

Así lo reconoce MIRANDA ESTRAMPES⁸ al decir «el modelo inquisitivo se caracteriza por la concentración y caracterización de funciones por parte del Juez, en un marco procedimental dominado por la escritura y el secreto. El Juez se erige en dueño absoluto del proceso, acumulando una pluralidad de funciones: la de investigador, la de acusador y la de juzgador».

Como corolario de este sistema y con lo que respecta al tema de estudio, la prueba puede ser obtenida de cualquier modo, rige la libertad probatoria, cayendo en excesos, pues el ser humano al no ser un sujeto de derechos era considerado un objeto el cual nos va a ayudar a descubrir la verdad, siendo vejado de tal forma en sus derechos fundamentales que podríamos decir que la prueba prohibida era la regla.

3. Sistema mixto

Luego de la revolución francesa nace un tercer sistema procesal penal: el sistema mixto, cuyo merito se encuentra en haber tomado la investigación inquisitiva y haberla unido al juicio acusatorio, aunque lo que se tomo fue el juicio acusatorio del sistema anglosajón, lo que no mella en nada al sistema acusatorio moderno. El Juez durante la investigación o instrucción siguió teniendo amplias facultades.

La Asamblea Constituyente luego de la Revolución Francesa produce la primera Reforma de enjuiciamiento penal. Ley que aun conservaba el procedimiento escrito reglado por la ordenanza de 1670.

Este sistema lo encontramos en la legislación francesa después de la Revolución, que es el *Code d'instruction criminal* de 1808 donde se enfrentan el principio inquisitivo de la Ordenanza de 1670 y los principios tomados del Derecho inglés.

⁸ *Ibidem.*

El procedimiento podía dividirse en tres secciones:

- Instrucción preparatoria: La cual era procedimiento de investigación escrita y secreto, dirigido por un juez de instrucción, ante quien actuaba el Ministerio Publico.
- Procedimiento intermedio
- Instrucción definitiva (juicio o procedimiento definitivo)

Asimismo, este sistema fue el inspirador del fracasado Código de Procedimientos Penales, constantemente reformado.

Este fue el discurrir del proceso penal euro continental hasta la segunda guerra mundial, pues fue en ella a raíz de las barbaridades cometidas por los nazis⁹ que se consagró a la Constitución como el pacto social que dirige la comunidad y la comunidad legal, es decir a partir de ese momento histórico no basta la ley para decir que un proceso es legal y justo sino que se debe analizar a través del tamiz que nos da la Constitución. Asimismo se reconoce en diversos tratados e instrumentos internacionales la vigencia de los derechos humanos¹⁰.

4. Sistema acusatorio moderno

En esta evolución del proceso y del reconocimiento de los derechos fundamentales es que se busca que los procesos penales sean más garantistas y a la vez que cumplan con eficacia el procesamiento de los delitos¹¹.

⁹ La justicia penal en Europa sufrió un cambio de paradigma tras la II guerra mundial. El conflicto mundial dejó una huella imborrable en la humanidad y cuestionó muchos de los pilares sobre los que se había construido el Estado liberal en el siglo XIX. El nazismo-fascismo había accedido al poder a través de la legalidad democrática y una vez en el poder, haciendo uso del principio de la mayoría, había dictado leyes que conculcaban directamente los derechos de los ciudadanos y que respondían a una concepción totalitaria del poder. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 411.

¹⁰ Son dos los acontecimientos que contribuyeron de una forma decisiva en la transformación de la justicia penal. El primero es consecuencia de la propia transformación cualitativa de las constituciones nacionales como norma suprema del ordenamiento jurídico que acogen los valores fundamentales de una determinada comunidad y la segunda fue la elaboración de numerosos convenios internacionales que incorporaron la noción de proceso debido. directamente los derechos de los ciudadanos y que respondían a una concepción totalitaria del poder. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, pp. 412-413.

¹¹ En ese sentido, REVILLA GONZÁLEZ, «cierto es que el actual proceso penal, nacido sobre los principios de presunción de inocencia y de igualdad de armas entre acusación y defensa, mantiene una inspiración de fondo que es la de servir como instrumento de tutela de los derechos del hombre y en particular de los derechos del imputado». REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 18.

Por ello se reconoce como ejes de cualquier reforma la división de roles, es decir debe existir un funcionario público que acuse y otro que juzgue sobre lo acusado y otro que se defienda de la acusación, siendo la contradicción el método para llegar a la convicción del juzgador pues solo lo que ha pasado el *test* de la contradicción podrá ser tenido como información de alta calidad ante los ojos del juzgador, además de esta forma se respetan los derechos de defensa e igualdad.

En ese sentido PÉREZ SARMIENTO señala como características del sistema acusatorio la separación de las funciones procesales pues en el sistema acusatorio se separa los papeles y se los encomienda a sujetos procesales distintos e independientes entre sí, para garantizar el equilibrio procesal y el juicio sereno por medio de la contradicción de las partes adversas (acusación y defensa) frente a un tribunal imparcial¹², además el proceso se iniciaba por sujeto distinto del Juez (*nemo iudex sine actore*) pues la primera consecuencia de la separación de funciones procesales consiste en que los Jueces o Tribunales pierden el derecho a iniciar el proceso de oficio, quien lo tiene es la Fiscalía o la víctima¹³, esto se convierte en un presupuesto necesario; la carga de la prueba es de la parte acusadora¹⁴, entonces el acusado no está obligado a probar su falta de relación con los hechos que le atribuyen, pues esta protegido por el principio de presunción de inocencia¹⁵.

Como tercera consecuencia tenemos la vigencia del principio de contradicción, pues en un sistema acusatorio la regla es el carácter contradictorio de la actuación de las partes¹⁶. Como producto de la

¹² PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Temis, Bogotá, 2005, p. 15. En el moderno sistema acusatorio de enjuiciamiento penal [...] el régimen legal y constitucional garantizan la actuación independiente y autónoma de los órganos del Estado que interviene en el proceso penal, ya se trate de los órganos de policía, a quienes corresponde la investigación de los presuntos hechos delictivos, de la Fiscalía, a la que corresponde fundamentalmente acusar o de los tribunales de justicia, a los que compete el conocimiento y decisión de los asuntos penales.

¹³ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 16. El juzgador no puede ni en la investigación preparatoria ni en el juicio oral, disponer de medida alguna contra una persona, que afecte sus derechos y garantías fundamentales, si no ha recibido previamente una solicitud o excitación de los sujetos titulares legítimos de la acción penal.

¹⁴ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 17. En el sistema inquisitivo la carga de la prueba de exculpación pesa sobre el acusado, pues este sistema está diseñado como una lucha entre el procesado y el investigador.

¹⁵ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, 18-23. En el sistema acusatorio actual para ser democrático y progresista debe estar ordenado de tal manera que la existencia de

extensión del contradictorio a la fase de investigación y con la finalidad de preservar en todo momento el derecho a la defensa, en el sistema acusatorio el titular de la acción penal tiene que señalar de manera concreta y circunstanciada, en cada etapa procesal, cuales son los hechos que le atribuye al imputado o acusado. Es decir el hecho imputado debe ser precisado en todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo y puesto en conocimiento del procesado, con expresión de cual ha sido la participación concreta en él¹⁷, entonces una cuarta consecuencia es la precisión y carácter circunstanciado de la imputación e inalterabilidad de su continencia objetiva.

Se debe tener en cuenta también el respeto por los derechos humanos y el desarrollo de la ciencia procesal, así tenemos que el proceso penal no debe configurarse como un simple instrumento de la política criminal del poder ejecutivo o como un simple mecanismo de persecución y represión de los delitos, sino que desde una concepción constitucional se diseña como un espacio de garantía de los derechos de la personas sometidas al mismo¹⁸. Por ello este sistema se orienta a la luz de unos principios que hacen posible su vigencia el derecho de defensa y presunción de inocencia, el derecho a la verdad por parte del ofendido, el Principio de preclusión¹⁹, inmediación²⁰, oralidad²¹, concentración²² y publicidad²³.

las partes y por tanto de contradicción y carácter contencioso, no se limite exclusivamente al juicio oral, sino que se extienda a la fase de investigación previa al juicio oral, por medio de un serie de audiencias ante un Juez de control de garantías constitucionales y procesales.

¹⁷ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 414.

¹⁹ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 26. En el sistema acusatorio la preclusión es casi absoluta. Esto significa que el proceso penal debe ir siempre adelante en el tiempo, buscando constantemente el resultado procesal que le es connatural, es decir la determinación posible de la existencia del delito y de responsabilidad penal.

²⁰ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 27. El juzgador recibe directamente el resultado de los actos procesales que se desarrollan en su presencia y además los jueces que deben decidir lo debatido en cada audiencia tiene que ser los mismos que la han presenciado y presidido en todas sus sesiones, so pena de nulidad en caso contrario.

²¹ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 28. Implica que las diligencias principales del proceso se realicen en audiencias orales y lo que es más importante que se valoren en la fuente oral, con independencia que puedan dejarse registro escrito, de audio o video de ellos a los efectos de los recursos.

²² PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *op. cit.*, p. 29. El proceso penal que se sigue bajo el principio acusatorio se caracteriza por el primado de la concentración, es decir,

En el ámbito del respeto a los derechos humanos y al amparo de la vigencia de la constitución los derechos fundamentales gozan de especial protección y entre ellos la libertad como uno de los valores esenciales de todo ordenamiento jurídico, siendo los Jueces garantes de la misma²⁴.

En ese sentido desde el punto de vista del imputado dos son los principios que se erigieron en su salvaguarda, la defensa y presunción de inocencia.

El derecho de defensa, muy limitado en el sistema inquisitivo pero revitalizado en el acusatorio, nos dice que todo imputado (y por extensión todo quien tenga una pretensión frente al Estado) tiene el derecho de conocer la imputación que se le hace, que esta sea suficiente, es decir que sea clara, circunstanciada en modo tiempo y lugar, que pueda presentar alegaciones, actuar medios de prueba, teniendo derecho a guardar silencio a la no incriminación y a audiencia²⁵.

por el hecho de que durante su realización se concentran en un solo acto, generalmente una audiencia, los alegatos de las partes, el descubrimiento, la proposición o la practica de las pruebas junto con los incidentes de la mas diversa índole. Esto unido a la mayor brevedad de los términos procesales, contribuye decisivamente a la celeridad procesal, en contraposición a esto, el juicio penal seguido por el sistema inquisitivo carece en absoluto de concentración, pues el carácter fundamental escrito de las actuaciones trae como consecuencia que esta deban evacuarse como regla una por una y separadamente, con la consiguiente dilación procesal.

²³ PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *op. cit.*, p. 30. El sistema acusatorio representa la máxima concreción del principio de publicidad de los debates procesales y por ello es generalmente libre el acceso al público y de los medios de comunicación a las audiencias del proceso.

²⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 414.

²⁵ Nuestro Nuevo Código Procesal Penal en su artículo IX del Titulo Preliminar dice: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala, nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar

La presunción de inocencia nos dice que nadie puede ser tratado como culpable mientras que no existe una resolución firme que así lo señale, el imputado es considerado como inocente mientras que el Fiscal no demuestre su culpabilidad, este principio trae como consecuencia tres reglas: primero el imputado al ser tratado como inocente no debe soportar ninguna medida parecida a la pena privativa de libertad antes de la sentencia, es el caso de la prisión preventiva, el cual ponderando los intereses del Estado y el imputado cuando se han cumplido todos su requisitos legales (apariencia delictiva y peligro en la demora) y se ha hecho un *test* de proporcionalidad, se opta legítimamente, asimismo es una regla de prueba exigiendo que es el Fiscal quien debe enervar la presunción de inocencia, mediante una mínima actividad probatoria de cargo que debe ser suficiente y debe haberse incorporado y actuado en el proceso mediante el medio establecido y respetando las garantías previstas²⁶. Por última este principio exige una tercera regla de juicio que informa que si las pruebas son insuficientes no se puede condenar, así como cuando las pruebas de cargo y descargo producen duda en el juzgador se debe optar por la absolución²⁷.

II. Sistema procesal del Nuevo Código Procesal Penal

Después de exponer las principales características de los sistemas procesales, podemos apreciar que no hemos desarrollado al sistema adversarial, ello en virtud a que en los textos no hemos encontrado el concepto de él, ni sus características de manera independiente, es decir, hemos encontrado características del sistema acusatorio más no del sistema adversarial.

Así GOMÉZ COLOMER señala que en su investigación revisando la jurisprudencia anglosajona a podido concluir que adversarial significa:

por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.

²⁶ En ese sentido una prueba incorporado o actuado violando los derechos fundamentales no puede ser valorada por el Tribunal.

²⁷ Nuestro nuevo Código Procesal Penal en su artículo II del Titulo Preliminar dice: Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una

«que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten interpretándolos de la manera más favorable a los intereses del estado/ gobierno (Ministerio Público) o del acusado (abogado defensor); mientras que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el ministerio fiscal tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado»²⁸.

Conforme se desprende, el concepto de adversarial tal y como los defensores de él lo señalan se puede resumir en una sola frase «es un proceso de partes», el cual se rige bajo la vigencia del principio dispositivo, que no se contradice con las características del proceso acusatorio, sino que por el contrario son subsumidas por éste.

Por tanto nuestro nuevo Código Procesal Penal se enmarca en esta tendencia hacia lo acusatorio incorporando las garantías que se han ganado a lo largo del curso de la historia, es como señala SAN MARTÍN CASTRO un proceso acusatorio moderno²⁹.

Para concluir es necesario deslindar con las opiniones que consideran que el sistema del Nuevo Código Procesal Penal es *adversarial* o que tiene rasgos adversariales, toda vez que este sistema que según algunos refleja que el proceso es de partes³⁰, quedó en el pasado, pues el sistema adversarial se entiende como un proceso que tuvo su auge en el siglo XII en Inglaterra y donde el proceso era privado³¹, lo cual por el devenir del tiempo ya no es posible pensar en

persona como culpable o brindar información en tal sentido.

²⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan, «Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los EE.UU.» en *Revista del Poder Judicial*, N° Especial XIX, 2006, p. 33.

²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, «Diplomado Internacional de Enjuiciamiento Criminal NCPP 2004», Abril-Agosto 2008. INPECCP.

³⁰ Grueso error ya que el sistema acusatorio en su perspectiva histórica asume que el proceso es de partes e incluso en el sistema de los pueblos germanos se podía componer antes que llegar al castigo, entonces ese proceso [acusatorio] también es de parte por el devenir histórico y la toma del proceso por el Estado que hace al proceso penal moderno público le quita esa visión particular al proceso y lo vuelve justamente eso: público, pero eso no quita que el proceso penal acusatorio moderno no sea de partes.

³¹ ASENCIO MELLADO, José María, *Diplomado Internacional de Enjuiciamiento Criminal NCPP*

un proceso que sea privado como el adversarial en su vertiente histórica.

Asimismo, otros tratan de reconducir el proceso al de los Estados Unidos y ven en ese proceso el norte de la reforma procesal penal y en base a ese sistema se quiere interpretar las instituciones de este Código Procesal Penal, pero existe un inconveniente, nuestro nuevo proceso no tiene las mismas instituciones que si tienen estos procesos, que lo configuran como único, por ejemplo tienen el jurado que solo busca su íntima convicción a través de lo que se actúa en juicio, por tanto no tiene la posibilidad de razonar la prueba y dar la publicidad de su razonamiento, se puede penar por razones subjetivas, en el proceso penal peruano rige a raíz que tenemos un Juez profesional, la motivación de las resoluciones judiciales y la posibilidad de recurrir aun la sentencia absolutoria para descubrir la verdad³².

En el ámbito de la investigación la defensa esta en igualdad de condiciones que la Fiscalía toda vez que tiene amplias facultades para investigar, en el Perú la investigación esta encargada el Ministerio Público y es a él donde el abogado se debe dirigir para obtener información, la defensa no puede investigar.

Nuestra acción es indisponible, no puede sobreseerse por acuerdo de partes³³, nuestro Juez no es neutral, pues puede actuar excepcionalmente en Juicio prueba de oficio³⁴.

2004, Abril-Agosto 2008. INPECCP.

³² Como dice FERNÁNDEZ LÓPEZ, la verdad tiene [...] en todo caso, y no solo en el proceso, carácter aproximativo, pero sin que esto suponga renunciar a alcanzar la verdad, sino que se trata de la única verdad que podemos llegar a conocer [...] la finalidad de la prueba es la máxima aproximación posible, dentro de los límites del proceso, al conocimiento de la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre los hechos. Esta aproximación es evaluada por el Juez y se manifiesta en su convencimiento racional, pero para que la decisión esté plenamente justificada el mero convencimiento no es suficiente. En efecto, su valor no es el de ser un fin en sí mismo, sino el de ser un indicador de que el fin último -la aproximación a la verdad- se ha satisfecho y en que grado. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 34 y 35.

³³ Si bien muchos tratan de identificar el *plea bargaining* con el proceso de terminación anticipada, lo cierto es que esta institución sienta sus bases en el *patteggiamento* italiano, pues el acuerdo entre el Fiscal y el defensor debe pasar por un control Judicial, asimismo, sólo se puede «negociar» la pena y la reparación civil, más no los hechos, cosa que si procede en el sistema anglosajón.

³⁴ La actuación de prueba de oficio del órgano jurisdiccional es de dos tipos: ordenar la actuación de la prueba o participar en la prueba, en el primer caso es cuando el Tribunal ordena la práctica de una prueba nueva o como lo conoce el Tribunal

Además como se puede llamar a un sistema adversarial como de partes, cuando la mayoría de sentencias condenatorias que se dan en Estados Unidos se dan sin la contradicción que es la virtud de ese sistema, pues la mayoría de condenas se logran a través del *plea bargainig*, que implica la aceptación de culpabilidad y de la pena.

Por último el sistema de partes de plena contradicción ya lo tenemos con el sistema acusatorio que nació así, de partes. Lo característico del sistema acusatorio moderno es que en su devenir histórico (luego del sistema inquisitivo) ha ido incorporando una serie de garantías y ha ido tomando avances de la ciencia procesal.

II. Conclusión final

El sistema acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal no es adversarial, llamarlo acusatoria garantista es un pleonismo ya que el sistema acusatorio implica las garantías que ha ido recogiendo en el devenir histórico, el sistema mixto también ha sido dejado en la historia; por tanto el sistema del nuevo Código procesal Penal es el de un acusatorio moderno.

IV. Bibliografía

ASENCIO MELLADO, José María, «Diplomado internacional de enjuiciamiento criminal NCPP 2004», Abril-Agosto 2008, INPECCP.

BAYTELMAN, Andrés, «El juicio oral», en AA.VV., *Nuevo Proceso Penal*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2000.

CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, 5ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, «Compendio de Derecho procesal», en *Teoría General de Proceso*, t. I, Editorial ABC, Bogotá, 1996.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

GÓMEZ COLOMER, Juan, «Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los EE.UU. de Norteamérica», en *Revista del Poder Judicial*, N° Especial XIX, 2006.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal / Iure, Madrid, 1999.

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, «El Juez de Garantía vs. El Juez de Instrucción en el Sistema Procesal Penal Acusatorio», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 17, Lima, 2005.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Temis, Bogotá, 2005.

REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César, «Diplomado Internacional de Enjuiciamiento Criminal NCPP 2004», Abril-Agosto, 2008, INPECCP.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, t. I, Grijley, Lima, 2003.

Supremo Español en STC 904/1995 es la «prueba sobre la prueba» por razones de necesidad que surgen en el debate, en el segundo caso el tribunal participa de la prueba, por ejemplo interrogando a un testigo ofrecido por las partes, Los que defienden el sistema adversarial sostienen que el Juez decidor debe ser neutral, sin embargo, nuestro código si permítela actuación en Juicio de la prueba de oficio (art. 385.2º) ya sea ordenando su actuación [así también el código español art. 729.2º] o participando de la misma [Código Chileno art. 329º]. Así, ni el Nuevo Código chileno, que propugna ser adversarial, puede desligarse de la actuación oficiosa, pues ya se sabe por conocida doctrina que es un medio indispensable para el esclarecimiento de los hechos, no obstante su uso debe ser excepcional cuidando de no suplir a las partes.

**EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE Y SUS ALCANCES.
A PROPÓSITO DE LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIOS DE
TRANSPORTE PÚBLICO**

IVÁN ALFREDO GONZÁLES FÉLIX*

* Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

1. Introducción

La sección IV título I del Nuevo Código Procesal Penal denominada: El Ministerio Público y los demás sujetos procesales, desarrolla de manera muy amena y didáctica quienes están comprendidos dentro de este concepto. Siendo que, en primer lugar se encontraría el Ministerio Público, en tanto que se trata del titular de la acción penal. Mientras que, de otro lado y siguiendo un orden correlativo se encontrarían: La policía, el imputado, el abogado defensor, el agraviado, el actor civil, el querellante particular y finalmente el tercero civilmente responsable o en palabras de MONTERO AROCA: Los demandados responsables civiles¹. Atendiendo a ello, será precisamente la figura del tercero civilmente responsable, materia de estudio del presente trabajo. Ello en razón al fin que persigue su inclusión en un determinado proceso, así como a las contrariedades que surgen en torno a este tema. Entre otros casos, si se atiende a su objeto, derechos y garantías constituidas a su favor. Todo lo mencionado líneas atrás, motivo la elaboración del presente estudio.

2. Concepto

La idea de tercero civilmente responsable, supone la intervención de una persona natural o jurídica, totalmente ajena al acontecimiento de los hechos materia de acusación. Ello en razón a no haber participado directamente en la consumación del hecho delictuoso. No obstante que, si va a responder civil y solidariamente con el condenado (artículo 95 del Código Penal). En conclusión, y en relación a lo mencionado por MONTERO AROCA: «*Se trataría de la persona frente a la cual se interpone la pretensión de naturaleza patrimonial*»². O según ORE

¹ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, 10ª ed., p. 84.

² *Ibidem*, p. 85.

GUARDIA, denominada también: «*Sujeto Procesal Contingente, distinto del imputado, sobre el cual recae la pretensión de resarcimiento*»³. De lo hasta aquí expuesto se desprende la naturaleza de la figura del tercero civil.

3. Requisitos para ser considerado tercero civilmente responsable

El artículo 111° inciso 1 (NCP) bajo el nombre: *Citación a personas que tengan responsabilidad civil. Establece que las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil*. Asimismo en su inciso 2 señala la manera correcta de realizar la solicitud anteriormente descrita. Sin embargo lo más resaltante en lo que concierne a la solicitud, es que se deba señalar nombre y domicilio del emplazado, así como su «*vínculo jurídico con el imputado*». (Subrayado nuestro). Esto último es de mucha importancia en cuanto a los requisitos para ser considerado tercero civil.

Lo hasta ahora mencionado, ha generado una serie de controversias respecto a quién debe ser considerado como tercero civil, ello aunado al hecho de que el NCP, no desarrolla de manera clara y precisa quienes se encuentran en tal condición. Por otra parte, la doctrina si ha desarrollado, a partir de SAN MARTÍN CASTRO, entre ellos GARCÍA RADA, ORE GUARDIA, CUBAS VILLANUEVA, los requisitos en torno a la figura que nos ocupa. SAN MARTÍN CASTRO explica que este tipo de responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) *el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido- aunque sea potencialmente- a la dirección y posible intervención del tercero; y b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios*⁴.

En resumen, lo hasta aquí señalado por SAN MARTÍN CASTRO, podría explicarse mejor de la siguiente manera:

Imaginemos que Pedro trabaja para la Empresa de Transportes «El rápido», existiendo entre ambos una relación contractual, es decir, queda claro que el primero se encuentra vinculado jurídicamente con la empresa en virtud a un contrato de trabajo. Ahora bien sucede

³ ORE GUARDIA, Arsenio, *Manual*, p. 169.

⁴ SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, p. 295.

que Pedro en el desempeño de sus obligaciones, es el causante de un accidente de tránsito que ocasiona la muerte de dos personas. Este hecho se produjo precisamente cuando conducía un vehículo de carga pesada perteneciente a la empresa. Dicho esto, es indudable que Pedro será procesado por este hecho además de condenado y obligado al pago de una reparación civil a favor de los familiares de los agraviados. No obstante que, la Empresa «El Rápido» será incluida al proceso en calidad de tercero civilmente responsable en virtud a lo ya señalado por SAN MARTÍN CASTRO.

4. Análisis de las resoluciones emitidas por la Sala Penal Permanente del Distrito Judicial de Huaura, situadas en el contexto del tercero civil

De otro lado, veremos cómo es que falló la Sala Penal Permanente de Apelaciones del Distrito Judicial de Huaura en el Expediente N° 00046-2008-66-1301-JR-PE-03⁵, que fue motivo de apelación en lo referido a un caso de tercero civil. Aunque a nuestro entender no se cumplían los requisitos para ser considerado como tal.

En este caso se procesó y condenó a una persona la cual conducía un camión remolque de placa de rodaje YD-2867, perteneciente a la Empresa de Transportes Transpesa, y el remolcador de placa de rodaje ZD-4342, propiedad de la entidad financiera Interbank, el cual por inobservancia de las reglas de su ocupación llegó a perder el control de su unidad invadiendo el carril opuesto a su circulación, impactando frontalmente con el camión remolque de placa YP-7487. Resultando heridos de gravedad el chofer y copiloto de esta unidad vehicular.

En consecuencia se declara tercero civilmente responsable a la Empresa Transpesa, en calidad de propietario del vehículo de placa de rodaje YD-2867 y a Interbank, en calidad de propietario del vehículo de placa de rodaje ZD-4342. Ahora bien, es fundamental precisar que el chofer causante del accidente era trabajador de la Empresa de Transportes Transpesa. A mérito de lo cual, resulta lógico que la Empresa de Transportes Transpesa haya sido incluida al proceso en calidad de tercero civil. Sin embargo en relación a la intervención de Interbank y a su inclusión como tercero civil, dicha inclusión genera

⁵ Expediente N° 00046-2008-66-1301-JR-PE-03, Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

ciertas dudas. En primer lugar debido a que no existe, relación contractual alguna, entre Interbank y el chofer causante del accidente. Con lo cual queda descartado uno de los requisitos para su constitución, esto es, la relación de dependencia. En segundo lugar aflora la existencia de un contrato de arrendamiento financiero entre Interbank y la Empresa de Transportes Transpesa. Contrato mediante el cual la Empresa de Transportes Transpesa, arrienda el remolcador de placa de rodaje ZD-4342, propiedad de Interbank, es decir, la Empresa de Transportes Transpesa se convierte en poseedor inmediato del remolcador en cuestión⁶, y por lo tanto. Ante cualquier incidente será dicha empresa quien se hará responsable por las consecuencias legales suscitadas en torno al vehículo.

Empero y a pesar de lo ya desarrollado hasta aquí, la Sala Penal Permanente confirmo la resolución venida en grado, en base a los siguientes fundamentos:

Para atribuir de responsabilidad a terceros, no se requiere acreditar que actuaron con dolo o con culpa, se trata de una responsabilidad objetiva, surge claramente de los artículos 1975^o ultima parte y 1981^o del Código Civil, y sobre todo de las disposiciones de la Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre N° 27181 y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, donde se establece categóricamente que la responsabilidad civil entre conductor, propietario del vehículo y prestador del servicio; es objetiva (artículo 29 del citado Decreto Supremo). Sin embargo, si el bien fuera especialmente riesgoso y no se hubiera tomado las precauciones adecuadas para impedir la materialización del riesgo a través de la actuación de terceros, el empresario o titular del bien será responsable directo. Igual supuesto se aplicara para el supuesto del comitente, en los contratos de locación de servicios en los contratos de obra. Así mismo, en los casos en que el agente directo del daño, utiliza un bien riesgoso del tercero y con este ocasiona el daño, caso del vehículo motorizado, concluyéndose que el tercero civil constituye únicamente un obligado subsidiario y por tanto le asiste el derecho de repetición en todo caso.

⁶ Código Civil, artículo 905.

Contra las razones expuestas por los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente, emergen las siguientes inquietudes:

1) En primer lugar, nótese que los jueces se refieren a la Ley N° 27181. Sin embargo, hay que señalar que ellos se refieren específicamente al título IV de dicha ley. Asimismo dicho título está dedicado a las infracciones y sanciones, es decir, el título en mención está abocado a la responsabilidad administrativa de los infractores, mas no a la responsabilidad penal, pues así lo señala uno de sus artículos precisamente el siguiente:

Artículo 24.2.- El propietario del vehículo y, en su caso, el prestador del servicio de transporte son solidariamente responsables ante la autoridad administrativa de las infracciones vinculadas a las condiciones técnicas del vehículo, incluidas las infracciones a las normas relativas a la protección del ambiente y seguridad, según lo que establece esta Ley y los reglamentos⁷.

2) De otro lado, también mencionan el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, y es más, citan el artículo 29° de la norma en cuestión. Ahora bien analicemos el artículo 29.

Artículo 29.- De la responsabilidad civil

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados⁸.

Ahora bien, y siguiendo el orden, si realizamos una subsunción de los hechos frente a la norma antes descrita, obviamente se trata de una responsabilidad objetiva, como bien han señalado los magistrados integrantes de la Sala Penal Permanente. Sin embargo, tal responsabilidad alcanza al conductor, en este caso el causante del accidente, al propietario del vehículo, es decir la Empresa de Transportes Transpesa. Así como también al prestador del servicio. En conclusión y a modo de ejemplo nosotros entendemos que prestador de servicios seria aquel que tiene una línea de transportes interprovincial o quizás una empresa dedicada al transporte de carga pesada, o a lo mejor

⁷ Ley N° 27181.

⁸ Decreto Supremo N° 024-2002.

una empresa dedicada al rubro de mudanzas, en fin son innumerables las opciones a tomar en cuenta, en lo que a prestador de servicios se refiere.

Sin embargo la participación de la Entidad Bancaria Interbank no podría considerarse en la condición de prestador de servicios. Ello debido a que la mencionada empresa al momento de los hechos no se encontraba realizando ningún tipo de prestación de servicios, y su participación fue solo en base a haber arrendado un remolque de su propiedad. Con lo cual a nuestro entender, no cumplía con los requisitos para ser incluida al proceso como tercero civilmente responsable. Tal inferencia se obtiene si nos ceñimos a lo preceptuado por el Nuevo Código Procesal Penal, así como también al *Decreto Supremo N° 024-2002-MTC*.

Por otro lado ahora tocar analizar la sentencia por Homicidio Culposo, recaída en el Expediente 2008-01874-0-1308-JR-PE-2-. (Sentencia por Terminación Anticipada). Distrito Judicial de Huaura⁹.

En este caso se produjo un choque por alcance, con consecuencias fatales, puesto que fueron tres las personas que perdieron la vida. Además de resultar doce personas con heridas de gravedad. En algunos casos con lesiones leves, pero la gran mayoría con lesiones graves.

El factor determinante del accidente fue la impericia del chofer de la Empresa de Transportes «Chavín Express». Ahora bien el mencionado chofer fue sentenciado a una pena privativa de la libertad en calidad de suspendida, así como obligado al pago de una reparación civil equivalente a la suma de treinta y un mil nuevo soles, suma de dinero que tenía que pagar de forma solidaria con la empresa de transportes para la cual laboraba. Y porque además dicha empresa fue incluida al proceso, a solicitud del Ministerio Público, en calidad de tercero civilmente responsable.

Ahora bien lo controversial de este caso es que se notificó a la titular de la Empresa «Chavín Express» la misma que actuaba en su representación legal, puesto que dicha persona figuraba por ante los registros públicos, con vigencia de poder. Pues bien la titular de la Empresa, actuando en su representación se comprometió a resarcir el daño causado en contra de los agraviados. Además de pagar la repa-

⁹ Expediente 2008-01874-0-1308-JR-PE-2-. (Sentencia por Terminación Anticipada). Distrito Judicial de Huaura.

ración civil a favor de los deudos de las personas que perdieron la vida. Por tal razón vio por conveniente llevar a cabo una serie de transacciones extrajudiciales, cancelando de esta manera parte de la deuda contraída con los agraviados.

Sin embargo resulta que hallándose el proceso en etapa de ejecución. El Ministerio Público notifica a la titular de la empresa, advirtiéndole que cumpla con la totalidad de la reparación civil, caso contrario se trabaría medida de embargo en forma de depósito y secuestro respecto a los bienes que constituyen patrimonio de la empresa.

Una vez expedida la notificación resulta que se apersona a la Fiscalía de Liquidaciones una persona distinta a la anterior titular, la cual menciona haber adquirido la Empresa, hasta hace poco tiempo, para lo cual muestra su vigencia de poder expedida por Registros Públicos. Además de mencionar que no tenía conocimiento de que la empresa se encontraba involucrada en un proceso penal. Pese a ello el Fiscal Provincial de turno prosiguió con la solicitud de medida cautelar en contra de la Empresa de transportes «Chavín Express». Esto con la firme intención de poder recabar el dinero a favor de todas las personas que resultaron agraviadas.

Ahora bien si analizamos este caso, estrictamente desde el punto de vista registral. Diremos que, a nivel de Registros Públicos rige el principio de Publicidad Material, mediante el cual el registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos¹⁰. Todo esto no es más que una extensión de lo regulado por el Código civil en su artículo 2012^o que a la letra dice: «Se presume, sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones¹¹.

Es decir, estuvo dentro de los márgenes de la ley el haber incluido como tercero civil, a la persona que se encontraba como titular de la empresa, al momento en que ocurrieron los hechos. Pero sucede que esta vende la empresa y hace un traslado de dominio a favor de otra persona, que posteriormente soportara la «carga» o «gravamen», por decirlo así, que tenía la empresa a costas, en mérito a un proceso penal iniciado en su contra. Ante esto podríamos argumentar que, la compradora o nueva titular de la empresa incurrió en negligencia por

¹⁰ Texto único ordenado del reglamento general de registros públicos. Título preliminar artículo primero.

¹¹ Código civil, art. 2012.

no haber sido más diligente y haber constatado que la empresa se encuentre «saneada».

Sin embargo, no debemos dejar de remarcar que el cambio de titular de la empresa se origina, cuando el proceso se encontraba en su etapa ejecutiva, es decir, a cargo de la Fiscalía de Liquidaciones. Por ende, a nuestro entender hubiera resultado conveniente que el fiscal del caso, solicite la anotación preventiva¹² de la medida cautelar en contra de la Empresa. Con la finalidad de salvaguardar el derecho de terceros involucrados en un proceso penal, así como la buena fe.

Todo esto de cualquier manera contribuiría a fortalecer los principios que rigen nuestro nuevo modelo procesal.

5. Derechos y garantías a favor del tercero civil

Atendiendo a los derechos y garantías a favor del tercero civil. Si el juez declarase fundada la solicitud efectuada por el Ministerio Público, esto es, de incluir a una determinada persona, ya sea que se trate de una persona natural o jurídica, para que responda como tercero civil. Si es así, esta persona deberá ser debidamente notificada para que participe del proceso en defensa de sus intereses patrimoniales. Todo esto con la finalidad de evitarle perjuicio económico. Así lo dispone el NCPP cuando preceptúa en su artículo 113° inciso 1 que: «El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado»¹³.

Por otro lado el inciso 2 del artículo líneas atrás citado, menciona que una vez incorporado al proceso. Si este no cumple con apersonarse a pesar de haber sido debidamente notificado, este incidente, no obstaculizará el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que señale la sentencia, Artículo 113° inciso 2 «Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia»¹⁴.

Asimismo, en su inciso 3^o¹⁵ menciona que el asegurador podrá ser llamado como tercero civilmente responsable, si este ha sido con-

¹² Texto único ordenado del reglamento general de registros públicos, art. 65, Actos y derechos susceptibles de anotación preventiva.

¹³ Nuevo código procesal penal, art. 113° inc. 1.

¹⁴ Nuevo código procesal penal, art. 113° inc. 2.

¹⁵ Nuevo código procesal penal, art. 113° inc. 3.

tratado para responder por la responsabilidad civil. Es importante mencionar esta amplia gama de garantías y derechos a favor del tercero civil. Pues de cualquier manera se salvaguarda el debido proceso. Respetando así los principios que rigen nuestro nuevo modelo procesal, El cual debe convivir en un ambiente de «Igualdad de armas «así como del derecho a contradecir las imputaciones dirigidas en contra de cualquier persona que se encuentre involucrada en un determinado proceso penal. Todo ello en conexión con los derechos constitucionales y demás garantías enumeradas a favor de las partes procesales.

Finalmente y en lo que se refiere a la solicitud dirigida ante el juez. El artículo 112° del NCPP¹⁶ señala que: «Solo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civilmente responsable. Ergo, si la solicitud fuere declarada fundada, esta será inapelable. Pues bien, particularmente nos parece que ese dispositivo de cualquier manera atenta contra el derecho de defensa, que ampara a todo sujeto de derecho. Sin embargo, esto no solo sucede a nivel de procesos penales pues también puede apreciarse en el Código Procesal Civil artículo 111° que a la letra dice: «El juez declarara la procedencia o denegara de plano el pedido de intervención. En el primer caso, dará curso a las peticiones del tercero legitimado. Solo es apelable la resolución que deniega la intervención»¹⁷.

Lo antes dicho, sin duda alguna atentaría contra nuestro derecho a probar, puesto que si hemos sido incluidos en un proceso en calidad de tercero civil, no podríamos apelar la resolución que así lo dispone ni mucho menos ofrecer prueba a nuestro favor, aunque en sentido estricto, en este estadio procesal no se habla de prueba; sino más bien de elementos de convicción, Esto en razón a que la solicitud para la constitución de tercero civil, se realiza hasta antes de dar por terminada la Investigación Preparatoria.

Por otro lado, se alega a favor de lo ya señalado por nosotros, que no obstante, poder incluir a alguien como tercero civil, Implica también demostrar la legitimidad de este sujeto para poder ser incorporado al proceso. Y cuando no referimos a legitimidad debemos recurrir a lo esbozado por MONTERO AROCA¹⁸ el cual señala lo siguiente:

Sobre la capacidad del responsable civil. El único problema de interés se refiere a la legitimación, y respecto de estas hay que distinguir:

¹⁶ Nuevo código procesal penal, art. 112°.

¹⁷ Código procesal civil, art. 101.

¹⁸ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Derecho procesal penal*, 10ª ed., p. 86.

Cuando la responsabilidad civil se pretende de un tercero, tanto de modo directo como subsidiario: Se prevé un incidente tendente a discutir en el procedimiento preliminar judicial el tema de la legitimación de ese tercero. A partir de que el tercero puede, durante el procedimiento preliminar judicial, manifestar por escrito las razones que tenga para que no se le considere civilmente responsable, proponiendo prueba.

Adviértase que en este incidente no se trata de resolver en el procedimiento preliminar judicial sobre la acción-pretensión de responsabilidad civil dirigida contra el tercero, sino de algo más simple: determinar si este está o no legitimado para convertirse en demandado en el proceso civil acumulado¹⁹.

De esta manera finalizamos el tema del tercero civil, no sin antes dejar por sentado que existen muchos vacíos más respecto a este tema. Como cuando se hace mención a una empresa aseguradora SOAT la cual tiene que cubrir los daños ocasionados por el vehículo. Sin embargo a nivel del Distrito Judicial de Huaura, se considera que el pago efectuado por la aseguradora forma parte de la reparación civil que tendría que pagar, la persona directamente involucrada en los hechos. A modo de ejemplo muchas veces ha pasado que, el condenado era obligado a pagar una determinada cantidad de dinero. Supongamos que se trate de una suma de dinero equivalente a cinco mil soles. Mientras que, la compañía de seguros cumplía con pagar tres mil soles. Ante esto los abogados del condenado. Argumentaban que, su patrocinado solo debía la suma de dos mil soles, descontando los tres mil soles cancelados por la Compañía de Seguros. Ante esto los jueces daban su conformidad. Sin embargo este hecho perjudica a los agraviados, los cuales deberían ser resarcidos proporcionalmente, al daño que se les causó.

5. Conclusiones

1) En conclusión, y en lo que atañe a la constitución del tercero civil. Debería existir un filtro riguroso, que permita solo la inclusión, de quienes verdaderamente reúnan los requisitos señalados.

2) En lo referente a la apelación de la resolución que declara ha lugar, la solicitud de constitución como tercero civil. Debería comprobarse indubitablemente la legitimidad del tercero civil.

¹⁹ *Ibidem*.

3) Asimismo, sería conveniente, permitir que el tercero civil, en defensa de sus intereses pueda o tenga la capacidad de poder apelar la resolución que lo incluye en calidad de tal.

6. Propuestas

1) Sería recomendable que, el fiscal del caso al momento de solicitar medidas cautelares en contra del tercero civil. Ordene también la inscripción preventiva de dichas medidas, ante Registros Públicos, con la finalidad, de salvaguardar el derecho de terceros.

2) Debería además, diferenciarse entre el pago ha realizarse por la compañía de seguros (SOAT). Así como también el pago que tenga que realizar el condenado. Esto con la finalidad de que lo agraviados sean resarcidos en proporción al daño sufrido.

7. Recomendaciones

En adelante, deberíamos como estudiantes de derecho y futuros abogados. Prestar mayor atención al tema de la legitimidad del tercero civil. Ante posibles situaciones, en las cuales, no existan los requisitos antes descritos. De esta manera, se evitaría comparecer ante un proceso penal.

Bibliografía

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, 10^a ed., p. 84.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional III*, 10^a ed., p. 85
ORE GUARDIA, *Manual*, p. 169.

SAN MARTIN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, p. 295.

Expediente N° 00046-2008-66-1301-JR-PE-03, Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

Código Civil, art. 905.

Ley N° 27181

Decreto Supremo N° 024-2002

Expediente 2008-01874-0-1308-JR-PE-2-. (Sentencia por Terminación Anticipada), Distrito Judicial de Huaura.

Texto único ordenado del reglamento general de registros públicos. Título preliminar, art. 1°

Código Civil artículo 2012

Texto único ordenado del reglamento general de registros públicos, art. 65, Actos y derechos susceptibles de anotación preventiva.

Nuevo código procesal penal, art. 113° inc1.

Nuevo código procesal penal, art. 113° inc2.

Nuevo código procesal penal, art. 113° inc3.

Nuevo código procesal penal, art. 112°.

Código procesal civil, art. 101.

MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., p. 86.

MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional III. Derecho Procesal Penal*, 10ª ed., p. 8.

NON BIS IN IDEM:
PREEMINENCIA DEL DERECHO PENAL SOBRE EL DERECHO
ADMINISTRATIVO
VS
LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

KARIN C. CARHUAPOMA ROJAS*
SANDY D. FERNÁNDEZ ROJAS*

* Estudiantes de Pre-grado de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo-Barranca

Resumen

El principio *non bis in ídem* constituye la garantía de todo ciudadano, directamente a aquel que se encuentra inmerso en un proceso. Y ello implica la prohibición de someter a un mismo sujeto, basado en un mismo hecho y fundamento, ya sea a un doble proceso o sanción por parte del aparato Estatal. Esta potestad que tiene el Estado se manifiesta tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, pero encuentra su límite en la aplicación del principio *non bis in ídem*, la cual según el análisis que ha hecho el Tribunal Constitucional ha establecido que este principio tiene un contenido material y un contenido procesal, el primero de ellos constituye la prohibición de someter a un imputado a una múltiple sanción y el segundo veda el doble enjuiciamiento.

Dentro del contenido del art. III del TP del NCPP respecto a la garantía del *non bis in ídem* se menciona que «... el Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo» lo que a nuestro criterio se contrapone a la aplicación de la ley penal en ultima ratio, es decir va en contra del Principio de Mínima Intervención Penal, por lo que a lo largo de este trabajo de investigación fundamentaremos nuestra postura respecto al problema suscitado.

Abreviaturas utilizadas: TP= Título Preliminar; NCPP= Nuevo Código Procesal Penal; TC= Tribunal Constitucional; Art= Artículo.

1. Introducción

La estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio cuyas grandes líneas rectoras van ha cumplirse con respeto a los derechos fundamentales para así poder alcanzar la justicia (un ideal), reconocida como valor supremo de todo ordenamiento jurídico. Por ello uno de los deberes esenciales del estado es la de proteger y brindar seguridad a la sociedad, cumpliendo esta fun-

ción mediante los controles sociales, que brinda a la sociedad un control, donde se busca solucionar los conflictos de intereses a través de ellos, pudiendo ser tanto un control social informal, y un control social formal, y siendo asimismo el Derecho Penal una alternativa de solución, cuando los demás controles han fracasado, en aplicación de la ley penal como ultima ratio, y el Principio de Mínima Intervención Penal.

Se entiende entonces que el Derecho Penal es un instrumento que trata de minimizar las conductas desviadas, pero también debemos tener en cuenta cuando no debe intervenir. La importancia del tema planteado recae en que el *non bis in idem* es una garantía que comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más, por un mismo hecho, tanto en la jurisdicción penal como en el derecho administrativo, como garantía del ciudadano que se desarrolla en base a un Estado social y democrático de derecho que pone los límites al ius puniendi que el Estado efectiviza a través de dos vías: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.

Si del contenido del artículo III del TP del NCPP se desprende «...la preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo» entonces, podemos decir que existe una contraposición en cuanto a la aplicación de la Ley Penal como ultima ratio. Planteamiento que será analizado en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

2. Unidad Punitiva

La tesis de la unidad punitiva sostiene que la potestad sancionadora¹ del estado es única, pero tiene dos manifestaciones concretas; el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, y como consecuencia de ello, (algunas veces) se desprende la identidad entre la sanción administrativa y la penal, las cuales perseguirán los mismos fines, diferenciándose entre sí en el efecto que causen en la persona. Así, una sanción administrativa tendrá un efecto negativo mucho menor al que tendrá una sanción penal, pues la especial gravedad de la última reacción justifica que se reserva para lesiones intensas.

¹ La potestad sancionadora estatal junto con la forma de punición del Estado constituyen el fundamento del Principio *non bis in idem*. Extraído de HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, «*Non bis in idem* - Sobre la persecución y sanción múltiples en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en <http://enfoquede analisis.blogspot.com/2008/01/non-bis-in-idem-sobre-la-persecucion-y.html>.

3. Qué es el *non bis in idem*?

El principio *non bis in idem* es un aforismo que tiene su origen en Roma, ya que en los procesos judiciales que se instauraba en esa época, se daba la prohibición de promover un nuevo juicio a través de la promoción de una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción, una vez nacida la relación jurídica procesal en Roma. Y significa según Guillermo CABANELLAS «no dos veces sobre lo mismo», es decir no debe resolverse dos veces el mismo asunto sea este de manera simultánea o sucesiva. Aunque como menciona BINDER, cabe el sometimiento a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución². Así también nuestro Nuevo Código Procesal Penal en su art. III del título preliminar, último párrafo considera que la excepción a esta norma es la revisión de la Corte Suprema de la sentencia condenatoria (...).

Muchas veces tenemos una concepción meramente incidental del principio del *non bis in idem*, sin embargo, existe un desarrollo doctrinario que demuestra que este se encuentra considerado dentro de las garantías orgánicas jurisdiccionales, precisamente en el mismo nivel de los llamados principio de proporcionalidad, principio de buena fe y de seguridad jurídica, conocidos como principios generales del derecho; y de los principios procesales conocidos como: nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio, presunción de inocencia, principio del juez natural y el del derecho de defensa. Siendo esto así, puede asumirse que el principio del *non bis in idem* no es subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio accesorio, ya que no nace del proceso, sino que existe antes de él, es «regulador» del proceso judicial o del procedimiento administrativo (...). El *non bis in idem* viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual³. Ha de agregarse por otro lado que además de los principios mencionados el principio del *non bis in idem* se fundamenta en el campo constitucional mediante la norma superior relacionada la «economía procesal»⁴, ya que cuando

² BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad hoc, Buenos Aires, 2000, p. 163.

³ http://sisbib.unmsm.edu.pe/Bibvirtual/tesis/Human/Burgos_M_V/Cap3.htm

⁴ BERNAL CUELLAR, Jaime, MONTEALEGRE LYNET, Eduardo, *El proceso penal - Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Colombia, 2004, p. 389.

si se iniciará un nuevo proceso a pesar de haber recibido pronunciamiento sobre los mismos hechos, sujeto y fundamento, se estaría generando de esta manera gastos innecesarios al órgano jurisdiccional afectando de este modo el principio de economía procesal.

El tribunal, con adecuado criterio, estimo que el principio «*non bis in idem*», aunque carece de reconocimiento constitucional expreso «constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal», el cual deriva del art. 139.3 de la Constitución y además encuentra su respaldo en el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14º inc. 7.

3.1. Requisitos del *non bis in idem*

Julio MAIER⁵, considera que para la aplicación de tal principio es necesario conjugar tres identidades: a) identidad de la persona perseguida, b) Identidad del objeto de la persecución o del mismo hecho, y por último, c) Identidad de la causa de la persecución o en el mismo motivo de la persecución. Así Alberto BINDER⁶ ha desarrollado el contenido de cada uno de estos aspectos o entidades de la siguiente manera: *identidad de la persona perseguida*, representa la garantía de seguridad individual que en última instancia constituye un problema fáctico, de identificación, para determinar si se trata de la mismo sujeto; Identidad del objeto de la persecución o del mismo hecho, esta referido o alude a una hipótesis, en el sentido que el proceso penal siempre se funda en hipótesis fácticas con algún tipo de significado jurídico, debiendo existir correspondencia entre las hipótesis que fundan los procesos en cuestión, se trata de identidad fáctica y no de identidad de calificación jurídica, no es cierto que se pueda admitir un proceso sobre la base de los mismo hechos y una calificación jurídica distinta, constituyendo entonces que si los hechos son los mismos, el Principio *non bis in idem* impide la doble persecución penal, sucesiva o simultánea, cuya excepción serán aquellos casos en que cada uno de los procesos se funda en reglas diferentes, que impiden precisamente su unificación; y por último la identidad de la causa de persecución, se trata del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objeto final del proceso.

⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

⁶ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 165, 166 y 167.

4. Contenido y fundamentación constitucional

BERNAL CUÉLLAR⁷ en su obra «El proceso penal» manifiesta que el principio *non bis in idem* impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho, lo que en palabras del TC recaída en la sentencia peruana del 16 de abril de 2003, Exp. N° 2050-2002-AA/TC, ha determinado que «el principio *non bis in idem*» tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal⁸.

4.1. Contenido material del *non bis in idem*

Implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, de hecho y fundamento. Su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho⁹. De lo dicho, por lo tanto, hay que deducir que, ha de haber existido anteriormente un fallo condenatorio o un auto ejecutoriado equivalente a fallo definitivo con contenido sancionatorio que imposibilite por ende el inicio de un nuevo proceso (que consecuentemente busca la aplicación de una sanción).

Para Cesar San Martín Castro el principio *non bis in idem* comporta dos exigencias y la primera de ellas consiste en que no es posible aplicar una doble sanción. También expresa que en el ámbito administrativo estará vedado imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídico protegido sea el mismo protegido por el tipo penal no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la administración¹⁰.

⁷ BERNAL CUÉLLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNEN, Eduardo, *El proceso penal - Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Colombia, 2004, p. 387.

⁸ Fundamentación constitucional que adopta el TC peruano, siguiendo la línea que establecieron las sentencias 2/ 1981 y 77/1983 del TC español al considerar que el principio *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal.

⁹ CARO CORIA, Dino, «El principio del Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario del Derecho*, Revista General del Derecho Penal, ISSN 1968-1189, N° 1, 2004.

¹⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem*, Cedes, Barcelona, 1995, p. 64, citado por SAN MARTÍN CASTRO, en «Constitución y Principios del proceso penal» p. 62.

De esta forma, el TC peruano considera que le *non bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad¹¹. Por un lado el principio de proporcionalidad está vinculada a la llamada «prohibición de exceso»¹², así mismo al principio de legalidad, más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de sus conductas, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica¹³.

Este contenido material del *non bis in idem* tiene un complemento procesal que en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada¹⁴. La cosa juzgada (*res judicata*)¹⁵ es el efecto jurídico de la conclusión de un proceso por una resolución judicial firme y ella no implica solamente a las sentencias definitivas sino también a todas aquellas resoluciones que hayan puesto fin al proceso penal, por ello si se desea iniciar un proceso

¹¹ Expresado en el TC, Caso Encuesta a Boca de Urna, Exp. N° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N° 6.

¹² La STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003 – fundamento jurídico 3a). «Dicho exceso punitivo hace quebrantar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente». CARO CORIA, *op. cit.*, N° 1, 2004.

¹³ La STC español 142/1999 de 22 de julio, señala que con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente.

¹⁴ CARO CORIA, Dino, «El principio del Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario del Derecho*, Revista General del Derecho Penal, ISSN 1968-1189, N° 1, 2004.

¹⁵ Para el Tribunal Constitucional, además de su configuración como recurso en el proceso penal, constituye, en general, un derecho de los justiciables. En tal razón ha dicho que «mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea por que estos han sido agotados o por que ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (...)». Exp. N° 4587-2004-AA/TC (f.j. 38 y 39).

que contenga una identidad de sujeto, hecho y una resolución ejecutoriada, esta pretensión no será aceptada por el órgano jurisdiccional. O si se ha iniciado ya el proceso, el abogado defensor podrá plantear la excepción de cosa juzgada¹⁶ que halla su fundamento en el principio del *non bis in idem*, así lo manifiesta también el Dr. ROSAS YATACO¹⁷ y el Dr. CUBAS VILLANUEVA¹⁸. No será así en cambio, cuando existiendo cosa juzgada (se entiende en el ámbito penal) se desea iniciar un proceso administrativo en lo cual no se podría plantear la excepción de cosa juzgada, sino que, el principio *non bis in idem*.

4.2. Contenido procesal del *non bis in idem*

Significa que «nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos», impidiendo con ello, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal), y por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos ordenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *non bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del «double jeopardy» que se rige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, de la cual se ha interpretado jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, «si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos (...)»¹⁹.

Según la doctrina del TC el *non bis in idem* extiende su eficacia tanto «tanto para las sanciones penales y administrativas», cabiendo deducir que no solo prohíbe el *non bis in idem* al interior del ordena-

¹⁶ La excepción de cosa juzgada se planteará una vez que el fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias o al contestar la querrela ante el juez y se resolverá antes que culmine la etapa intermedia (art. 7° inc.1 C.P.P). Esta excepción también podrá deducirse durante la etapa intermedia, en la oportunidad fijada por la ley (art. 350° y se resolverá conforme a lo dispuesto por el art. 352°).

¹⁷ ROSAS YATACO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 308.

¹⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, 4ª ed., Palestra, Lima, 2000, p. 318.

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, volumen I, Grijley, 2000, Lima, p. 106.

miento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos como el penal y administrativo, ambos son expresamente del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes es un solo ente, solo puede sancionar y perseguir una vez.²⁰ Así el tribunal constitucional en el «Caso Dante Damas Espinoza»²¹ reconoce la dimensión procesal de la garantía *non bis in idem* cuando en el fallo constitucional en su fundamento jurídico n° 7 integra al *non bis in idem* dentro del derecho al debido proceso (art. 139.3 de la Constitución) sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos. De lo que se puede desprender que el *non bis in idem* procesal prohíbe no la doble sanción sino más bien el doble juzgamiento.

5. ¿Preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho administrativo?

5.1. Mínima intervención del Derecho Penal

A éste principio también se le denomina «PODER MÍNIMO DEL ESTADO», esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, en virtud de otro principio garantista y democrático, que al derecho penal, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho; sólo se debe apelar al Derecho punitivo como *ULTIMA RATIO LEGIS* y no para solucionar cualquier controversia o conflictos de intereses o litis expensa, cuando existe otras vías jurídicas de solución de los actos ilícitos no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, agravios laborales, constitucionales, etc.

El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que «el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos»²².

²⁰ CARO CORIA, Dino, «El principio del *Ne Bis In Idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario del Derecho*, Revista General del Derecho Penal, ISSN 1968-1189, N° 1, 2004.

²¹ STC N° 109-98-HC-TC, de 2 de julio de 1998.

²² BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, La Ley, 2003.

Ha de ser «mínima» en tanto que la represión criminal no se presenta como un fin en sí misma, sino que está subordinada al cumplimiento de unos objetivos. Y, dado que el Estado usa de la sanción más potente de la que dispone (la pena), la reserva a los supuestos extremos, sólo a los más graves. Por eso ha de ser comedido. He aquí uno los componentes del principio de intervención mínima:

El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

El ser un derecho subsidiario que, como última ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Tengamos presente que la sanción criminal está sometida al principio de ultima ratio y, consiguientemente, sólo entra en escena cuando haya fracasado el resto de los instrumentos legales.

5.2. Principio de la Última Ratio del Derecho Penal vs El Art. III del T.P. del N.C.P.P.

Empezaremos el análisis de este subtema recordando que el Art. III del TP del NCPP. Menciona que «...el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo...», de lo que podemos deducir que dicha norma nos pone bajo la situación que, se está llevando dos procesos paralelos, uno en la vía administrativa sancionadora y otro en la vía penal y estando bajo esa situación prevalece el ámbito penal, remitiéndonos de ese modo la ley como medio de solución la preeminencia del Derecho Penal.

Ahora, decíamos que el Principio de la «Última ratio legis» (última razón de la ley) se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del Derecho en la solución de las litis. Es entonces y solo entonces que se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica, la paz social y la tranquilidad pública

Relacionando lo mencionado del art. III del TP del NCPP con el Principio de la mínima intervención del Derecho Penal en referencia a la de la aplicación de la Ley Penal en última ratio, entonces surge la

siguiente interrogante, ¿nos encontramos o no ante una contraposición normativa? Creemos que si existe una contraposición, ya que teniendo en cuenta lo deducido en el párrafo primero (que la preeminencia del derecho penal se dará cuando nos encontremos en dos procesos paralelos, -administrativa y penal-) se exige la prevalencia del derecho penal en aplicación del Art. III del TP del NCPP dejándose de lado el Principio de la aplicación de la Ley Penal en última ratio.

Si el principio de la última ratio o mínima intervención del derecho penal refiere a que solo le incumbe al ámbito penal conductas que tengan gravedad y que por las vías antes usadas no se pudo llegar a una debida protección del bien jurídico, entonces se inferirá que dependerá de la gravedad de la lesividad también para determinar la vía correspondiente ya que la vía Administrativa solo estará reservada para casos en los que existan lesividades leves o medianas, mientras que el fuero penal a aquellos conductas que consecuentemente generen lesiones graves.

En conclusión diremos que la preeminencia del Derecho Penal sobre el Administrativo habría de entenderse siempre y cuando la conducta implique una lesión grave al bien jurídico protegido. Y de alguna manera estaría en manos del fiscal en principio determinar si se encuentra ante una situación de relevancia penal o no, antes de proceder a formalizar la investigación, ya que como sabemos generalmente todo proceso se iniciara a través de una denuncia ante la policía o el Ministerio Público y es desde allí donde empezara a verse la aplicación o no del Art. III del TP del NCPP, incluso podría estar en manos del Fiscal recomendar que el proceso sea llevado ante instancias administrativas si es que careciere de significancia penal.

6. Conclusiones

Específicamente el principio *non bis in idem* en sus distintas formas (material o procesal) constituye un límite para el Estado en el ejercicio arbitrario de su *ius puniendi* garantizando así la seguridad de todo ciudadano, directamente a aquellos que se encuentran insertos en un proceso penal.

De existir la amenaza de un doble enjuiciamiento estaríamos ante la figura del *non bis in idem* procesal la cual implicara la iniciación tanto de procesos simultáneos o sucesivos. Ahora en cuanto a la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo del que se hace mención en el art. III del TP del NCPP, podemos inferir que la

aplicación de este artículo se daría cuando nos encontrásemos ante el contenido procesal del *non bis in idem*, específicamente cuando nos encontremos en proceso simultáneos -penal y administrativo a la vez-.

Consideramos que la aplicación del art. III del TP del NCPP conllevaría a una contraposición con el Principio de la aplicación de la Ley Penal en última ratio, cuando se aplique de modo absoluto. Ya que si comprendemos que nuestro sistema penal maneja el principio de la mínima intervención penal entonces, sería atentatorio aplicar cualquier normativa que vaya en contra de él. Los perjuicios que de él se desprenderían serían por ejemplo en la influencia de la sobrecarga procesal así como atentatorio al principio de economía procesal y el Principio de Celeridad.

7. Propuestas

Que ante el problema planteado sobre la contraposición del Art. III del Título Preliminar donde señala que el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo, contraponiéndose la misma al Principio de la *ultima ratio legis*. Proponemos que el legislador aplique la ponderación de intereses al tratar cada caso específico, teniendo en consideración tanto el control social Informal, y el control social formal, y siendo asimismo el Derecho Penal y Procesal Penal, una alternativa de solución cuando los demás controles han fracasado. Es de éste modo que tanto la Legislación sancionadora, como aquella referida a la prevención constituirán los medios más eficaces en la lucha contra la Delincuencia, naturalmente dentro de un marco de las políticas de naturaleza social y educativa, entonces bajo esta premisa el Derecho administrativo sancionador se ocupará de las infracciones de escasa lesividad que sancionará de modo menos grave que la establecida en el Derecho Penal, evitándose de este modo la sobrecarga procesal, y actuando bajo el respeto de los principios de economía procesal y el Principio de Celeridad. Asimismo, se propone la revisión del Artículo en mención, cuya interpretación no deberá entenderse de modo absoluto, sino en aplicación de la valoración para cada situación específica que se suscite en el ámbito procesal.

8. Recomendaciones

Ante la contraposición del Principio de la Mínima Intervención del Derecho Penal en lo que respecta a la aplicación de la Ley Penal como ultima ratio y la preeminencia del Derecho Penal sobre el Derecho Administrativo recomendamos lo siguiente:

1º Que, si el Estado ejerce su *ius puniendi* a través del Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, en el primer caso habrá de aplicarse la norma penal solo cuando el bien jurídico protegido se haya lesionado gravemente, aplicándose las penas respectivas a los culpables del delito previo juicio penal, mientras que en el segundo caso, se aplicaran las normas administrativas sancionatorias cuando el bien jurídico protegido haya sido lesionado de modo leve o mediano, y su sanción no implicaran la imposición de la privación de la libertad como si lo es en el ámbito penal, garantizándose de este modo el Principio de la Mínima Intervención del Derecho Penal.

2º Que, se deberá aplicar el criterio de valoración según cada caso específico para distinguir cuando el Derecho administrativo sancionador se ocupará de las infracciones de escasa lesividad que sancionará de modo menos grave que la establecida en el Derecho Penal, que mas bien está reservado para el castigo de las conductas mas reprochables que afectan la convivencia y la paz social. De este modo podría evitarse el incremento de carga procesal en el fuero penal lo que implica el respeto de los Principios de Mínima Intervención del Derecho Penal, Celeridad y Economía Procesal.

9. Bibliografía

BERNAL CUÉLLAR, Jaime, MONTEALEGRE LYNEN, Eduardo, *El proceso penal - Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Colombia, 2004.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, La Ley, 2003.

CARO CORIA, Dino, «El principio del Ne Bis In Idem en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario del Derecho*, Revista General del Derecho Penal, ISSN 1968-1189, N° 1, 2004.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El proceso penal. Teoría y práctica*, 4ª ed., Palestra, Lima, 2000.

MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

ROSAS YATACO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Jurista Editores, Lima, 2005.

SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, volumen I, Grijley, 2000, Lima.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, «¿Qué es el principio de intervención mínima? What is the principle of minimum intervention?», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2009. http://www.indret.com/pdf/422_es.pdf (Consultado el 18 de setiembre de 2009)

Páginas Web

<http://enfoquedeanalisis.blogspot.com/2008/01/non-bis-in-idem-sobre-la-persecucin-y.html>.

http://sisbib.unmsm.edu.pe/Bibvirtual/tesis/Human/Burgos_M_V/Cap3.htm.

http://www.indret.com/pdf/422_es.pdf.

Legislación

Constitución Política del Perú.

Código Procesal Penal Peruano.

**LA NATURALEZA COMPLEJA DEL «BENEFICIO PENITENCIARIO»:
¿ELIMINACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS?**

DANIEL A. ALMEYDA VELÁSQUEZ*

* Asistente en Función Fiscal de la 2ª Fiscalía Suprema en lo Penal de la República del Perú. Coordinador General del Taller de «Dogmática Penal» UNMSM. R.R. N° 05901-R-03. Bachiller en Derecho por la Univ. Nacional Mayor de San Marcos. (daniel_almeyda@hotmail.com) (taller.dogmaticapenal@gmail.com)

El presente *ensayo* constituye un desarrollo posterior a una exposición llevada a cabo durante el curso regular de Derecho de Ejecución penal 2009 en la UNMSM en mi último¹ año de Derecho. Esta exposición estaba dirigida a sostener la posibilidad de aplicar el régimen del 1x1 (acumulación) en la redención de pena por trabajo y educación en los delitos de bagatela, aun cuando el Código de Ejecución penal establezca en el art. 47 su prohibición.

A fin de abordar el tratamiento de la redención por trabajo y educación expuse, en primer lugar, mi consideración personal sobre la naturaleza del beneficio penitenciario –opinión que *no* se hallaba contemplada en el trabajo del curso– manifestando mi discrepancia con las teorías sobre dicha institución, las mismas que nos fueron enseñadas en el curso regular, así también con la tesis de nuestro profesor el Dr. Germán Small Arana.

A continuación expongo mis observaciones, que como es de verse obvian amplias referencias a pies de página que de ningún modo le restan cientificidad, pues es una consideración particular, pero rigurosa sobre los beneficios penitenciarios, de la cual se extraerán unas conclusiones decisivas respecto de las normas que eliminan beneficios penitenciarios en general y para terroristas en particular (Ley 29423).

El estudio sobre la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en el marco doctrinal y estrictamente *delimitado* en el Derecho de ejecución penal y el establecimiento penitenciario han llevado a considerarlos como un «derecho», «gracia», «derechos condicionados» e incluso se le ha calificado como una combinación ni derecho ni gracia sino como «derecho expectatio» o verdadero «incentivo»

¹ Asistente de la Cátedra de Derecho Penal I-Parte General R. D. N° 975-D-FD-2009 y de la Cátedra de Introducción al Derecho R. D. N° 1045-D-FD-2008.

(Small, *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, 2006., p. 68.). No obstante, dichas nociones son erradas en su contenido por su análisis unilateralidad y estático sin la comprensión del Sistema penal como *unidad*.

En este corto trabajo pondré de relieve, en primer lugar, que el beneficio penitenciario adopta una naturaleza *compleja* en el marco de la finalidad del Estado de Derecho, es decir, que aquél no es un concepto estático, sino que acoge un determinado *contenido* y, por tanto, una *cualidad* (esencia) distinta según el momento en que este se manifieste en cabeza de las personas *frente* al Sistema penal y *frente* a la ejecución penal; sin embargo, este estudio no podrá llevarse a cabo sin referencia al fin de la pena. Y en segundo lugar, el potencial crítico de mi posición para hacer frente a normas como la Ley 29423 y a las opiniones que la consideran acorde con la Constitución.

I. La pena como reparación

La pena es un mal por un daño causado. No obstante, este aspecto retributivo sólo puede entenderse *luego* de adscribir a la pena fines preventivos (protección de bienes jurídicos), pues un entendimiento puramente retributivo de la misma haciendo abstracción de su finalidad, exigirá la imposición de una pena allí donde no es necesaria, y siendo ello así perdería su legitimación social (Roxin, *PG*. 1997 § 3 nm. 8). No obstante, considero que la determinación de la pena [necesaria] a imponer en base a fines preventivo generales, se expresa frente al infractor como retribución. La pena *necesaria* es un mal.

El dolor penal que se impone al condenado ha de entenderse como una contraprestación por el daño causado al bien jurídico, por tanto, no cabe, en modo alguno, un tratamiento beneficioso para él, este ha de reparar en su totalidad por el menoscabo causado, ya al bien jurídico ya a la vigencia de la norma. En efecto, la «esencia» retributiva de la pena determinada judicialmente debe ser cumplida en su integridad.

Así también, desde otra perspectiva, si el fin de la pena es la salvaguardia cognitiva de la norma (para lo cual se infringe dolor penal, y en función de lo cual, también, se determina el *quantum* o medida de pena) y su significado –en el plano simbólico-comunicativo– la contradicción de la negación de su vigencia por parte del delincuente (Jakobs, *La pena estatal: Significado y finalidad*, 2004. pp. 47 y ss.), entonces el cumplimiento de la pena *cuantificada* en función del mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma, impuesta al

infractor –frente a él como retribución– ha de derivar, de la misma forma, en la inexistencia de beneficio penitenciario alguno en la ejecución de su sentencia de prisión.

El concepto de pena en abstracción de la sociedad concreta ha de definirse como retribución. Ahora bien, la adscripción de fines preventivos generales –positiva– (protección de bienes jurídicos o salvaguardia cognitiva de la norma), de igual manera, luego de su determinación concreta, es decir cuantificada, no incorpora ni concluye sobre la existencia de beneficios penitenciarios. Dicho de otra manera, estas nociones de pena siguen siendo de una u otra forma abstractas, pues llevan a la conclusión necesaria de la no consideración de beneficio penitenciario alguno, y la razón de esto se encuentra en que la *determinación judicial* de la pena (en función de tal o cual teoría) *ya* ha decidido, en base a las cualidades del infractor (art. 45 del Código penal) y a las del hecho punible (art. 46 del Código penal), la medida adecuada de la misma, siendo que de allí no amerite ser disminuida en la etapa de ejecución. Sin embargo, el concepto abstracto de pena debe ser concretizado, *aún más*, en el tipo de sociedad particular en la cual esta se impondrá, ya que el fenómeno punitivo se extiende más allá de su cumplimiento. La realidad objetiva –el modelo de Estado de Derecho– limitará el concepto abstracto.

Como se observa, la existencia de los beneficios penitenciarios, visto hasta aquí, a lo mucho podrían ser sólo una posibilidad, entonces que los hacen indispensables, ¿por qué de la existencia de los beneficios penitenciarios?

II. Los beneficios penitenciarios en el marco de un Estado de Derecho: como *necesidad* del Sistema penal y *no sólo* de la ejecución penal

El Estado de Derecho provee determinadas características a la sociedad, la principal es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El ser humano como persona (construcción normativa) es autónomo y autorresponsable, este, en base a ambas valoraciones, puede infringir la norma penal y atribuírsele esa infracción como obra suya. Pero cabe señalar, que esa organización defectuosa (delito) no le puede ser ajena al Estado de Derecho, sin más, con la imposición de la pena *necesaria* y su cumplimiento. En efecto, así como la pena cumple un fin social, es decir le interesa a la sociedad, también lo debe ser la misma organización defectuosa, ha de interesarle desde

el momento de la imposición de la sanción y en el proceso de su ejecución. El significado del interés de la sociedad en el infractor, y no sólo en la infracción, implica que el Estado le provea recursos para su reorganización y autoreestructuración como sujeto autónomo y autorresponsable. *Esos recursos son los beneficios penitenciarios.*

La idea del fin del desarrollo y protección del ser humano lleva como consecuencia a plantear la necesidad de la existencia de los beneficios penitenciarios en el Sistema penal; en lo que sigue se desarrollará esta tesis.

III. La naturaleza compleja del Beneficio penitenciario: Niveles y Sistema penal

El Sistema penal, en sentido estricto, se compone del conjunto de normas que regulan el aspecto institucional del control social punitivo, y que se expresan en el derecho penal, procesal penal y la ejecución penal. Asimismo, forma parte del sistema las agencias de control social de menor jerarquía. En adelante nos referiremos, en *unidad*, al sistema penal *estricto sensu*.

La naturaleza compleja del beneficio penitenciario no es posible entenderse sin la consideración de los componentes del Sistema penal y el Sistema penal mismo como parte del Estado del Derecho, dicho de otro modo, con el estudio en todas sus partes integrantes. Desde esta perspectiva se concluirá que los beneficios penitenciarios, en tanto derechos, son una imposición *desde fuera*.

III. 1. Desde la perspectiva del Sistema penal mismo y la idea de Estado de Derecho, el beneficio penitenciario es un *derecho*, es un derecho en cabeza de un ciudadano libre, autónomo y autorresponsable. Es un derecho porque el ciudadano ha de exigir al Estado que este dote de determinadas condiciones a su Sistema penal para que en caso de que aquel delinca pueda, sólo es eso una posibilidad, reorganizarse como persona, y el por qué de esto, como ya se adelantó es porque el infractor ha de interesarle al Estado, en el sentido que su desarrollo como persona no tendría que verse restringido, a efectos de su reestructuración, en el cumplimiento de una condena y más aun ante un evidente defecto de organización, pues es precisamente cuando más lo necesita. Así sucede, por ejemplo, con el derecho penal y procesal penal que poseen determinadas garantías, las cuales no surgen sólo cuando el ciudadano se enfrenta con una norma penal o cuando es procesado, sino que se encuentran *previamente* estableci-

das en el Sistema mismo. De esta forma, los beneficios penitenciarios han de considerarse derechos, es decir, garantías previamente fijadas en el Sistema penal y no sólo de la ejecución penal. El Sistema penal, y no un sector de él (la ejecución), de un Estado de Derecho debe poseer como exigencia condiciones para que el ciudadano, cuando transgreda una norma penal, tenga la posibilidad de reorganizarse como sujeto responsable.

El ciudadano, por tanto, tiene la facultad, *sic.* derecho, de demandar al Sistema penal la existencia de beneficios penitenciarios independientemente de si alguna vez es sancionado penalmente, es decir, sea objeto del Sistema penal. Asimismo, aún cuando delinca y sea condenado, el beneficio también ha de ser considerado un derecho, pues el interno podría exigirlos así no haga uso de ellos. *La idea del beneficio penitenciario como derecho se agota con su existencia inherente al Sistema penal.*

III. 2. Desde la perspectiva del Sistema penal y la *ejecución penal* en específico, cabe analizar dos situaciones. La incorporación del interno a la prisión, en su situación jurídica de *deber*, hace surgir en él una *potestad*, esto es, de decidir si accede o no al inicio del trámite de los beneficios penitenciarios. Si el interno observa las exigencias previstas en la Ley penitenciaria (Código de ejecución penal art. 42 y ss.) entonces surgirá en él una *expectativa* jurídica o de derecho. *Ésta expectativa constituye ya el beneficio penitenciario mismo.*

De esta manera, en el estricto ámbito del Derecho de ejecución penal, los beneficios penitenciarios desenvuelven su naturaleza como *expectativa* – en el sentido de la Teoría de las situaciones jurídicas subjetivas desarrolladas por el Derecho civil. En efecto, el interno sentenciado tiene que cumplir la pena impuesta como contraprestación por el daño causado, y su ingreso al centro penitenciario, por su sólo hecho, no lleva consigo la disminución de la contraprestación a cumplir, pues esta es potestativa del juez. Pese a ello, el Estado le ha de proveer las herramientas necesarias para su corrección, en tanto posibilidad, pero esto como *deber*.

Como hemos afirmado, el infractor como persona, en la situación jurídica subjetiva de interno condenado tiene el derecho de que la ejecución penal le brinde los beneficios a efectos de su posible utilización, *pero de eso no se trata aquí*. En este nivel del Sistema penal el interno a fin de acceder a ellos debe cumplir determinadas condiciones. Sólo el cumplimiento de las condiciones temporales, de conduc-

ta, trabajo y estudio hacen surgir en *cabeza del interno y no del ciudadano libre* una situación jurídica subjetiva denominada *expectativa*, que no es un derecho; pues el cumplimiento de las condiciones no lleva automáticamente al otorgamiento del beneficio solicitado. En este sector del Sistema penal, los beneficios penitenciarios no constituyen, en modo alguno, como contenido un derecho, ya que se requiere la valoración del juez quien impuso la sanción penal; y la razón última de la posibilidad de su no otorgamiento esta en la idea de la pena como *retribución y reparación a la víctima*.

En *síntesis*, el beneficio penitenciario es un derecho en cabeza del ciudadano libre, luego de su condena sigue constituyendo un *derecho*, y sólo cuando cumple determinadas condiciones el derecho se transforma en *expectativa*, pero no abandona su esencia anterior como derecho, pues sigue existiendo como derecho en los demás ciudadanos libres o no (esencia contradictoria). Esta expectativa se *realiza* como derecho si la petición es amparada, es una realización de la idea de beneficio penitenciario en cuanto derecho, es decir, es el mismo derecho del ciudadano libre, pero en un nivel superior (*realizado*), pues hace real la existencia del derecho. La *expectativa* no amparada es finalización y su retorno al derecho abstracto del ciudadano libre o no. La explicación de por qué se transforma en derecho es debido a que, en cuanto expectativa ya llevada dentro de sí la idea de derecho; idea de derecho reflejada del Sistema penal mismo que posee en su ser, por exigencia del Estado de Derecho, la necesidad de los beneficios penitenciarios.

Resumen

Condiciones para que el beneficio penitenciario se manifieste o se comprenda esencialmente como *derecho*: sujeto con situación jurídica de derecho subjetivo (cabeza libre), en marco del Sistema penal *en su conjunto* con el Estado de Derecho e incondicional. Así también, en cabeza del recluso con posibilidad de realización.

Condiciones para que el beneficio penitenciario se manifieste esencialmente como *expectativa* son: sujeto con situación jurídica de deber, en el marco de la ejecución penal y el cumplimiento de determinadas condiciones.

Se observa, por ende, una doble naturaleza o un doble nivel o aspecto del beneficio penitenciario, o mejor dicho, su complejidad, este es un *derecho* del ciudadano libre, sinalgmáticamente deber del

Estado de que el Sistema penal posea determinadas condiciones para la reorganización del sujeto; al mismo tiempo es una *expectativa*, en un ámbito delimitado de la ejecución penal, y como expectativa ha de requerir el cumplimiento de condiciones. En el marco de la ejecución, como precisión, *sólo y únicamente* se puede hablar de derecho si se hace referencia al primer nivel de comprensión del beneficio.

El beneficio penitenciario, por tanto, no es una gracia, no es un «derecho» en el sentido de la teoría tradicional al verlo *limitado* en la ejecución penal simplemente como instituto procedimental o instrumental; él ni se reduce a una expectativa ni mucho menos aun un derecho expectacicio – término que a todas luces es un contrasentido. No puede ser un «derecho» en el marco de la ejecución penal – como manifiesta mayoritariamente la doctrina española – pues el sólo cumplimiento de las condiciones para su otorgamiento no significa su concesión; si bien contestan que su naturaleza de «derecho» se encuentra en la posibilidad de apelar la denegación y posterior otorgamiento, ello es insostenible, pues la apelación es contenido de otro derecho, el de acceso a la justicia – de una resolución fundada en derecho por las posibilidades de error del juzgador, así también expresión del derecho a la doble instancia.

Tal como se expone, la doctrina sobre la naturaleza de los beneficios penitenciarios se encuentra reducida al análisis de las mismas *dentro* de la ejecución penal, *sólo en el marco de la ejecución no es posible concebir al beneficio penitenciario como derecho*. Su real dimensión y complejidad sólo se logra analizándolo *desde* el Sistema penal en su conjunto, en relación a los fines de la pena y a una sociedad concreta.

Por lo tanto, el beneficio penitenciario posee una naturaleza compleja y contradictoria, así tendrá un contenido esencialmente distinto en el marco donde se le analice, la contradicción como derecho y expectativa conjunta se verá sólo en el marco restringido de la ejecución penal.

Todas las teorías que han tratado de responder sobre la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios son erradas por su unilateralidad, al estudiarlos – como ya se dijo – en un ámbito o sector restringido del Sistema penal, es decir en la ejecución penal. En este estricto ámbito, como se ha visto, a lo más puede ser concebida como expectativa, y sólo si se ha cumplido con las condiciones que se requieren para su otorgamiento. El beneficio penitenciario ha sido reducido a una cuestión procedimental e instrumental, sin ver su real dimensión.

IV. ¿Beneficios penitenciarios y prevención especial positiva?

Contrario a lo sostenido aquí, se podría sostener que los beneficios constituyen una expresión de la prevención especial positiva, en tanto permiten la reorganización del infractor, siendo irrelevante su análisis fuera de él. Esto no puede ser así.

La pena desde mi perspectiva no cumple ningún fin resocializador, pues esto no depende de ella sino del mismo infractor, como facultad. Ese fin no le pertenece, sino al sistema de ejecución penal como *sistema progresivo*, y, con mayor razón, ya que la pena sólo es un *mal* medido en lo *necesario* por el daño causado, como medio de control social. Además, la prevención especial positiva *sólo se expresa en la ejecución de la pena*, y como ya hemos visto los beneficios penitenciarios se estudian desde fuera del Sistema penal en unidad. La pertenencia de los beneficios a la prevención especial significaría un doble retroceso: (i) imposibilita verlos como verdaderos derechos o garantías del Sistema penal y (ii) los hace disponibles por el legislador, reduciéndolos a una mera cuestión procedimental.

V. Eliminación de beneficios penitenciarios para terroristas ¿posibilidad?

Todo ciudadano libre tiene la facultad de exigir al Estado de Derecho que su Sistema penal contenga determinados *recursos* o condiciones para su reorganización personal como sujeto responsable, y, más aún, en el marco de un sistema penitenciario progresivo. Esto debe ser así, como ya se advirtió, pues todo ciudadano en tanto autónomo y autorresponsable se encuentra en la posibilidad de cometer delitos, de transgredir normas penales desde las que pueden ser leves hasta las más graves como las de *terrorismo* y otros.

Bajo lo señalado, el beneficio penitenciario es un derecho –primer nivel de complejidad–, en consecuencia, no es posible su eliminación, no es disponible por el legislador (!). Los beneficios penitenciarios no son adiciones prescindibles del Sistema penal en general y de la Ejecución penal en particular, sino un deber del Estado como sinalagma de asumir al ser humano como ser autónomo; el Estado peruano por tanto no puede suprimir su deber.

Haciendo referencia a Jakobs, en la diferenciación entre delincuente y «enemigo» (*Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, 2da ed. 2006, p. 29), este autor refiere que el *delincuente* tiene

derecho a volver a arreglárselas con la sociedad, es decir deja abierta la posibilidad de que el infractor regrese. Esta posibilidad, en nuestra opinión, ha de extenderse al «enemigo», pues como se señaló su infracción, también, interesa a la sociedad en el sentido de su reorganización. Ciertamente, esto sólo puede ser una posibilidad no vinculante del interno, pero debe existir como *posibilidad necesaria*. La pena impuesta al terrorista, al traficante de narcóticos o al violador sexual no habría de ningún modo ser reducida, pues es la pena individualizada por el juez por el daño causado a la sociedad y la víctima de agresión sexual, por ejemplo; pero no se puede descartar *a priori* la oportunidad de su reorganización, esta reducida o amplia posibilidad, en otro tipo de delitos, sustenta el derecho. En contraste a lo dicho, se puede ilustrar que en aras de la reestructuración personal, la pena impuesta al delincuente de cuello blanco no ameritaría ser reducida en absoluto, él tendría que cumplir la pena dispuesta en la condena de prisión como retribución necesaria; sin embargo, el defecto de organización, no lo excluye sino que más bien sustenta la posibilidad de acceder al beneficio penitenciario como expectativa realizable en derecho.

El Estado con la Ley 29423 del 14.10.2009 –que deroga el Dec. Leg. N° 927– al eliminar los beneficios penitenciarios para terroristas (redención de pena por trabajo y educación, semilibertad y libertad condicional), está eliminando unilateralmente su deber y, por tanto, va contra el fin del art. 1 de la Constitución, esto no debe ser. Y más que una arbitrariedad contra los sentenciados por terrorismo es una arbitrariedad contra los ciudadanos libres.

VI. El TC peruano: El beneficio penitenciario como *no derecho*.

En la STC N° 0033-2007-PI del 13 de febrero del 2009 se analizó la constitucionalidad del art. 7 de la Ley 27765 del 22.06.02 (modificada por Ley 28355 del 06.10.04 y Dec. Leg 986 del 22.07.07), así como su conexión con la Ley 26320 del 02.06.1994, en la cual se eliminan los beneficios penitenciarios para sentenciados por lavado de activos y tráfico ilícito de drogas – TID (redención de pena por trabajo y educación, libertad condicional y semilibertad)

Aquí sostiene el TC que el fin resocializador de la pena muchas veces colisiona con la obligación del Estado de proteger a la población contra amenazas a su seguridad, por lo que cabría la restricción de los beneficios (ver nm 35) y mas aún por la predominancia del fin preventivo sobre el fin especial (nm 42). En ese sentido, afirma que los

beneficios no son derechos fundamentales sino garantías del *Derecho de ejecución penal* (nm 46 y STC N° 2700-2006-PHC) – Cfr. § II y III nuestra posición contraria a la limitada observancia de los beneficios penitenciarios *sólo* en la ejecución penal– y en el nm 47 su apreciación puramente procedimental.

Con esto argumenta que la eliminación de los beneficios para los referidos delitos no vacía de contenido al fin resocializador que le adscriben a la pena, pues no se eliminan todas las medidas destinadas a este fin (ver nm 52 y 53), sino solo algunos; según lo dicho por el TC, entonces nos percatamos que aún quedan el permiso de salida y «otros beneficios», pero estos últimos no pueden ser restringidos por el principio de humanidad el cual contienen. Finalmente, estimé, concluyentemente que las restricciones estatales son razonables y acorde a su obligación congruente con la Constitución de resguardar a población de su seguridad y conservación (nm 53).

VII. Consecuencias y conclusiones: el potencial crítico de nuestra posición.

El beneficio penitenciario tiene una naturaleza compleja: es un derecho y una expectativa.

Las normas promulgadas por el gobierno en materia de terrorismo son expresión del Derecho penal del enemigo. La Ley 29423 así como la Ley 27765 es insostenible en el marco del Estado de Derecho.

Una precisión necesaria ¿Concluir que el beneficio penitenciario es un *derecho*, en un primer nivel de análisis, de todo ciudadano y que la eliminación de los mismos en general y para *terroristas* en particular va contra dicho derecho, constituye un *recalentamiento garantista* que puede afectar las bases del sistema democrático en tanto permitirá la excarcelación anticipada de los terroristas, quienes atentarán nuevamente contra el Estado? No, debido a que el peligro para que el Estado de Derecho sucumba no proviene de la peligrosidad de esta clase de delincuentes, sino de normas precisamente como estas, que fácticamente no hacen daño y que simbólicamente comunican a la sociedad tranquilidad, sino que en realidad, en el plano jurídico, constituye una derrota para la idea de Estado de Derecho y su razón de ser: el desarrollo de ser humano como persona en Derecho.

Lo que he expuesto no es ser un ultra garantista y permitir la liberación de condenados por terrorismo, lavado de activos o TID en un tiempo menor a su condena. De lo descrito, y quiero ser tajante

aquí, no se desprende, de ninguna manera, dicha conclusión, ya que la cesión del beneficio depende de una valoración y la *verdadera limitación* para su no otorgamiento está en la reparación a la víctima por el daño causado (lesión al bien jurídico) y la idea de la pena *necesaria* como retribución. Sin embargo, *del no otorgamiento del beneficio penitenciario por la valoración del juez no se deduce su prescindencia y mucho menos la posibilidad de su eliminación.*

¿Cómo se entiende las salidas anticipadas de internos en contraste con el aspecto retributivo de la pena *necesaria*? Esta contradicción se resuelve afirmando que ello no es otra cosa que la reactualización de la misma pena necesaria, es decir, que la pena de prisión no cumplida es *potencialmente innecesaria*, según el caso concreto, dicho de otro modo, *es la pena aún más concreta.*

VII. 1. Potencial crítico: A las teorías del beneficio como «gracia», o como «derecho» en el sentido tradicional y enmarcado en la ejecución penal, no le queda ningún argumento para enfrentarse con los procesos legislativos de sobre criminalización y punitivismo de la expansión del Derecho penal, en el cual se incluye el Derecho penal del enemigo, puesto como he explicado estas se reducen a una cuestión procedimental dentro de la ejecución penal, así entendido la eliminación de los beneficios es irresistible.

De modo contrario, nuestra posición desenvuelve un potencial crítico capaz de contener normas que eliminan garantías, al estudiar las instituciones en su movimiento y en todo su desarrollo, desde el comienzo hasta el final, es decir, dialécticamente.

**LA PRUEBA EN EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA
DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL
Y DE LA CIDH**

LUIS NELSON ANCCO BARRIAL*

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Asociado al Estudio Caro & Asociados; ha sido responsable del Área de Capacitaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao; Adjunto a la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad San Martín de Porres y en la Universidad Inca Gracilazo de la Vega.

1. Introducción

En los últimos años las decisiones de los tribunales peruanos en materia de violaciones a los derechos humanos, en particular en el delito de desaparición forzada de personas, se ha caracterizado por aplicar de manera recurrente los criterios que vienen siendo desarrollados por el Derecho penal internacional. Esta remisión tienen base en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que dispone que las normas relativas a los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Si bien actualmente podemos notar el avance y armonización de la normatividad interna referido a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, aún es incipiente el desarrollo en el ámbito jurisprudencial, sobre todo en los delitos de desaparición forzada de personas. Así, un aspecto que no es abordado seriamente por nuestros tribunales es el referido a la actividad probatoria desplegada para la acreditación del delito de éste delito.

La presente investigación tiene como objeto el estudio de la *prueba* en el delito de desaparición forzada de personas, ampliamente desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, con el fin de contribuir al desarrollo de criterios válidos que puedan servir para llegar al convencimiento e imputación de responsabilidades individuales en nuestra jurisdicción interna.

Con este fin, nos centraremos en determinar las reglas y *estándares* probatorios utilizados por la CIDH para llegar al convencimiento de la ocurrencia del crimen de desaparición forzada de personas. Crimen que, por cierto, encierra una especial complejidad para su acreditación, pues debe comprobarse que ocurrió dos eventos: a).- priva-

ción de la libertad de una o más persona, sea legal o ilegal; b).- falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad seguido de la no información del paradero de la persona. Antes de abordar nuestro tema, desarrollaremos algunos lineamientos establecidos por la doctrina procesal en materia de prueba que se adoptaron en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Lineamientos generales de la actividad probatoria en los crímenes de desaparición forzada de personas

El desarrollo de la doctrina procesal, concretamente del Derecho probatorio¹, ha permitido elaborar múltiples conceptos de prueba² y su relación con la *carga* (esto es, a quién le corresponde probar), *el objeto* (es decir, qué se demuestra con una prueba), *el procedimiento probatorio*³ (cómo se prueba, esto es, su procedimiento y tramitación), y *valoración o apreciación* que implica un razonamiento del juez sobre la capacidad de generarse convicción o certeza del hecho afirmado por alguna de las partes.

Todo este desarrollo doctrinario de la prueba que viene dándose en los ordenamientos internos han sido trasladados a los tribunales supranacionales, sin apartarse de los principios generales del Derecho procesal y del derecho probatorio, pero con sus reglas particulares para la admisión, actuación y valoración de las mismas, como se observa en la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para estos crímenes.

¹ El *derecho probatorio* comprende a todo el proceso de «verificación social de hechos», es decir, la prueba en sus distintas manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal. Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Editor Alberti, Buenos Aires, 1981, pp. 41 y ss.; Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *Los derechos humanos y su protección internacional*, Grijley, Lima, 2009, p. 152.

² En sentido estrictamente técnico-procesal prueba «es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir». Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. V, Editar, Buenos Aires, 1984, p. 6.

³ Actualmente se postula que el *procedimiento probatorio* comprende desde el señalamiento de los hechos que constituyen el objeto de prueba, el ofrecimiento de los medios probatorios relacionados con tales hechos debiendo cumplir con el juicio de pertinencia y conducencia para ser admitidos, la actuación de las pruebas posibilitando su contradicción de las partes, y por último la valoración o apreciación individual y conjunta de las pruebas sometidas a debate que generen certeza del hecho (*thema probandum*). Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 150.

Si bien es cierto que el derecho procesal internacional aún se encuentra en desarrollo, ya la doctrina especializada reconoce la existencia de un *derecho probatorio internacional de los derechos humanos*⁴, pese a que el Reglamento⁵ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no establece expresamente cuáles son los lineamientos orientadores en los procesos por crímenes contra la humanidad y mucho menos en materia probatoria.

No obstante, del estudio de la doctrina y jurisprudencia podemos derivar algunos lineamientos genéricos que, a nuestro entender, son relevantes para la acreditación de las alegaciones hechas por las partes en las causas referidas al crimen de desaparición forzada de personas, que señalamos a continuación:

2.1. Flexibilización

La Corte Interamericana de Derechos Humanos *flexibiliza*⁶ las exigencias en materia de prueba referidas a su actuación y valoración en los procesos de violaciones a los derechos humanos, bajo el entendimiento que en estas controversias se trata de probar la responsabilidad del Estado en un acto concreto de violación de un derecho fundamental, y no responsabilidades individuales. Pero, esto no debe llevarnos a concluir que la misión principal de la Corte consiste en declarar la responsabilidad de los Estados en materia de derecho penal *iusfundamental*, pues su función primordial no es esa, sino la protección de derechos esenciales de la persona y el establecimiento de criterios interpretativos que puedan servir de referencia a las distintas jurisdicciones internas de los Estados comprometidos⁷.

⁴ Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 151.

⁵ El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue publicado el 16 de diciembre de 1996 y entró en vigencia desde el 01 de enero de 1997.

⁶ La jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos es unánime al reconocer en materia de Derecho penal *iusfundamental* el carácter *flexible* en general de los actos procesales, pero este relajamiento de exigencias en materia probatoria no debe significar desorden en la tramitación procedimental, sino que debe ir guiada por las carencias reales de alguna de las partes para allegar sus medios de prueba que fundamentan sus afirmaciones propiciado por la característica del crimen. Ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de noviembre 1997. Caso Loayza Tamayo vs Perú, Reparaciones, párrafo 38.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, «Relaciones de Coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derecho Humanos y el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema con especial incidencia en los procesos penales», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010, p. 43.

Esta *flexibilización* opera durante el desarrollo del proceso litigioso que en materia probatoria compatibiliza el *principio preclusivo* de las etapas procedimentales y de ofrecimiento de pruebas con las dificultades alegadas por las partes para recabar los elementos de convicción que imposibilitaron su ofrecimiento oportuno a la causa, para comprobar ello solo basta ver el artículo 43° del Reglamento de la Corte.

En los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, la Corte presta mayor atención a las circunstancias del caso concreto o el contexto que rodea el hecho para admitir y actuar pruebas, pues se trata de conocer con el mayor número de elementos de convicción la ocurrencia del hecho. Así, en la sentencia del caso Blake, «[...] la Corte señala que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba y que tal incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presente los límites dados respecto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes»⁸.

Ahora bien, estos ajustes referidos a la oportunidad del ofrecimiento de pruebas y su admisión no esta exento de limitaciones, pues previa a su admisión deberán superar los juicios de pertinencia⁹ y utilidad con el *thema probandum*, esto es, deberán guardar relación con el hecho que constituye objeto del proceso, caso contrario serán descartadas por impertinentes¹⁰ o en su defecto por inútiles. Además, esta admisión excepcional de pruebas no debe generar estados de desigualdad entre las partes, para ello la Corte esta en la obligación de brindar oportunidad a que la contraparte pueda contradecirlas ejercitando su *derecho de defensa*.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de enero de 1998. Caso Blake Vs. Guatemala, Fondo, párrafo 50.

⁹ Pertinencia «es la adecuación entre hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de prueba en este. Sin embargo, como la pertinencia puede ser medita o inmediata con el tema de la prueba, en caso de duda, se puede diferir su pronunciamiento una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente.» Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 6ª Ed., Librería del Profesional, Bogotá, 1996, pp. 27 y ss.).

¹⁰ Se entiende por «pruebas impertinentes o irrelevantes son las que tienen por objeto hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o incidente y que por tanto no pueden influir en la decisión». Cfr. CARDOSO ISAZA, Jorge, *Pruebas judiciales*, Librería el Profesional, Bogotá, 1986, p. 30.

2.2. Carga de la prueba

La noción de *carga de prueba* tiene origen en el Derecho procesal civil y consiste en una regla que le crea a las partes una *autoresponsabilidad*¹¹ para que acrediten los hechos que sustentan sus pretensiones, además, le indica al juez como debe fallar cuando no aparecen probados tales hechos.

De esta noción de *carga de la prueba* se derivan dos consecuencias, a saber: el primero, implica que si el juez competente para resolver sobre un determinado hecho sometido a su decisión, observa que la parte que tenía interés en demostrar el hecho alegado no ha producido prueba, entonces el hecho se tendrá por no existente. El segundo aspecto, determina a qué parte le corresponde probar para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión ocasionaría, pues tiene el interés en que su pretensión se tenga como hecho existente¹².

Bajo este marco, en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Interamericana reconoce que la carga de probar le corresponde asumir a la parte demandante, esto es, la Comisión que es quien actúa como demandante de la violación de uno o más derechos fundamentales por parte de un gobierno, será la que asuma la responsabilidad de acreditar los hechos que fundan su demanda¹³. Sin embargo, en los crímenes de desaparición forzada de personas la Corte admite la inversión la *carga de la prueba*, puesto que, la característica fundamental en este tipo de crímenes es que luego de su ocurrencia se acompañan actos tendientes a suprimir las pruebas. Muestra de esta peculiaridad se dio en la sentencia de fondo recaída en el caso Velazquez Rodríguez vs. Honduras donde el Tribunal estableció que la defensa del Estado de Honduras no pue-

¹¹ Algunos tratadistas especializados afirman que la carga de la prueba no es una obligación ni un deber, pues no existe sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento optando por definirlo como «autoresponsabilidad». Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

¹² Cfr. JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 38.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Caso Manfredo Velázquez vs Honduras, en el párrafo 145, sostuvo «[...] dado que la Comisión es quien demanda al gobierno por la desaparición de Manfredo Velázquez a ella corresponde, en principio, la carga de la prueba de los hechos en que su demanda se funda».

de valerse de la imposibilidad del demandante para reunir pruebas del crimen, exigiéndole a éste el deber de aclarar los hechos acontecidos en su territorio¹⁴.

2.3. El derecho de defensa y el contradictorio

El *derecho de defensa* es concebido como un derecho continente, esto es, tiene varias manifestaciones de naturaleza fundamental, siendo una de las principales la del *derecho a probar* las afirmaciones hechas por las partes, contradecir o desvirtuar¹⁵ (sea con pruebas o alegaciones) los hechos afirmados por la otra parte. De allí que su vigencia y reconocimiento sea fundamental e ineludible a todo proceso de jurisdicción interna o supranacional, puesto que, sólo con el reconocimiento garantizado posibilitará el desarrollo de un proceso válido¹⁶.

Por ello, la CIDH acertadamente garantiza el derecho de defensa de las partes en el proceso y su posibilidad de contradecir las pruebas que le afecten. No obstante, la confirmación y vigencia del *derecho de defensa* en esta jurisdicción internacional no conlleva a la afirmación del carácter absoluto de esta garantía fundamental, sino que genera la necesidad de mantener la igualdad real de las partes conforme a los fines delimitados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su Reglamento.

Esto se manifiesta en los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas en la que concurren actuaciones orientadas a eliminar las evidencias y elementos que puedan generar convicción

¹⁴ La Corte estableció que «[...] la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado [...] es el Estado quien tiene los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para investigar, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el gobierno.» *Vid.* párrafos 135 y 138.

¹⁵ Esta posición viene dado por el entendimiento de la *litis* como un proceso dialéctico en el que debe dotarse a las partes iguales condiciones para la defensa de sus pretensiones, esto es, *paridad de armas*.

¹⁶ Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 19. En el mismo sentido SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Grijley, Lima, 2003, p. 120. Al respecto BINDER añade que, «la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no sólo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que «es la garantía que torna operativa a todas las demás», de allí que la garantía de la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales.» Cfr. BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 151.

del hecho¹⁷, por ello, a parte de invertirse la carga de la prueba en estos crímenes, se otorga amplios poderes discrecionales al Tribunal para llevar a cabo actuaciones orientadas a la consecución de elementos que permitan un conocimiento suficiente del hecho, sin que signifique afectación a algún derecho de las partes. Lo cual no ocurre en las jurisdicciones internas, como lo veremos a continuación.

3. Valoración individual de la prueba. Desarrollo comparativo entre la jurisprudencia interna y de la CIDH

La etapa de *apreciación*, también conocido como *valorización*, viene a ser el aspecto más delicado de todo lo que implica el procedimiento probatorio, puesto que con ello termina el análisis del tribunal sobre los medios de convicción que las partes han tramitado para demostrar la existencia y la veracidad de los hechos controvertidos. No obstante, la cuestión discutida se centró en determinar la forma y la manera en que el juez debe valorar las pruebas; para ello la ciencia procesal ofreció diversas soluciones que actualmente puede sintetizarse en tres sistemas claramente diferenciados de valoración probatoria: *el sistema de íntima convicción, el de prueba tasada y de libre convicción*¹⁸.

De ellos, el que mayor aplicación y recepción tuvo en los ordenamiento procesales es la *libre convicción* o también conocido por cierto sector de la doctrina como *sana crítica*, por ser más garantista en tanto que la ley no preestablece valor alguno de las pruebas, efectiviza la libertad de verificar un hechos con cualquier medio probatorio¹⁹, ade-

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Caso Anzualdo Castro vs Perú, fondo, párrafos 118 y 119; expresamente afirma que «En casos de desaparición forzada, la característica común a todas las etapas del hecho es la denegación de la verdad de lo ocurrido. Uno de los elementos centrales de prevención y erradicación de dicha práctica es la adopción de medidas eficaces para prevenir su ocurrencia o, en su caso, cuando se sospecha que una persona ha sido sometida a una desaparición forzada, poner fin prontamente a dicha situación. En este sentido, el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos».

¹⁸ Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue solo dos sistemas de valoración, así ver VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 478 y ss.

¹⁹ Esto obedece a la vigencia del *principio de libertad de prueba*, por el cual se entiende que, «los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por Ley.» Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo, «Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal», en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004)* del Colegio de Abogados de Lima, p. 358.

más implica la exigencia de fundamentación en la resolución emitida por el juez, esto es, que el magistrado debe expresar cuáles son las razones surgidas exclusivamente de las pruebas que le permiten llegar a la conclusión respectiva.

Ahora bien, el Reglamento de la Cortes no fija qué criterio de apreciación de pruebas tomará en cuenta para resolver las causas sometidas a su conocimiento. Ante este vacío, a través de su jurisprudencia viene afirmando de forma reiterada y coherente el sistema de *libre convicción* (sana crítica) a través del cual llega al convencimiento sobre la verdad de los hechos alegados por las partes. No obstante, sumado a dicho criterio de valoración también debe tomar en consideración el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos que es la protección de los derechos fundamentales.

En la doctrina jurisprudencia desarrollada por la Corte se aprecia que no busca exclusivamente *certeza* o *veracidad* del hecho, en sentido estricto, puede alcanzarlo pero no es *conditio sine qua non* para determinar la responsabilidad de un Estado, pues en ciertos hechos no son sufrientes las pruebas documentales, testimoniales y periciales actuadas en el proceso. Ante tales carencias usualmente recurre a los *indicios* o pruebas circunstanciales, con ello ya no se obtiene *certeza*, pero sí *veracidad* o *verosimilitud*²⁰ de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado. De manera tal que, en esta jurisdicción no cabe el concepto doctrinario de *duda razonable* (propio de jurisdicciones internas, entendido como la duda favorece al reo, *indubio pro reo*) desarrollada por la doctrina procesal que, por cierto, guarda relación íntima con el principio de presunción de inocencia²¹.

Más allá de las exigencias establecidas por este sistema de apreciación probatoria y convencimiento, la Corte determinó que en los crímenes de desaparición forzada de personas los criterios de valoración son menos formales que en otras controversias, pues en este tipo de litigio no se puede ignorar la gravedad especial que a un Estado comprometido con la Convención se le atribuya el cargo de haber ejecutado o tolerado una práctica de desapariciones.²² Esto no recibió

²⁰ Cfr. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *op. cit.*, p. 164.

²¹ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La prueba y presunción de inocencia*, Tiran lo Blanch, Madrid, 2005, p. 158.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, Fondo, párrafos 128 y 129; hace la salve-

eco en muchas de las resoluciones emitidas por los tribunales internos de nuestro país al emitir sentencias sin una adecuada valoración individual de los medios probatorios actuados como veremos a continuación.

3.1. Testimonios

Partiendo de la distinción categórica entre fuentes de prueba y medios de prueba desarrollado por la doctrina procesalista, podemos afirmar que el testigo es la fuente de prueba y su testimonio el medio de prueba que deberá ser escuchado y apreciado por el tribunal. A través del testimonio se acredita el hecho afirmado o alegado por la parte, mas no del testigo.

Por ello, acertadamente la Corte afirma que la definición *del valor probatorio* de los testimonios se efectúa al momento de dictar sentencia, es allí cuando determina su peso probatorio que tiene dicha prueba presentada y actuada ante ella. No obstante, hace la precisión que el objeto de *valorización* o *apreciación* constituyen los hechos y no los testimonios utilizados para probarlos. Así, expresamente sostiene que «*son los hechos apreciados por la Corte y no los medios utilizados para probarlos, dentro de un proceso, los que le pueden llevar a establecer si hay una violación de los derechos humanos contenidos en la Convención.*»²³

El cuestionamiento u objeción que se realice a un testigo en el curso del proceso supranacional debe girar en demostrar que lo afirmado por éste no se corresponde con la verdad. Por ello, la *desacreditación* de testigos en los contrainterrogatorios realizado por alguno de los abogados de algún Gobierno no debe fundarse en la eventual falta de objetividad del testigo por razones ideológicas, de origen o nacionalidad, o de parentesco o atribuyéndoles interés en perjudicar al demandado, incluso aquellas invocaciones de antecedentes penales, que denotarían falta de idoneidad del órgano de prueba²⁴. Estas alegaciones no

dad que «para un tribunal internacional los criterios de valoración son menos formales que en los sistemas legales internos –pues– la Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte que tenga en cuenta una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que se capaz de crear convicción de la verdad de los hechos alegados».

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de julio de 1988. Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, párrafo 143.

²⁴ No obstante, reconoce que «Algunas circunstancias pueden, ciertamente, condicionar el apego a la verdad de un testigo. El Gobierno, sin embargo, no demostró

son suficientes para desechar al testigo, solo la demostración de falsedad del dicho permitirá excluir el testimonio. Esto también se traslada a las advertencias hechas por los defensores de los Estados demandados sobre la condición de procesado o condenado del testigo en jurisdicción interna, con el afán de desacreditar o disminuir la *fiabilidad* del mismo, pues a su parecer, esto no le inhabilita para declarar en el proceso de competencia internacional, incluso si en este proceso se refiere a materias que lo afectan²⁵. En otras palabras, en la controversia internacional no se tiene en cuenta el derecho a la prohibición de *autoincriminación*.

No obstante, en nuestra jurisdicción la Sala Penal Nacional, amparándose en el criterio de *persistencia en el dicho*, absolvió a los responsables de la desaparición de Marco Barrantes Torres ocurrido el 18 de marzo de 1988 en las instalaciones del SIE en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército Peruano. En este caso, existiendo testimonio directo (testimonio de Gamonal Yaranga quien afirmó haber visto a Barrantes Torres en los calabozos de SIE previo a su desaparición) no se valoró adecuadamente la prueba, pues según los considerando de este Tribunal el testigo no era *persistente en dicho inculminatorio*, ya que en el proceso militar que se les siguió por delito de infidencia afirmo no haber visto al ciudadano Barrantes Torres en las instalaciones del SIE, mientras en todas las demás declaraciones ofrecidas a nivel policial y judicial reconoce haberlo visto detenido en dicho establecimiento. Acertadamente, la Corte Suprema declaró nulo dicha sentencia ordenando nuevo juicio, producto del cual se condenó a los implicados en tal hecho valorándose adecuadamente el testimonio directo junto a otras pruebas circunstanciales²⁶.

con hechos concretos que los testigos hubieran faltado a la verdad, sino que se limitó a hacer observaciones de carácter general sobre la supuesta falta de idoneidad o imparcialidad de los mismos, que no son suficientes para desvirtuar testimonios coincidentes y contestes en lo fundamental, por lo cual el juzgador no puede desecharlos.» Ver la sentencia de 29 de julio de 1988 del caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, párrafo 142.

²⁵ Vid. Párrafos 145, la Corte estableció que «(...) es contradictorio, dentro de la convención interamericana de derecho humanos, negar a priori, a un testigo por su condición de procesado incluso haya sido condenado en el orden interno, la posibilidad de declarar sobre hechos materia de un proceso de la Corte, incluso si en tal proceso se refiere a materias que lo afectan.»

²⁶ Resolución del 14 de febrero de 2007 emitida por la Sala Penal Nacional recaída en el expediente N° 16-2006.

En sentido similar se pronunció en el caso desaparecidos «Los Laureles Base Contra Subversiva N° 313 -Tingo María», en donde se efectuó la desaparición de Esau Cajas Julca a inicios de la década de los 90. En este caso, existiendo prueba indiciaria y el testimonio directo de Jorge Rosas Olivera que, en forma persistente, afirma haber visto detenido en la Base Militar de Tingo María a Esau Cajas Julca previos a su desaparición, la Sala Penal Nacional incorrectamente optó por ignorarlo absolviendo a los acusados del delito²⁷.

3.2. La prueba circunstancial o indirecta

En la mayoría de sentencias emitidas por la Corte observamos la utilidad y relevancia de las pruebas indirectas o circunstanciales para la acreditación de hechos alegados por la Comisión y determinación de la responsabilidad del Estado. Dentro de la categoría de prueba circunstancial encontramos a los indicios y las presunciones, muchas veces confundidos en su estructura lógica. Por ello, antes de examinar el tratamiento de los indicios ofrecido por la Corte, haremos algunas precisiones sobre este medio de prueba indirecta.

Por *indicio* debemos entender a todo hecho conocido del cual se infiere otro desconocido, pues indicio puede ser un hecho o suceso. Su enunciación viene dado por un hecho conocido o indicador, un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar y, una inferencia lógica, por medio del cual, partiendo del hecho conocido, se logre con certeza o probabilidad, deducir el hecho que pretendíamos conocer.²⁸ Los *indicios* se diferencian con las *presunciones* en que, mientras la presunción va de lo conocido a lo desconocido en virtud al principio de identidad (identidad de hecho conocido y desconocido), el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad²⁹.

²⁷ Resolución tomado de: VARGAS VALDIVIA, Luis, «Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia la prueba indiciaria», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010, pp. 217 y ss.

²⁸ Cfr. PARRA QUIJANO, Jairo, *op. cit.*, p. 379, luego de definir lo que es un indicio distingue entre indicios *necesarios* como aquel que de manera inequívoca e infalible demuestran la existencia o inexistencia del hecho investigado e, indicios *contingentes* que se da cuando el efecto derivado del hecho indicador puede tener varias causas probables.

²⁹ Cfr. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *La prueba en el proceso penal*, Porrúa, México, 1990, p. 880.

Para su *eficacia probatoria*, nuestra Corte Suprema fijando criterio vinculante, requiere: «1.- certeza del hecho indicador que determine el carácter concluyente de la inferencia, 2.- deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de singular fuerza acreditativa, 3.- concomitantes o concurrentes al hecho que se pretende probar, y 4.- deben estar interrelacionados, cuando son varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia»³⁰.

Bajo estas circunstancias la Corte admite, actúa y aprecia las pruebas indiciarias así como las presunciones en los crímenes de desaparición forzada de personas considerando como hechos indicativos para determinar la responsabilidad de los Estados en la comisión de estos crímenes, a los siguientes eventos: 1.- la existencia de una práctica gubernamental de desaparición de personas, 2.- vinculación de la desaparición de la víctima con dicho evento, sumado a la imposibilidad del Estado por demostrar lo contrario. En caso de comprobarse estos eventos estaríamos ante la *probable* responsabilidad Estatal en un crimen de lesa humanidad³¹; sin embargo, la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de otras pruebas, aún sea circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de tales prácticas³².

³⁰ Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N° 1912-2005/Piura. Mediante acuerdo plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema, se declaró que el fundamento 4to. de dicha ejecutoria tenga carácter vinculante. En similar sentido, Cfr. LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ejea, Buenos Aires, 1963. pp. 161 y ss.; PABON GÓMEZ, Germán, *Lógica del indicio en materia Criminal*, Themis, Bogotá, 1995, pp. 153 y ss.

³¹ En la sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, fondo, párrafo 124, la Corte reconoce que «la prueba indiciaria o presuntiva resulta de vital importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima -puesto que- una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el gobierno tiene como verdadero propósito el encubrimiento y destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma, lo cual sería posible su acreditación mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencia lógicas pertinentes(...) -esto siempre y cuando- se pueda demostrar que existió una práctica gubernamental de desapariciones en Honduras llevada a cabo por el gobierno o al menos tolerada por él, y si la desaparición de Manfredo Velásquez se puede vincular con ella, solo así se probaría la denuncia hecha por la Comisión». En reciente jurisprudencia reitera la importancia de las pruebas indiciarias en estos crímenes que «se caracterizan por procurar desaparecer todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima». En el mismo sentido la Corte se pronuncia en la sentencia de 22 de setiembre de 2009, caso Anzualdo Castro vs. Perú, párrafo 38.

³² Con dicho argumento excluyó la responsabilidad del Estado de Honduras en la sentencia de 15 de marzo de 1989, caso Fairen Garbi y Solís Corrales, párrafo 157.

En jurisdicción interna nuestra Sala Penal Nacional, en su primer pronunciamiento sobre el delito de desaparición forzada cometido contra el ciudadano Ernesto Castillo Páez describió una serie de indicios que constituyen pautas, al tiempo, exigencias probatorias para la determinación e imputación de responsabilidades individuales en este delitos, a saber: a).- la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo el control con autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que su forma sea; b).- Si los funcionarios no dieron información oportuna a los familiares respecto al paradero de la víctima o simplemente negaron la privación de la libertad de la víctima; c).- Si se negó información sobre el paradero de la víctima; d).- si existió renuencia del Estado par sancionar a los presuntos responsables del delito y si hubo una política de encubrimiento. La comprobación de tales indicios, sumado a los testimonios y documentos actuados en juicio determinaron la responsabilidad de Juan Carlos Mejía León, Juan Fernando Aragón Guibovich, entre otros³³.

Otro interesante pronunciamiento de este Tribunal, a efectos de valorar la importancia del Derecho internacional en el Derecho interno, se dio en el caso *Chuschi* en la condenaron a dos de los acusados por el delito de desaparición forzada. Los hechos sucedieron el 14 de marzo de 1991, cuando una patrulla del Ejército del cuartel militar de Pampa Cangallo conformada por aproximadamente 25 soldados, ingresó a la localidad de Chuschi, provincia de Cangallo, Ayacucho. Una vez ahí, allanaron los domicilios de la localidad buscando a las autoridades civiles y comunales. Tras detenerlas las trasladaron al cuartel militar de Pampa Cangallo. Desde entonces no se tuvo mayor conocimiento del paradero de las víctimas³⁴.

No obstante, esta misma Sala no mantuvo este criterio en todos sus pronunciamientos. Pues, en la desaparición de Marco Barrantes Torres efectuado por personal de SIE en el año 1988 en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército Peruano. En este caso habiendo prueba directa e indicios concurrentes (tales como: 1.- hallazgo de la libreta personal de Marco Barrantes que se incorporó al proceso militar; 2.- concurrencia de un agente del SIE a la casa de los familiares llevando

³³ Resolución de 20 de marzo de 2006 emitida por Sala Penal Nacional condenando por la desaparición forzada de Ernesto Castillo Paez, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de noviembre de 1997.

³⁴ Resolución de 5 de febrero de 2007, emitido por la Sala Penal Nacional en el expediente N° 105-2004.

una carta escrita por Marco Barrantes posterior a su desaparición; 3.- Operativo ordenado desde las altas esferas del Ejército para detener a todos los implicados en el delito de infidencia o venta de información clasificada, entre otros), la Sala absolvió por insuficiencia probatoria a todos los implicados pues consideró que los indicios no eran suficientes para enervar la presunción de inocencia³⁵. Esto motivó que el Tribunal Supremo³⁶ correctamente declare la nulidad ordenando un nuevo juicio, el cual concluyó recientemente condenando a los responsables de la desaparición forzada de Marco Barrantes Torres.

3.3. Eficacia probatoria del Informe Final de la Comisión de Verdad y Reconciliación

Un tema peculiar que se ha venido suscitando en la práctica judicial es el referido a los *informes finales* emitidos por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, creado mediante Decreto Supremo y conformado por especialistas cuyo encargo fue esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado. La designación mediante Decreto Supremo convierte a sus miembros en *funcionarios públicos*, que debían dar cumplimiento del encargo dentro de los parámetros establecidos por la norma, solo con el cumplimiento en la forma establecida por la norma se da validez al documento. Por ello, la validez no puede ser cuestionada, en tanto dichos funcionarios actuaron por encargo y dentro de los lineamientos precisados por la norma.

Este parecer, es sostenido por la Sala Penal Especial que condenó al ex Presidente Alberto Fujimori, pues reconoció su validez probatoria al ser documento público correctamente emitido. Precizando además, que su invalidez solo puede establecerse cuando los comisionados hayan sido cesados en el cargo, o cuando el contenido haya sido adulterado, lo cual no ocurrió en dicho *informe*³⁷.

³⁵ Resolución de 14 de febrero de 2007, emitida por la Sala Penal Nacional en el expediente N° 16-2006

³⁶ Ejecutoria Suprema emitida por la Primera Sala Pena Transitoria de la Corte Suprema en el R.N. N° 1839-2007.

³⁷ Resolución de 07 de abril de 2009 emitida por la Sala Penal Especial. Tomado de: VARGAS VALDIVIA, Luis, «Algunos apuntes sobre prueba en el proceso penal», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010. p. 117.

Habiendo establecido la naturaleza documental de dichos *informes*, ahora debemos responder ¿Cuál es su grado de eficacia acreditativa? Desde un punto de vista probatorio el informe de la CVR, no sirve para acreditar responsabilidad directa de los funcionarios Estatales, sino que es un medio de prueba que permite contextualizar hechos ocurridos en la década de los 80 y 90 en nuestro país. Esto es, no es indicativo de responsabilidades individuales similar a la una prueba indiciaria³⁸, sino que es una prueba circunstancial que permite al juez situarse en un momento histórico, para entender la situación del país al momento de la comisión del delito. El *informe* es un medio de prueba que nos permite contextualizar los hechos, ubicar los objetos de prueba en un momento histórico y establecer cuál era la política imperante en el Perú. La determinación de supuestas responsabilidades consignadas en dicho informe solo llega al grado de sospecha, ni siquiera permiten alcanzar probabilidad de la participación individual en un evento delictivo.³⁹

Por ello, la CIDH en sus sentencias referidas a los casos de Cantuta y Barrios Altos, pese al allanamiento del Estado en dichas causas, no le reconoce como prueba plena determinante de la responsabilidad del gobierno de la violación de derechos fundamentales, sino que lo aprecia para determinar el contexto vivido durante un determinado momento histórico en nuestro país. Al igual, en caso Anzualdo Castro, la Corte utiliza el informe de la CVR para acreditar que en nuestro país existió⁴⁰.

4. Conclusiones y recomendaciones

En la actualidad, la doctrina nacional e internacional entiende que todo sistema procesal es un *medio para realizar la justicia material en el caso concreto*, la misma que no puede ser sacrificada por formalidades establecidas en normas adjetivas y mucho menos aras de la impunidad delictiva atentatoria contra los Derechos Humanos.

Con esta concepción buscamos dotar de contenido material a los sistemas procesales, fijándose reglas claras que no solamente buscan el cumplimiento de trámites, sino garantizar eficaz y eficientemente

³⁸ Algunos le dan valor indiciario al informe, confundiendo con pruebas circunstanciales. Cfr. VARGAS VALDIVIA, Luis, *op. cit.*, p. 117.

³⁹ Cfr. VARGAS VALDIVIA, Luis, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Caso Anzualdo Castro vs Perú, Fondo, párrafos 46.

derechos fundamentales de los sujetos procesales en toda instancia y actividad procedimental lográndose optimizar sus derechos y garantías. Esto debe reflejarse en las decisiones de nuestros tribunales, sobre todo en materia de violaciones a los derechos fundamentales, como es el caso de los delitos de desaparición forzada.

Si bien actualmente podemos notar el avance y armonización de la normatividad interna referido a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, aún es incipiente el desarrollo en el ámbito jurisprudencial, sobre todo en los delitos de desaparición forzada que se manifiesta en los delitos de desaparición forzada de personas y su prueba en el proceso penal

Por ello, recomendamos asumir algunos criterios desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del derecho probatorio, los que permitirán desarrollar criterios válidos para llegar al convencimiento e imputación de responsabilidades individuales en nuestra jurisdicción interna; pues, este delito encierra una especial complejidad para su acreditación, pues debe comprobarse que ocurrió dos eventos: a).- privación de la libertad de una o más persona, sea legal o ilegal; b).- falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad seguido de la no información del paradero de la persona.

Bibliografía

BOVINO, Alberto, «El debate», en *El nuevo Código procesal penal de la nación. Análisis crítico*, Julio B.J. MAYER (Comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CARDOSO ISAZA, Jorge, *Pruebas judiciales*, Librería El Profesional, Bogota, 1986, p. 30.

CARROCCA PÉREZ, Alex, *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998.

Cfr. BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Editor Alberti, Buenos Aires, 1981, t. I.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Tratado de Derecho procesal penal*, Editar, t. V, Buenos Aires, 1984.

Díaz de León, Marco Antonio, *La prueba en el proceso penal*, Porrúa, México, 1990.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, *La prueba y presunción de inocencia*, Tiran lo Blanch, Madrid.

FÍX ZAMUDIO, Héctor, *Los derechos humanos y su protección internacional*, Grijley, Lima, 2009.

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ejea, Buenos Aires, 1963.

PABON GÓMEZ, Germán, *Lógica del indicio en materia criminal*, Themis, Bogotá, 1995.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 6ª Ed., Librería del Profesional, Bogotá, 1996.

RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, «Relaciones de Coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema con especial incidencia en los procesos penales», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, Grijley, Lima, 2003,

SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho procesal civil*, trac. Santiago Sentís de Melendo, Buenos Aires, 1971.

TALAVERA ELGUERA, Pablo, «Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal», en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004) del Colegio de Abogados de Lima*.

VARGAS VALDIVIA, Luis, «Algunos apuntes sobre prueba en el proceso penal», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010.

VARGAS VALDIVIA, Luis, «Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia la prueba indiciaria», en *Judicialización de violaciones de Derechos Humanos, aportes sustantivos y procesales*, Víctor Manuel QUINTEROS (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

Las Ponencias Estudiantiles del VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, realizado en la ciudad de Huacho, se terminó de diagramar en la ciudad de Lima en noviembre de 2010.