

**SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LA DOGMÁTICA SUSTANTIVA Y EL PROCESO PENAL.**  
*El caso de la conclusión anticipada del debate oral*

**Daniel Osarim Huamán Castellares\***

**Sumario:** I. Preliminares. II. Las relaciones entre la dogmática y el proceso penal, en el marco de un sistema penal funcional integrado. 1. El sistema penal funcional. a. La normativización del sistema penal. b. El objeto de protección del sistema penal. c. La función de la pena. 2. Breve referencia a las bases constitucionales del sistema penal funcional. 3. La integración del sistema penal. a. Integración vertical. b. Integración horizontal. III. La conclusión anticipada del debate oral. 1. Regulación dentro del ordenamiento jurídico peruano. 2. Fundamentación constitucional de su legitimidad 3. Problemas de sistematicidad de la norma. IV. Conclusiones.

## **I. PRELIMINARES**

El 6 de junio de 2006 la Segunda Sala Penal Anticorrupción, por mayoría, dictó una sentencia anticipada en contra de Vladimiro MONTESINOS TORRES, en la cual lo condena a 9 años de pena privativa de libertad, por la comisión del delito de conspiración para rebelión, prosiguiendo el proceso penal con los acusados no conformados<sup>1</sup>. La sentencia se dictó en el marco del juicio oral seguido en su contra, así como de Carlos BOLOÑA BEHR, Fernando DIANDERAS OTTONE, José VILLANUEVA BELLO, Elesván BELLO VÁSQUEZ y Lorenzo IBÁRCENA AMICO, por la supuesta comisión de los delitos de conspiración para rebelión y asociación ilícita para delinquir<sup>2</sup>.

El suceso fue resuelto de manera claramente legal, dado que los Magistrados actuaron conforme a lo prescrito en la Ley N° 28122 para el caso de la conformidad del procesado con la acusación<sup>3</sup>. No obstante, como demostraremos en el presente trabajo, dicha decisión trajo consigo una afectación intensa al derecho a un juez imparcial de los procesados no conformados, cuyo origen radica en el tipo de imputación realizada en su contra.

---

\* Investigador del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Friburgo.

<sup>1</sup> *Vid.* Sentencia de la 2da Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 26 – 03, de fecha 6 de junio de 2006, caso “conspiración”. Asimismo, resulta de gran interés ver el voto singular del Magistrado BROUSSET SALAS, quien apartándose de la decisión mayoritaria considera improcedente la conformación del procesado Montesinos Torres.

<sup>2</sup> La imputación en contra de los procesados fue el haberse reunido en diversas ocasiones para planear la realización de un golpe de Estado en contra de Alberto FUJIMORI FUJIMORI, entonces Presidente de la República del Perú. El golpe, de haberse producido, habría sido apoyado por los presentes en su condición de cúpula de las Fuerzas Armadas y Policiales, teniendo como objeto colocar a Carlos BOLOÑA BEHR como nuevo Presidente de la República, y posteriormente, ante el desistimiento de él, a José VILLANUEVA RUESTA.

<sup>3</sup> En la época de los hechos, la conclusión anticipada del debate oral no se encontraba prevista expresamente en el Código de procedimientos penales, sino en la Ley N° 28122. Para un mayor detalle sobre el punto, véase: SAN MARTÍN CASTRO, César, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 92, Lima, 2006, pp. 215 – 232. Actualmente, la institución se encuentra regulada en el Código procesal penal de 2004 (art. 372), de manera muy similar a como se encontraba en la mencionada Ley.

Un análisis dogmático del acto procesal nos hubiera demostrado que no era posible aceptar la conformidad del acusado en el caso antes descrito, toda vez que se trataba de un delito plural, específicamente de un delito de convergencia, siendo especialmente relevante que este tipo de delitos requieran para poder configurarse de una comunidad delictiva<sup>4</sup>. Cuando nos hallamos frente a una comunidad delictiva, la misma requiere que al menos dos personas intervengan conjuntamente en la realización del hecho delictivo. Por ello, la emisión de una sentencia anticipada sobre un delito plural, necesariamente implica que el magistrado que la emite asume la existencia de una comunidad delictiva, y que por lo tanto una persona además del sentenciado ha cometido el ilícito, pues en caso contrario no podría configurarse el tipo penal. En términos más gráficos, si la acusación fuera por un delito de asociación ilícita para delinquir, y una persona se acoge a la misma, forzosamente el magistrado ha de asumir que la agrupación ilícita existe, y que alguien además del sentenciado la conforma.

Ahora bien, analizando los efectos procesales de esta decisión, como antes lo hemos señalado, se afecta el derecho a un juez imparcial, toda vez que el Magistrado quiebra su inicial neutralidad con los no conformados, porque inicia el juicio oral con un prejuicio: la existencia de una comunidad delictiva. Por ende, será muy poco probable, aunque claro está tampoco es imposible, que el acusado no conformado pueda rebatir la existencia de esta comunidad, teniendo que limitar sus argumentos a demostrar que él no pertenecía a la misma. A esta conclusión arribamos si es que tomamos en consideración que la emisión de una sentencia implica para el Magistrado una toma de postura sobre los hechos materia de acusación, dado que para la emisión de una sentencia presupone la aceptación de la realización histórica de unos determinados sucesos que son los que precisamente se habrían de debatir<sup>5</sup>.

Problemas como el antes mencionado, son originados por una interpretación de la institución jurídica procesal, sin una referencia concreta a su contraparte dogmática sustantiva, y viceversa, interpretaciones dogmáticas sustantivas sin tener en cuenta sus efectos procesales, son más frecuentes de lo que uno pensaría<sup>6</sup>, dándose en distintos ámbitos del sistema penal y sancionatorio, como es el caso del *non bis in idem*, las medidas provisionales de carácter tuitivo – coercitivo, la determinación alternativa de la acusación, el análisis de la procedencia de la flagrancia, entre otras. Ello tiene su explicación en la visión actual de los operadores del sistema jurídico, que realizan una escisión entre el estudio de la dogmática sustantiva (entendida como la parte general y especial) y el proceso penal, de manera tal que parecíamos estar estudiando a dos materias que operan con lógicas relativamente distintas, y no como subsistemas integrados dentro del sistema penal, y como tal supeditados y ordenados a los principios y criterios que orientan a este sistema<sup>7</sup>. De esta

---

<sup>4</sup> Un desarrollo sobre el concepto de comunidad delictiva en términos normativistas puede hallarse en: LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, pp. 95 y ss.)

<sup>5</sup> Sobre la sentencia como proceso de reconstrucción fáctico-jurídico: Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, tomo I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, pp. 731 y 732.

<sup>6</sup> En un sentido general, describiendo el problema: LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto y Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 117.

<sup>7</sup> Ciertamente, esta tendencia secesionista tiene su origen en la enseñanza que tradicionalmente se imparte del Derecho penal en las Facultades de Derecho, sobretudoo en el ámbito continental, donde la alta especialización hace que los dogmáticos sustantivos y los procesalistas se dediquen solamente a las instituciones de su rama. Claro está, que siempre hay honrosas excepciones que alteran la premisa antes mencionada, como el caso de Claus ROXIN, Michael PAWLIK, o en Latinoamérica Eduardo MONTEALEGRE LYNETT y Jorge PERDOMO TORRES, quienes entre sus trabajos más célebres tienen obras tanto dogmáticas sustantivas como materiales, tratadas desde esta perspectiva sistémica.

forma ha sido entendido recientemente por un sector de la doctrina penal, fundamentalmente por dogmáticos sustantivos<sup>8</sup>, quienes apuestan por una integración entre ambos sistemas. No obstante, estas innovadoras propuestas académicas – en su mayoría – intentan realizar una traslación de criterios propios de la dogmática hacia el proceso penal, siendo dicho proceso de absorción lo que las ha caracterizado<sup>9</sup>. Si bien, estas propuestas parten de reconocer la irreal escisión entre la dogmática sustantiva y el proceso penal, no se caracterizan por proponer necesariamente una integración total del sistema penal que proponga criterios de interpretación que trasciendan a los subsistemas, sino que por su aparente subordinación a la dogmática sustantiva, los criterios propuestos tienen como objeto fundamental el facilitar la probanza de ciertas instituciones sustantivas al interior del proceso penal<sup>10</sup>.

A nuestro entender, la dogmática sustantiva y el proceso penal no son subsistemas aislados, sino que ambos a su vez responden al sistema que los alberga: el sistema penal. Por ello, no es posible considerar que uno tenga una preeminencia sobre el otro, sino que ambos tienen un valor equivalente. No nos encontramos frente a islas cuya comunicación directa no es posible, sino que nos hallamos frente a piezas de un reloj que para funcionar bien deben estar del todo sincronizadas. Es en este contexto se ubica el presente trabajo de investigación, el cual tiene como objeto principal el dar una aproximación distinta de lo que consideramos es el *sistema penal integral*. Partimos de una óptica funcionalista sistémica de raigambre exclusivamente luhmaniana, para sustentar este proceso de integración de subsistemas. Nuestra propuesta para el *sistema penal integral* parte de los fines generales del sistema penal, los cuales han de irradiar a todos los subsistemas. Es preciso advertir que si bien estos fines tradicionalmente han venido siendo abarcados por la dogmática sustantiva en las primeras enseñanzas de la parte general, no son propiamente partes exclusivas de la dogmática sustantiva. Todo lo contrario forman parte de una nueva categoría de estudio: el estudio autorreferencial del sistema penal. Asimismo, dicho sistema precisa como paso previo de una fundamentación que se derive de la norma básica de nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución Política del Estado, pues no se debe olvidar que a su vez el sistema penal es un subsistema del ordenamiento jurídico en general, cuyo punto de partida es la Ley Fundamental. Son los postulados que se encuentran en ella quienes le van a dar legitimidad y/o validez tanto al sistema penal como a las instituciones que lo conforman, razón por la cual es preciso partir de ellos para definir los contornos del sistema a estudiar.

La importancia práctica de la presente investigación ya ha sido puesta en relieve en los párrafos anteriores. Pese a estar tentados de realizar un estudio abstracto consideramos como sumamente necesario demostrar que los postulados que propondremos en la presente investigación tienen una aplicación práctica en instituciones concretas. Por su efecto gráfico y gran relevancia práctica para los fines simplificadores del nuevo modelo procesal<sup>11</sup>, hemos optado por el desarrollo de la conclusión anticipada del proceso penal,

---

<sup>8</sup> En ese sentido tenemos el trabajo de WOLLTER, Jürgen y FREUND, George, *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, trad. Guillermo Bellonch Petit, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, donde se pretende realizar un acercamiento entre ambas ramas del sistema penal, aunque con una preeminencia de la dogmática sustantiva en el proceso penal.

<sup>9</sup> Un claro ejemplo de propuesta de absorción de la dogmática puede verse en: RAGUES I VALLES, Ramón, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada”. En: *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2004, pp. 129 – 163.

<sup>10</sup> *Vid* RAGUES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

<sup>11</sup> *Vid*. PASARÁ, Luis, “La cohesión social y el Ministerio Público en América Latina”. En: *Derecho PUCP*, N° 62, Lima, 2009, pp. 45 y ss.

como la institución donde pondremos en práctica todo el aparato teórico que hemos de desarrollar, siendo que en ella podremos apreciar la necesidad de un razonamiento que integre el plano dogmático sustantivo y el procesal, a efectos de adoptar una decisión.

Por razones metodológicas hemos dividido nuestra investigación en dos grandes partes. La primera trata sobre el marco teórico en el que se desenvuelven las relaciones existentes en el sistema penal funcional, específicamente entre la dogmática sustantiva y el proceso penal. Para ello, nos hemos de dedicar al *sistema penal integral* propiamente dicho, partiendo de la hipótesis de que la separación entre la dogmática sustantiva y el proceso penal es irreal, pues en realidad son partes integrantes de un mismo sistema. Valor especial tendrá la referencia a tres puntos vitales: la tendencia hacia la normativización de las instituciones, la determinación del objeto de protección del sistema penal, y la determinación de la función de la pena. Asimismo, sobre la base de una clara y precisa determinación de las bases funcionales del sistema, hemos de proceder a determinar las relaciones que se dan entre sus subsistemas, tanto a nivel vertical (hecha sobre la base de criterios intersistémicos) como horizontal (fundamentada en criterios intrasistémicos).

La segunda parte de la presente investigación se ha de dedicar al desarrollo de institución materia de análisis en el presente trabajo: la conclusión anticipada del debate oral. Para ello, abordaremos su tratamiento en el ámbito del sistema procesal penal establecido en el Código procesal penal de 2004. Seguidamente, como muestra de la integración vertical, hemos de verificar su constitucionalidad, y, a efectos de graficar la integración horizontal, nos centraremos en ver su relación con el subsistema dogmático, específicamente en el caso de los delitos plurales.

## II. LAS RELACIONES ENTRE LA DOGMÁTICA Y EL PROCESO PENAL, EN EL MARCO DE UN SISTEMA PENAL FUNCIONAL INTEGRADO

### 1. El sistema penal funcional

La creación de un sistema penal funcional en los términos que hemos de desarrollar se debe fundamentalmente al aporte de tres grandes pensadores: Georg Wilhelm HEGEL<sup>12</sup>, Niklas LUHMANN<sup>13</sup>, y Günther JAKOBS<sup>14</sup>. Es gracias a sus creaciones y a los posteriores aportes de sus discípulos como Heiko LESCH, Michael PAWLIK, o Gunther TEUBNER, que el funcionalismo sistémico como corriente dogmática de explicación del Derecho penal ha adquirido una relevancia fundamental dentro del ámbito continental, especialmente

---

<sup>12</sup>Básicamente: HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. , Carlos Diaz, Libertarias, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>13</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª ed., trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana de México, México, 2004.

<sup>14</sup> Fundamental para entender sus postulados: JAKOBS, Günther, *Norm, Person und Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2008, Asimismo, en español puede consultarse: JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sanchez, Civitas, Madrid, 1996, cabe señalar que el mismo no es una traducción del texto citado en primer lugar. Asimismo, para una magnífica y sumamente clara introducción a los postulados de la escuela funcionalista véase: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Una introducción a la obra de Günther Jakobs”. En IDEM (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp 21-36.

latinoamericano<sup>15</sup>, tanto a nivel de propagación de sus postulados, como su recepción en la jurisprudencia<sup>16</sup>.

La corriente funcionalista sistémica se denomina de tal forma porque pretende explicar el Derecho penal desde la función que el mismo cumple como sistema jurídico en la sociedad que se inserta<sup>17</sup>. La corriente a su vez es denominada sistémica, pues su análisis fundamentalmente se realiza sobre los postulados de la teoría de los sistemas de LUHMANN. Como nota esencial del funcionalismo sistémico tenemos la premisa de no acudir a criterios que no hayan sido originados por el sistema mismo con el objeto de legitimar y desarrollar una determinada institución. Para definir los rasgos generales de esta corriente hemos dividido su análisis en los tres grandes tópicos que lo definen: la tendencia a la normativización; la redefinición del objeto de protección; y una nueva visión de la función de la pena.

#### a. *La normativización del sistema penal*

Para entender el proceso de normativización hay que entender los aspectos previos a él. Con ello hacemos referencia a la tendencia que un determinado sector de la doctrina ha convenido denominar como naturalista<sup>18</sup>. Según el naturalismo, el sistema jurídico es un fenómeno que es susceptible de ser analizado bajo las reglas propias de las leyes físicas<sup>19</sup>. A partir de este postulado, en un determinado periodo del desarrollo dogmático penal, se dio una especial relevancia a estos aspectos individuales propios de cada sujeto para la realización de la creación de estructuras dogmáticas, e incluso ciertas características físicas individuales fueron tomadas como objeto de estudio por parte de la ciencia penal<sup>20</sup>.

En el plano estrictamente dogmático sustantivo, los postulados naturalistas tienen en Franz VON LISZT y su teoría causalista como máximos referentes iniciales. El causalismo jurídico penal toma para sí la idea de causalidad externa y adopta sus postulados a ella, haciendo que las instituciones del sistema penal se determinan de manera similar a lo sucedido en el mundo empírico. De esa forma, la comisión de un delito no era otra cosa que la alteración externa del mundo físico, Así, el punto de partida de todo el sistema no era una referencia a sí mismo, sino a criterios externos, incluso fuera del sistema jurídico mismo.

---

<sup>15</sup> La importancia se puede evidenciar en el incremento sustancial de dogmáticos que comparten los postulados funcionalistas sistémicos, entre los cuales destacan en Colombia Eduardo MONTEALEGRE, LYNETT Jorge PERDOMO TORRES, Yesid REYES ALVARADO, y Nathalia BAUTISTA PIZARRO; en Argentina Marcelo SANCINETTI, Omar PALERMO, y Guillermo ORCE; en Chile Alex VAN WEEZEL, José Ignacio PIÑA ROCHEFORT; y en Perú José CARO JOHN, Julio MAZUELOS COELLO, y Percy GARCÍA CAVERO. Todos ellos, pertenecientes a la denominada Escuela Latina de Bonn.

<sup>16</sup> *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, “Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 135 – 169.

<sup>17</sup> *Vid.* MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge, *Funcionalismo y normativismo penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 7 – 8.

<sup>18</sup> *Cfr.* LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Javier Sánchez – Vera, *cit.*, pp. 16 – 27.

<sup>19</sup> *Cfr.* VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig, 1919, § 28.

<sup>20</sup> En ese sentido, podemos encontrar a la escuela criminológica clásica que consideraba que el sistema penal debía avocarse al estudio del delincuente, especialmente a ciertas características antropomórficas y biológicas del individuo, propugnada especialmente por autores como Cesare LOMBROSO, Rafael GAROFALO, y Enrico FERRI. *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 72 y ss.

Visto con un ejemplo real de la jurisprudencia alemana de esa época<sup>21</sup>, si una persona repartía vinos a un burdel, entonces dicha conducta era considerada como una colaboración al delito de proxenetismo, en la medida de que gracias al vino el número de clientes del burdel se incrementaba. En el mismo sentido de aquella resolución, si una persona que se desempeña como médico auxilia a una persona que sabe que es un terrorista, entonces esa persona sería condenada como autora del delito de colaboración al terrorismo, pues el acto médico que practica es un acto que favorece que el terrorista se recupere y pueda continuar con sus actividades subversivas<sup>22</sup>. En ambos casos, la solución depende de criterios fenomenológicos y no normativos, porque la valoración realizada no toma como referencia directa al ordenamiento jurídico, sino al sistema físico donde bastaba para acreditar que una causa produzca un resultado para que la tipicidad objetiva sea realizada.

Esta forma de entender al sistema penal, sobre la base de criterios naturales y ontológicos, es el punto central de discrepancia de la corriente normativista. Según esta corriente dogmática jurídica, el sistema penal no debe basar la creación y la concreción de sus instituciones en factores extrajurídicos, sino que los únicos procesos a tener en cuenta son los que se adecuan a las reglas y principios propios del sistema jurídico. Para el normativismo, la referencia a características particulares y externas deben de ser obviadas, a menos que las mismas sean expresadas en una norma, con lo que pasan a formar parte del sistema y ser un criterio válido a tomar en cuenta. El planteamiento antes descrito tiene su máxima expresión en la idea del rol y de la posición de garante que de él emana<sup>23</sup>. Visto con el ejemplo antes mencionado, actualmente el repartidor de vinos no tendría ninguna responsabilidad jurídico – penal por el hecho imputado, pues su actuación se encuentra dentro de los parámetros de su rol, no existiendo norma jurídica alguna que extienda su posición de garante y lo obligue a adoptar una conducta destinada a evitar de surtir al burdel de vino.

Como vemos, entre el naturalismo y el normativismo existe una diferencia absolutamente sustancial, la cual radica en el origen de los postulados que cada una propugna, y las consecuencias que de ellos se derivan. El primero se construye sobre la base de una constatación de la realidad y del funcionamiento empírico de la misma, esto es el *ser*. El segundo basa su construcción no en lo que sucede, sino en lo que la sociedad desea que suceda, expresando dicha voluntad en una norma, esto es el *deber ser*. En términos de la teoría de los sistemas, el planteamiento de una opción normativista implica considerar que el sistema jurídico es un sistema social diferenciado que maneja un código de comunicación propio, según el cual determina si la comunicación que recibe pertenece al sistema o al

---

<sup>21</sup> Nos referimos al caso del burdel: RGSt 39, pp. 44 y ss. (Sentencia del Tribunal del Imperio, de 14 de junio de 1906).

<sup>22</sup> El caso antes descrito es un caso de la jurisprudencia nacional y ha merecido un pronunciamiento de la Corte Suprema de la República (Ej. Supr., R.N. N° 1062-2004, Sala Penal Permanente). Es conocido como el caso del médico terrorista.

<sup>23</sup> El rol es entendido como el haz de derechos y deberes del cual un sujeto es portador en un contexto jurídico concreto. Existe un rol básico que es el rol de ciudadano y sobre la base del mismo existe múltiples roles especiales, tantos como interacciones hay al interior de una sociedad (padre, taxista, policía, etc.). *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, *Das erlaubte Kausieren verbotenen Taten - Regressverbot*, Nomos, St. Gallen, 2007, pp. 82 y ss. Asimismo, desde una perspectiva Luhmaniana: PIÑA ROCHEFORT, José Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 39 – 60.

entorno (todo aquello que se encuentre fuera del sistema)<sup>24</sup>. De esta forma, la interpretación de las instituciones y su proceso de creación, salvo que el sistema mismo lo haya permitido (*Vgr.* La ponderación, el principio de oportunidad, la sentencia anticipada, entre otros), sólo ha de realizarse teniendo en consideración criterios exclusivamente jurídicos<sup>25</sup>.

El normativismo tiene una gran acogida en el mundo moderno, toda vez que el mismo presupone la necesidad de crear estructuras comunicativas supraindividuales, que sirvan de referente para posibilitar la interacción social en todos los planos: las expectativas normativas.

#### *b. El objeto de protección del sistema penal*

La determinación del objeto de protección del sistema penal se encuentra en estricta relación con la interpretación que se de al mismo, naturalista o normativista, así como ciertamente a la teoría de la pena.

En una teoría naturalista del sistema penal el objeto de protección del mismo es la protección de bienes jurídicos, entendiendo por bienes jurídicos no al concepto actual que podría asemejarse al concepto normativo de un bien jurídico, sino considerándolos como unos elementos preexistentes al Derecho penal y al Derecho incluso, tal como la vida, la salud, o la propiedad, surgiendo una criticable identidad absoluta entre el bien y el derecho<sup>26</sup>. De esta forma, cuando una persona comete un delito, lo que hace es destruir, menoscabar o lesionar un bien en sentido estricto. Quien comete un delito de daños sólo consumará su acción cuando se afecte de alguna manera al bien.

Una teoría normativista del sistema penal discrepa de la idea de que el sistema penal proteja a los bienes jurídicos, fundamentalmente por el contexto social de nuestra época. En la actualidad la sociedad es una sociedad de riesgos, en la cual los bienes jurídicos se encuentran en constante interacción, pudiendo los mismos sufrir un menoscabo, sin que dicha afectación tenga algún grado de juridicidad penal<sup>27</sup>. Por ejemplo, el boxeador que participa en una pelea, posteriormente, no podrá denunciar al otro boxeador por las lesiones que él le cause en el marco normal de la misma. Asimismo, la protección de bienes jurídicos tiene el problema del momento en el cual ella se da, pues el sistema penal siempre entra en funcionamiento cuando la lesión del bien jurídico ya ha sido realizada<sup>28</sup>. Por ende, si se considera que el sistema penal sirve para la protección de bienes, entonces dicha función sólo puede ser entendida prospectivamente de forma psicológica, es decir,

---

<sup>24</sup> GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos, “Una teoría constructiva de la pena: la retribución comunicativa”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (Editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, pp. 108 – 110.

<sup>25</sup> Una referencia de un sistema jurídico que pretendía este mismo objetivo es el sistema jurídico propuesto por Hans KELSEL, quien podría ser considerado como el más grande representante del normativismo jurídico en general.

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.50 – 52.

<sup>27</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal, cit.*, p. 54 - 56.

<sup>28</sup> POLAINO - ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de un concepto”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - CIFD, 2003, pp. 75 – 77.

tendiente a que en el futuro pueda evitarse que la afectación al bien jurídico se de, protegiéndose sólo de forma tangencial al bien jurídico y no de forma directa<sup>29</sup>.

El sistema funcional normativista tiene otra consideración, partiendo de la idea de que el Derecho penal no protege la lesión de bienes jurídicos, sino la lesión de derechos, siendo más específicos la defraudación de una expectativa normativa<sup>30</sup>. En una sociedad existen dos tipos de expectativas, las expectativas cognitivas y las normativas. Las primeras forman parte de la naturaleza del ámbito fenomenológico, siendo su principal característica su imposibilidad de exigibilidad. Entre ellas tenemos la expectativa de que haya un día soleado, la esperada fidelidad de la pareja sentimental pre-matrimonial, o la creencia en supersticiones. Por otro lado, cuando nos referimos a las expectativas normativas el concepto es distinto, pues ellas si pueden ser exigibles contrafacticamente a una determinada persona, dicha exigibilidad reside en el origen de la expectativa: una norma que genera una obligación, entendida como una relación entre personas<sup>31</sup>. Entre ellas tenemos la expectativa de que no sufriremos un asalto al ir por la calle, el esperar que la persona con quien realizamos un contrato lo cumplirá, o que en caso de ser detenidos no seremos objeto de tortura en el Estado.

La diferencia esbozada entre una expectativa normativa y una expectativa cognitiva es vital para comprender un sistema penal funcional normativista, como hemos esbozado, la misma se centra en dos puntos: a) el origen de la expectativa; y, b) la exigibilidad de su cumplimiento. Las expectativas normativas tienen su origen, como su nombre lo indica, en una norma jurídica, la cual delimita su contenido y sus alcances; cuando ella es vulnerada, entonces su cumplimiento puede ser exigido al ordenamiento jurídico, con lo que su vigencia se mantiene incólume. Las expectativas cognitivas tienen su origen en la experiencia personal o social (no jurídica) del individuo, por ello tanto su contenido como sus límites no se encuentran del todo definidos; el incumplimiento de esta expectativa puede implicar una reacción de un sistema (no necesaria), el cual nunca será el sistema jurídico.

El objeto de protección del sistema penal desde una óptica funcionalista – normativista, no puede ser el bien jurídico en sentido clásico, por su identidad con factores fenomenológicos. La razón de ser del sistema penal pasa a ser la protección de la identidad normativa de la sociedad, esto es, del conjunto de expectativas que tiene una sociedad y que alcanzan un grado de importancia en la misma, las cuales se han institucionalizado y expresado en el sistema jurídico a través de normas. Ahora bien, a diferencia de la protección clásica de bienes jurídicos, la protección de expectativas normativas parte de la hipótesis de que las mismas pueden ser defraudadas; sin embargo, dicha defraudación no será tenida como válida, sino que a través de un mecanismo comunicativo igualmente relevante (la pena), las personas pueden confiar en que la expectativa que los orientaba al interior del sistema sigue vigente<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal, cit.*, p. 51.

<sup>30</sup> *Vid.* SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, Madrid, 2000, pp. 391 - 423.

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, pp. 340 y ss.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas, “El derecho como sistema social”. En: GÓMEZ – JARA DÍEZ, Carlos (Coordinador), *Teoría de sistemas y Derecho penal Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 94 y ss.



c. *La función de la pena*

La función de la pena es la contraparte necesaria de la determinación del objeto de protección del sistema penal, pues la pena es la principal forma a través de la cual el ordenamiento jurídico reacciona para cumplir el objeto para el cual ha sido creado dentro de este subsector.

Las teorías sobre la función de la pena, con muchas variantes y peculiaridades propias, puede ser reconducida a tres grandes clasificaciones<sup>33</sup>. La primera es la vertiente absoluta o retributiva estas teorías no buscan asignar a la pena una función distinta a la de ser consecuencias jurídicas en sí mismas. Desde esta óptica, la pena no cumple ninguna función, sino que es la mera consecuencia de la acción delictiva. A su vez dentro de esta teoría hay dos subgéneros que son los más destacados.

El primero es el expresado por KANT, el cual podría ser considerado como una versión moderna de la ley del Tali3n, segun este autor la acci3n delictiva genera un da3o para la sociedad, y la misma tiene que sancionarlo, pues de no sancionarlo el da3o que ha cometido el delincuente se esparciría por la sociedad. El problema de una teoría como la Kantiana, que niega todo tipo de utilidad a la sanción puede verse en el caso de la isla. Si una sociedad viviese en una isla, y ella decidiera abandonar la isla, entonces debería sancionar hasta el último de los delincuentes, pues de lo contrario los ex – integrantes llevarían para sí la sanción. Como puede observarse se trata de un retribucionismo de corte más ético.

La segunda vertiente de estas teorías es propuesta por HEGEL, segun este gran filósofo alemán y desde su perspectiva dialéctica, cuando un delincuente comete un delito expresa una voluntad individual que contradice a la voluntad general expresada en la norma penal (tesis). Por ello, el ordenamiento jurídico debe reaccionar con un mecanismo que exprese la voluntad general que se reimponga (antítesis). El resultado final es el restablecimiento de la voluntad general sobre la voluntad individual (síntesis). Ahora bien, la pena en este sentido sólo cumple una función, negar la voluntad del delincuente y reafirmar la vigencia de voluntad general. El carácter estrictamente retributivo de esta teoría puede ser muy discutido, existiendo ciertas posturas que se inclinan a considerar a la teoría de la pena de HEGEL en realidad tiene un matiz utilitarista tras de sí.

En un sentido totalmente opuesto se encuentran las teorías preventivas, cuyas consideraciones son de carácter eminentemente utilitarista, ellas buscan evitar la comisi3n de delitos sea a través de acciones sociales generales (prevención general positiva), de la disuasión general de los potenciales delincuentes en la sociedad (prevención general negativa), de la inocuización del delincuente (prevención especial negativa), o la resocialización del sentenciado (prevención general positiva).

Finalmente, tenemos a las teorías mixtas, que se caracterizan por tomar partes de todas las teorías antes mencionadas y combinarlas. De ellas, la que mayor acogida ha tenido es la teoría dialéctica de ROXIN, la cual usa criterios preventivos generales (previa a la comisi3n del hecho delictivo), retributivos (en la determinación de la pena), y preventivos especiales

---

<sup>33</sup> Por razones de espacio haremos sólo una mención somera de las grandes teorías de la pena. Para un mayor detalle sobre las mismas: LESCH, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez – Vera Gomez Trellez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 11 – 71.

(a la hora de la ejecución de la sanción penal), para definir a la pena en relación directa con el estadio en el cual la misma se encuentra<sup>34</sup>.

Desde nuestra particular óptica normativa la función de la pena puede ser analizada a un doble nivel. En primer lugar, la función principal de la pena no puede ser otra que la confirmación de la vigencia de la norma. Algo de este planteamiento, aunque con claros matices idealistas, puede observarse en el planteamiento de la teoría de la pena de HEGEL, para quien el delito era la manifestación de la voluntad individual del delincuente (tesis), que expresaba que el ordenamiento jurídico no se encontraba vigente, siendo la pena el medio por el cual la voluntad general de la sociedad contradecía dicha voluntad individual (antítesis), siendo el resultado de la aplicación de la pena la reestabilización de la voluntad general (síntesis)<sup>35</sup>. Al igual que en el pensamiento Hegeliano, JAKOBS considera que la función de la pena se da en un plano comunicativo, siendo la función manifiesta de la misma el comunicar al resto de personas en la sociedad que la expectativa normativa se encuentra aún vigente<sup>36</sup>.

Si bien el énfasis de la pena se da en un plano estrictamente comunicativo, no fenomenológico, también es necesario reconocer que la misma despliega sus efectos en este último ámbito. En este plano la comunicación ya no es personal, es decir, no va dirigida a la persona, ni a confirmar la confianza de la misma en la vigencia del sistema jurídico<sup>37</sup>. La comunicación es estrictamente instrumental, es dirigida al individuo que se encuentra detrás del rol de persona en Derecho, al ser sensitivo. En ese sentido, la pena en este segundo ámbito comunicativo ya no tiene una función normativa, sino que la misma es estrictamente fenomenológica, basada en criterios de corte utilitarista<sup>38</sup>. Por ende, somos de la opinión que la pena cumple en este segundo nivel de análisis, una función de carácter estrictamente preventivo, sea a nivel general como a nivel individual.

Aparentemente el que adoptemos esta postura podría ir en contra de un sistema normativo de corte funcional, que no podría albergar dentro de sí criterios político criminales. No obstante, hemos de señalar que el análisis que realizamos del sistema penal no se limita a criterios estrictamente jurídicos, sino que el análisis toma en consideración de forma necesaria aspectos propios de la política criminal. Asimismo, estos criterios que operan inicialmente en un ámbito pre – normativo (político en estricto), forman también parte del sistema jurídico, ingresando al mismo en el momento que son plasmados en una norma. Este es el caso del objetivo de la resocialización del condenado en la ejecución de la pena, el cual es una idea político criminal, que al momento en el cual se plasma en una norma se convierte en parte integrante del sistema jurídico, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico el cual recoge este criterio de corte claramente preventivo especial positivo, elevándolo a la categoría de norma constitucional en el artículo 139, numeral 22 de nuestra Carta Magna.

---

<sup>34</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Luzón y Miguel Díaz y García, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., § 95 - 104.

<sup>36</sup> JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. En: *Escuela de Verano del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 119 y ss. Actualmente la postura de Jakobs ha variado, pretendiendo integrar a sus planteamientos un plano de carácter fenomenológico (la sensibilidad). Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia y Ciencias Penales*, N° 5, Lima, 2004, pp. 171 y ss.

<sup>37</sup> Vid. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona”, cit., pp. 84 y ss.

<sup>38</sup> En ese sentido: HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “¿Preferiría usted vivir en Irak?: Análisis económico de la política criminal Latinoamericana”. En: *Libro de ponencias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 182 – 186.

En síntesis, somos de la opinión de que la función de la pena se ha de analizar en dos niveles, uno de una comunicación personal: la estabilización de las expectativas normativas (plano normativo y definitorio en el sentido de la teoría de los sistemas); y, uno estrictamente instrumental: lograr la prevención general y especial, para evitar la comisión posterior de hechos delictivos (en el plano psíquico, propio de un ámbito no normativo).

## 2. Breve referencia a las bases constitucionales del sistema penal funcional

Ya en los párrafos precedentes hemos adelantado la idea de que el sistema penal es tan sólo uno más del resto de sistemas integrantes del sistema jurídico, junto a él se encuentran el sistema civil, el sistema administrativo, etc. Todos a su vez responden a los postulados expresados en un sistema, el cual es la base de todo el ordenamiento jurídico, siendo que sus postulados han de concretarse en las distintas instituciones del resto de sistemas. Nos referimos expresamente al sistema constitucional.

La Constitución Política de un Estado es la piedra sobre la cual se han de erigir todas las instituciones que conformarán el sistema jurídico, pues ella recoge los postulados fundamentales de una sociedad sobre como ella desea existir, siendo la institución que acopla a la sociedad y al sistema jurídico<sup>39</sup>. Asimismo, dentro de todo el aparato constitucional, de especial relevancia para el ámbito del sistema penal tenemos a las garantías y a los derechos fundamentales, los cuales vienen a operar dentro del sistema como verdaderas instituciones<sup>40</sup>.

La influencia del sistema constitucional al interior del sistema penal es más grande de lo que se piensa, tanto es así que de forma muy reciente han surgido una serie de estudios que se insertan dentro de esta línea de relaciones entre el sistema penal y el sistema constitucional<sup>41</sup>. Se parte de reconocer que el proceso de creación de las instituciones jurídico penales, sea sustantivo o material, implica necesariamente la afectación de un derecho fundamental o su incidencia directa. Por ello, dado que todo derecho fundamental es considerado como una norma principio por la doctrina constitucional mayoritaria<sup>42</sup>, se vuelve un imperativo que la institución no sea legitimada sobre la base de postulados propios del sistema en el que se inserta, sino que la legitimación se realice con los parámetros de un sistema externo, que no puede ser otro que el sistema donde se originan los derechos fundamentales: el sistema constitucional. Es este último sistema el cual contiene dentro de sí a los distintos criterios con los cuales el sistema jurídico legitima la afectación de un derecho fundamental, siendo el parámetro de validación el principio de proporcionalidad<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> TEUBNER, George, *El derecho como sistema autopoiético*, trad. Carlos Gómez – Jara Diez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 96 y ss.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas, *Grundrechte als institution*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, *passim*.

<sup>41</sup> *Vid.* PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico – penales, y su regulación en el Derecho procesal colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, *passim*; BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El proceso penal*, 5ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, *passim*.

<sup>42</sup> *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, *Estudio introductorio*. En: ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008, pp. XXXI – XXXVI.

<sup>43</sup> En ese sentido: LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 242 y ss. Al respecto, nuestro Tribunal constitucional ha

El principio de proporcionalidad se erige como el parámetro utilizado para determinar si una afectación de un derecho fundamental es o no legítima. Este principio a su vez tiene tres sub principios.

El primero es el de la *idoneidad*, según la cual tiene que verificarse si es que la intervención que ha de realizar el Estado es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez en un plano constitucional. A su vez, dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras<sup>44</sup>: a) *la identificación de un fin constitucionalmente legítimo*, es decir, que la razón por la cual ha de realizarse la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida expresa o implícitamente por la Constitución<sup>45</sup>, b) *la verificación de que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto*, es decir, que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin<sup>46</sup>. Como puede apreciarse en este nivel de análisis sólo se determina a verificar la causalidad, lo que se pretende es un mero análisis de eficacia, si la medida sirve o no para el fin, no siendo parte de este filtro hacer un análisis valorativo de la medida en si misma comparada con otras medidas.

El segundo punto a analizar, única y exclusivamente si se ha llegado a superar el primer punto, es la determinación de la *necesidad* de la medida. Por *necesidad* ha de entenderse que la medida por la cual el Estado se encuentra interviniendo, será la más benigna entre todas aquellas que son *idóneas* para alcanzar el fin propuesto.

Finalmente, una vez que se ha determinado que la conducta es *idónea* y *necesaria* para la realización del fin constitucionalmente legítimo, ha de realizarse una ponderación entre la medida de intervención estatal y el fin legítimo que se procura, cuyo resultado debe necesariamente implicar que los beneficios generados por la medida a aplicar deban superar a las pérdidas causadas por la intervención<sup>47</sup>. La referida ponderación implica un análisis costo – beneficio, cuyo resultado finalmente determina si la importancia del fin deseado justifica la restricción del derecho fundamental.

### 3. La integración del sistema penal

Todo sistema no es un ente aislado. Un sistema se ubica en un determinado entorno, con el objetivo de cumplir una determinada función. El entorno es todo aquello no perteneciente al sistema directamente, pudiendo incluir a otros sistemas. En la teoría de los sistemas se parte de la idea de que el sistema es autoreferencial, esto es que él mismo es quién se toma de referencia para su autoreproducción y el cumplimiento de su función, él es quien determina finalmente que es o no parte de sí (sistema/entorno).

Nos hemos de valer de un sistema físico para entender mejor este concepto tan abstracto, específicamente nos hemos de valer del sistema inmunológico humano para desarrollar

---

situado al principio de proporcionalidad (denominándolo test), como parámetro de validación de la afectación de un derecho fundamental.

<sup>44</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 693.

<sup>45</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 696.

<sup>46</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 724.

<sup>47</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “Consideraciones acerca de la fórmula de ponderación de Robert Alexy”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador), *La ponderación en Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 115 - 132.

mejor todo este aparato conceptual, especialmente la autopoiesis<sup>48</sup>. Este sistema tiene dentro de sí una función determinada en nuestro organismo, la cual es el posibilitar al resto de sistemas una operación normal en caso de que un factor externo a sí interfiera en el normal desarrollo de sus funciones. Si una gripe ataca al individuo, el sistema inmunológico entra en acción para combatir esta enfermedad y reestablecer a la persona en sus funciones vitales afectadas. Para lograr esta función el sistema tiene una serie de subsistemas que son las defensas corporales, las cuales actúan para ayudar a otros sistemas. Como se ve, el sistema inmunológico define la función general de sus subsistemas, siendo que los sistemas que se encuentran fuera de él (el circulatorio, el nervioso, etc.), le sirven para cumplir su función, pero no forman parte de él, por lo que vienen a ser constituidos como parte del entorno.

En el caso del sistema jurídico penal sucede exactamente lo mismo. El sistema penal tiene una función normativa determinada que es el mantenimiento de la identidad normativa básica de la sociedad, siendo la principal fuente de aseguramiento de expectativas normativas en una sociedad<sup>49</sup>. Para el cumplimiento de dicha función crea distintas instituciones y subsistemas, destinados a dicha labor, estos subsistemas son la dogmática sustantiva (entendida como las reglas sustantivas), el proceso penal y la ejecución penal. Cada subsistema es una entidad diferenciada, pero que – en la medida que su función es una concreción de la función del sistema – debe relacionarse con los sistemas que forman parte de su entorno.

Sobre la base de estas apreciaciones es que consideramos que las relaciones de integración del sistema penal se dan en dos planos. Uno, *vertical* (desde el establecimiento de finalidades externas al sistema y finalidades del sistema), y otro *horizontal* (relaciones de coordinación entre los sistemas).

#### *a. Integración vertical*

El sistema jurídico penal no es un sistema aislado, sino que tiene un referente externo necesario que no es otro que el sistema constitucional. Este es quien determina los contenidos básicos sobre los cuales el sistema penal ha de reproducirse, pues el sistema constitucional contiene los parámetros mínimos sobre los que se ha de erigir el sistema jurídico.....o. Por ello, el sistema penal precisa de guiarse en primer lugar de los criterios y principios propios sistema jurídico constitucional, fundamentalmente al momento en el cual se decida la inclusión de una institución al sistema, pues dicha incorporación (siempre y cuando implica la limitación de un derecho fundamental), deberá de ser legitimada a través de los mecanismos de validación constitucional, fundamentalmente a través del principio de proporcionalidad<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> La teoría de la autopoiesis de LUHMANN no es una creación exclusiva suya, sino que la misma se basa en el trabajo realizado por los chilenos MATURANA y VARELA, quienes diseñaron esa teoría para un sistema psíquico, siendo el mismo adaptado por LUHMANN. *Cfr.* GRIP-HAGELSTANGE, Helga, “Niklas Luhmann o: ¿en que consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?”. En: TORRES NAFERRETE, Javier, *Luhmann: la política como sistema*, Universidad Iberoamericana de México – Fondo de cultura económica, 2004, p.21.

<sup>49</sup> *Cfr.* LUHMANN, Niklas, “Die funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?”. En *Die funktionen des Rechts: Vorträge des Weltkongress für rechts und Sozial philosophie*, Weisbadeben, 1974, pp. 31 - 45; LUHMANN, “El Derecho de la sociedad”, *cit.*, pp. 191 y ss.

<sup>50</sup> En ese sentido: CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”. En: *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2008, pp. 37 y ss. De igual manera, la jurisprudencia de nuestro tribunal Constitucional, en: STC, Exp. N° 0760-2004-AA, caso MEZA GUERRA, F.J. 3.

En segundo lugar, el sistema penal tiene una función asignada, la cual irradia a todos sus subsistemas. Esta función a su vez determina las funciones propias y condiciona a los subsistemas que integran al sistema penal. Fundamentalmente la función del sistema reside en la solución de *la determinación del objeto de protección del Derecho penal* (el mantenimiento de las expectativas normativas) y *la función de la pena* (la estabilización de las expectativas normativas quebrantadas).

Graficando este punto, supongamos que se quiere introducir al sistema penal un delito y una pena propia del sistema musulmán: el apedreamiento por infidelidad. Para admitir la pertenencia de esta institución en nuestro sistema jurídico, primero tiene que pasar el filtro constitucional, por lo que debe ser analizado a la luz del principio de proporcionalidad, el cual (sobre la base de la prevalencia de la dignidad no dejaría que sobrepase el principio de necesidad) determinaría que esta institución no puede tener cabida en nuestro sistema jurídico. Ahora bien, en el plano propio del sistema penal, tampoco podría admitirse la validez de un delito y una pena de esta naturaleza, pues las mismas no reflejan la identidad normativa de la sociedad (identidad base que se encuentra en la Constitución).

#### *b. Integración horizontal*

Por integración horizontal hacemos referencia directa a las relaciones que existen entre los subsistemas. Esto es, el acoplamiento estructural, en la medida que cada sistema es un ente totalmente diferenciado del otro, tiene una función asignada; no obstante, para el cumplimiento de su función no necesariamente se basta a si mismo, sino que – como parte del sistema – requiere de otros sistemas circundantes. Los tres subsistemas penales tienen una función diferenciada, la dogmática sustantiva recoge las expectativas básicas de la sociedad y las reglas sobre las cuales se discrimina un suceso como parte del riesgo permitido o no<sup>51</sup>; el proceso penal es el sistema encargado de establecer las reglas con la cual un observador determinará la ocurrencia o no un suceso y sobre la base de ello, habrá de establecer su juridicidad penal<sup>52</sup>; finalmente, el subsistema de ejecución penal que se encarga de concretar la condena impuesta contra el procesado en el proceso penal<sup>53</sup>.

Los tres subsistemas tienen una función definida, la cual a su vez tiene una estrecha relación y está determinada por las funciones propias del sistema penal global. Para poder operar correctamente, los subsistemas presuponen las reglas establecidas en los otros sistemas. No puede concebirse un sistema de ejecución penal que no tome como referencia tanto a la función normativa como la función latente de la pena. De igual forma, es imposible concebir una dogmática penal que considere la creación de un concepto jurídico abstracto, como un concepto altamente subjetivo de dolo que no pueda ser sujeto de probanza, al menos no en el estado actual de la técnica perital. Tampoco es posible de concebir un sistema de ejecución penal que no tenga como referente necesario al delito por el cual la persona ha sido condenada. La interrelación entre estos sistemas es una veta que aún no ha sido lo suficientemente explotada, siendo sus aplicaciones prácticas trascendentales para la realización del objeto del sistema jurídico penal.

<sup>51</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, cit., pp. 42 – 45, y 50 – 56.

<sup>52</sup> PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, cit., p. 56.

<sup>53</sup> A nuestro entender el sistema de ejecución penal es el menos normativo de los tres subsistemas, porque el mismo si bien tiene funciones normativas determinadas, tiene una función predominantemente empírica: la resocialización.

### III. LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL DEBATE ORAL

#### 1. Regulación dentro del ordenamiento jurídico peruano

##### a. *Naturaleza jurídica*

La Ley N° 28122 introdujo a nuestro sistema procesal penal una figura ya conocida en el sistema procesal comparado, tanto continental<sup>54</sup> como anglosajón<sup>55</sup> con matices distintos entre sí, que es la conformidad del acusado con la acusación. La misma a su vez ha sido acogida por el nuevo Código procesal penal de 2004 como parte del proceso penal común (art. 372).

La conclusión anticipada del debate oral es un acto procesal, y a su vez puede ser un negocio procesal. Nos encontramos frente al segundo supuesto cuando la aceptación que realice el acusado sea el producto de una negociación entre su persona y el Ministerio Público. La naturaleza jurídico – procesal de esta institución difiere de la regulación prevista por el ordenamiento jurídico español (referencia directa de la institución<sup>56</sup>), pues la misma sólo tiene la naturaleza de un acto procesal; no obstante, nuestro sistema jurídico prevé dentro de sí dos formas convergentes de terminación anticipada: por un lado, la considera como *un acto procesal en sentido estricto*, en la medida que la conformidad es entendida como una declaración de voluntad, emitida por el procesado al ser cuestionado, de aceptar la acusación formulada en su contra, sin acuerdo alguno sobre la pena o la reparación civil; asimismo, la conformidad puede ser también entendida como *un negocio jurídico procesal*, en la medida que también se permite una “conformidad negociada”, que no es otra cosa que la posibilidad de celebra un acuerdo sobre la pena o la reparación civil<sup>57</sup>.

La doctrina ha descrito los elementos que caracterizan esta institución<sup>58</sup>; sin embargo, como hemos señalado anteriormente, al tener una doble naturaleza, como un acto jurídico procesal, o, un negocio jurídico procesal, las mismas tienen características propias. Por un lado, siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO<sup>59</sup>, cuando considera a la conformidad como un acto jurídico procesal, consideramos que en este aspecto la misma posee las siguientes

---

<sup>54</sup> La institución tiene dos grandes referentes en el ámbito continental, tanto en España (conformidad del acusado), como en Italia (applicazione della pena su richiesta delle parti). Para un mayor detalle sobre las mismas: BARONA VILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, *passim*; DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, *passim*; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado*, Editorial Universidad Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 119 – 203; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Editora Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 182 – 190.

<sup>55</sup> En el *common law*, fundamentalmente americano, tenemos a la institución denominada *plea guilty*, claro está con ciertos matices en el nivel de negociación que pueden concretarse en el *plea bargaining*. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado*, *cit.*, pp. 27 – 50.

<sup>56</sup> SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p. 215.

<sup>57</sup> En este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p. 215; asimismo, considerando esta institución como un negocio jurídico procesal, aunque sin hacer la mención expresa sobre su naturaleza jurídica: FERNÁNDEZ MUÑOZ, Karin, “La conformidad: una aproximación a su definición en el nuevo Código procesal penal”. En *Revista Derecho y sociedad*, N° 34, Lima, 2009, pp. 210 – 219.

<sup>58</sup> Vid. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, *cit.*, pp. 172 – 186. Asimismo, es destacable la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 1 de marzo de 1988.

<sup>59</sup> Vid. SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, pp. 216 – 218.

características: *a) es un acto puro*, en la medida que el mismo no se encuentra limitado a condición, plazo, o término; y *b), es un acto unilateral*, en la medida que es sólo el procesado quien le corresponde emitirlo y es finalmente quien cede su derecho a un juicio y su derecho a la defensa, siendo la consecuencia que posteriormente no podrá solicitar la nulidad de este acto procesal.

Por otro lado, cuando la institución adquiere los matices propios de un negocio jurídico procesal, entonces consideramos que la misma adquiere las siguientes características: *a) es un acto procesal puro*, ya que al igual que el acto procesal, no se encuentra limitado por una condición, plazo, o término; y, *b) es bilateral*, porque implica un proceso de negociación entre la defensa y el Ministerio Público fundamentalmente, sobre el objeto procesal.

### *b) Tipos de conformidad*

Atendiendo a la existencia de más de un acusado, la conformidad puede ser considerada como parcial o total. Nos encontramos frente a una conformidad parcial cuando en caso de existir más de un procesado, al menos uno decide conformarse con la acusación. Como más adelante fundamentaremos, el problema de aceptar una conformidad parcial es más grande de lo que aparenta.

Por otro lado, atendiendo al ámbito de aceptación de la conformidad, la misma puede ser entendida como plena o relativa<sup>60</sup>. Nos hallamos frente a una conformidad plena cuando la misma implique la aceptación total del procesado, tanto de los cargos imputados, la pena a imponérsele, y la reparación civil, siendo la consecuencia la emisión de una sentencia anticipada. Se trata de una conformidad relativa cuando el ámbito de aceptación de la conformidad implique un cuestionamiento de la pena o la reparación civil, siendo la consecuencia que se delimite el debate sólo al ámbito debatido, debiéndose proceder a la actuación de pruebas relativas estrictamente a este punto.

### *c) La sentencia de conformidad*

La consecuencia jurídica de la conformidad con la acusación, sea un acto jurídico procesal o un negocio jurídico procesal, no es otro que la emisión de una sentencia de conformidad. En el plano fáctico de esta resolución, la misma se limitará a describir el hecho que ha sido aceptado por el acusado. Este punto es invariable, dado que al no haberse actuado prueba distinta, y, por la naturaleza jurídica de la manifestación de voluntad del procesado, no es posible alterar los hechos. Distinto es el caso de la calificación jurídica, en este punto el Magistrado, de considerarlo, podría incluso absolver al conformado del hecho aceptado, o modificar a favor suyo la responsabilidad penal (sea mediante atenuación o exención de la pena), porque no se encuentra vinculado a la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público.

## **2. Fundamentación constitucional de su legitimidad**

Como hemos señalado anteriormente, la admisión de una determinada institución en el sistema penal, sin importar la naturaleza material o sustantiva de la misma, tiene que ser

---

<sup>60</sup> SAN MARTIN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p. 219



legitimada a través del principio de proporcionalidad, cuando signifique la limitación de un derecho fundamental<sup>61</sup>. La conclusión anticipada del debate oral no es la excepción, todo lo contrario, para aceptar la validez de la misma al interior del sistema jurídico penal, primero ha de determinarse si la misma tiene o no una validez constitucional, toda vez que su existencia implica la afectación de derechos fundamentales de los distintos intervinientes en el procesado (derecho a la prueba, derecho a la verdad en casos de violaciones a derechos humanos, derecho a la no autoincriminación, entre otros.), así como adicionalmente – en el caso de que se trate de un negocio jurídico procesal - un quiebre al principio de legalidad en materia procesal.

En primer lugar, hemos de referirnos a la *idoneidad* de la conclusión anticipada. A nuestro entender, como el de un sector mayoritario de la doctrina<sup>62</sup>, la introducción de esta institución pretende aligerar la carga de procesal del Poder Judicial, pues lo libera de la obligación de seguir un juicio al procesado, significando ello que el Poder Judicial podrá derivar los esfuerzos que hubieran sido realizados a otra material, lo que a su vez deviene en el mejoramiento de todo el sistema penal. Dicha finalidad se deriva del derecho fundamental a la paz y la tranquilidad (art. 2, numeral 24), con lo que la finalidad de la conformidad tiene un respaldo constitucional. Ahora bien, en lo referente a la pregunta sobre si la conclusión anticipada del debate oral es o no adecuada para lograr el mejoramiento del sistema penal, pues desde un punto estrictamente causal que es independiente del grado de eficacia del mismo<sup>63</sup>, en efecto la conclusión anticipada ayuda a lograr esta finalidad, pues como señalábamos el reducir la carga procesal implica necesariamente que ese tiempo ahorrado sea destinado a otras actividades propias del sistema.

En segundo lugar, refiriéndonos a la *necesidad* de la conclusión anticipada del debate oral, hemos de verificar si existen otras medidas que sean funcionalmente idénticas a esta institución. Una revisión de las distintas figuras existentes en la doctrina procesal penal, nos lleva a la inequívoca conclusión de que no existe una medida alternativa que sirva para mejorar el sistema de procesamiento penal, a un costo tan bajo. Todo lo contrario, las medidas existentes podrían incluso ser afectaciones más intensas, como el renunciar totalmente a la persecución penal de la persona.

En tercer lugar, hemos de hacer la ponderación entre los efectos positivos de la inclusión de la conclusión anticipada y los efectos negativos que la misma generaría. Para realizar esta ponderación podríamos basarnos en la fórmula de pesos de ALEXY<sup>64</sup>; sin embargo, somos de la idea de considerar que la misma no puede ser aplicada, al menos en la actualidad por

---

<sup>61</sup> LOPERA MEZA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 27 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*. En: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 129 – 140.

<sup>62</sup> Vid. SAN MARTIN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, cit., p.217; BARONA VILLAR, *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 303, CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo II, Editorial Forum, Puerto Rico, pp. 425 – 426.

<sup>63</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 726 y ss.

<sup>64</sup> Básicamente esta teoría lo que propone es que cuando colisionen dos o más principios, lo que se debe realizar es una ponderación. La ponderación se realiza en tres fases, la primera es determinar el nivel de afectación de darse o no la medida como: leve, media e intensa. Luego, en una segunda fase, se ha de asignar un valor abstracto a los principios, debiéndose de realizar una multiplicación entre el valor de la afectación y el del principio, siendo los resultados comparados, optándose por la que tenga un mayor valor. Finalmente, se realiza una regla de precedencia condicionante, simplemente es señalar que en el caso concreto de la colisión, se ha de preferir a uno de los dos. Vid. ALEXY, Robert, “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”. En: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österruch, Viena 2000, pp. 31 y ss.

la imposibilidad de asignar un valor numérico a un principio<sup>65</sup>. Por ello, a efectos de hacer el análisis de los costos y beneficios, nos hemos de valer de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho<sup>66</sup>, aunque un cierto sector de la doctrina se encuentre en contra de su aplicación en el principio de proporcionalidad<sup>67</sup>.

El primer paso que hemos de dar es identificar las normas con estructura de principio que se verían afectados, los cuales serían el derecho a la no auto incriminación, en la medida que el procesado aceptará los cargos imputados en su contra y expresamente estaría confesando la realización de un crimen; el derecho a la prueba y a la defensa, pues el procesado al aceptar la acusación renuncia expresamente a su derecho a que se actúen las pruebas que considere favorables a sus intereses; el derecho a la verdad, en la medida de que los hechos descritos en la acusación no necesariamente van a ser los que realmente ocurrieron, lo cual puede afectar directamente a los intereses de la víctima; el principio de legalidad, cuando estemos frente a un negocio jurídico procesal, porque la pena a aplicar al procesado no será la pena que le hubiera correspondido por los hechos realizados.

El segundo paso es determinar el espectro de posibilidades en dos escenarios, el primero sería la aceptación de la inclusión de la conclusión anticipada del debate, y, el segundo un sistema que prescindiera de ella. En lo referente a la aceptación de la conformidad del acusado, la misma tiene un efecto claro en todo sistema procesal en el que se inserta: la reducción de la carga procesal existente. Gracias a este mecanismo de evitación del juicio oral, tanto los integrantes del sistema de procesamiento penal como los acusados tienen incentivos para evitar el juicio oral, con lo que ambos reciben un beneficio por ello. Por un lado, los operadores del sistema procesal penal reducen la carga laboral que tienen, lo que va a implicar una mayor eficiencia en sus labores. Por otro lado, los acusados encuentran los incentivos para renunciar a sus derechos fundamentales, a cambio de una rebaja en la condena a imponérseles. También, se generan externalidades positivas asociadas a esta institución, como la reducción del número de personas que sufren de medidas cautelares personales. Examinando los costes que traería este escenario, podemos observar que el primero sería la afectación al derecho a la verdad, este punto es sumamente importante, pues dado que nuestro sistema jurídico (a diferencia del sistema procesal de EE.UU) si toma a la víctima como parte del proceso penal. A entender de nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la verdad es un derecho colectivo y a la vez individual sobre el conocimiento de los hechos precisos en los cuales se cometieron violaciones de Derechos humanos<sup>68</sup>, el mismo es claramente afectado en caso de una conformidad con la acusación. También el principio de legalidad también se vería afectado, lo que reduciría la confianza de

---

<sup>65</sup> En ese sentido resulta muy interesante el siguiente trabajo de LÓPEZ STERUP, (“Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coordinador), *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008. pp. 205 y ss.), el cual también considera la imposibilidad de asignar un valor abstracto a los principios.

<sup>66</sup> Para un mayor detalle sobre el particular: *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Grijley, Lima, N° 6, 2005, p. 354 – 355; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, 2ª ed., Fondo de cultura económica, 1999; ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, *passim*.

<sup>67</sup> *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, “Comentario al Art. VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”. En: *Código Penal Comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 218 – 220, quien rechaza de plano toda idea utilitarista. De distinto parecer: MIR PUIG, Santiago. “Límites al normativismo en Derecho Penal”. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, fecha de consulta 22 de enero de 2010, p. 14, quien considera que precisamente el análisis costo beneficio precisa de ser realizada en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>68</sup> STC. Exp. N° 2488-2004-HC, caso VILLEGAS NAMUCHE, F.J. 8 – 9.

las personas en el sistema jurídico penal, ya que sabrían que si bien la expectativa se encuentra vigente, la reacción del ordenamiento jurídico no sería la prevista en la pena. El derecho a la prueba y el derecho a la no autoincriminación también son afectados, pero al ser derechos susceptibles de ser dispuestos por su titular, entonces su cesión no influye en modo alguno al presente análisis.

De no aceptarse esta fórmula de justicia negociada, los efectos serían claros: el sistema de procesamiento penal requeriría de una mayor ampliación del número de Magistrados y Fiscales, dado que el modelo acusatorio por el que se ha optado en el Código procesal penal de 2004 trae consigo necesidades adicionales de operadores para poder funcionar, dada su opción por la celeridad y la oralidad. Este elemento es fundamental, pues en un plano estrictamente patrimonial, es muy difícil contar con este soporte humano para que el sistema pueda funcionar, tal es así que países como EE.UU han llegado a considerar a la justicia negociada como eje fundamental de la administración de justicia, ya que de no existir esta institución los requerimientos institucionales de personal serían muy altos<sup>69</sup>. Por otro lado, lo que se estaría ganando es el respeto a los derechos fundamentales a la prueba y no autoincriminación (ambos disponibles); la confianza normativa en el sistema jurídico penal, que cumpliría su función de sancionar a la persona con la pena que le correspondería; un respeto absoluto del derecho a la verdad, siendo que se le permitiría a las víctimas el postular actos probatorios y actuarlos a efectos de determinar la real ocurrencia de unos hechos.

El tercer paso es comparar ambos escenarios, como ha podido demostrarse, si bien no empíricamente pero sí argumentativamente, la inserción de la conclusión anticipada del debate oral al interior de nuestro sistema de procesamiento penal significaría una afectación a ciertos derechos fundamentales y principios de nuestro sistema jurídico; sin embargo, los beneficios sociales que acarrearía para el desarrollo del sistema superan ampliamente a los costes individuales que trae consigo. La única objeción que podemos encontrar en esta figura es la potencial afectación al derecho a la verdad, considerando que existen posibilidades para que el mismo no sea afectado, como la prohibición de aceptar la conformidad en casos de violaciones de Derechos humanos<sup>70</sup>. Por tanto, somos de la opinión de que se justifica su inclusión dentro de nuestro sistema constitucional.

### 3. Problemas de sistematicidad de la norma

Demostrada la legitimidad externa de la conclusión anticipada del debate oral, hemos de examinar con mayor detalle las relaciones que existen entre esta institución del subsistema procesal penal y el subsistema dogmático sustantivo. Desde un punto de vista estrictamente sustantivo, la institución analizada no presenta mayor problema cuando se trata de una conformidad en un delito con un único autor. El problema se presenta cuando la acusación no comprende a una sola persona, sino que la misma abarca a una pluralidad de imputados, pues – siempre desde una óptica estrictamente procesal – lo primero que se viene a la mente es la idea de que podrían darse fallos distintos con relación a los conformados y los no conformados, asunto sobre cuya aceptación la doctrina se encuentra dividida<sup>71</sup>. En ese

<sup>69</sup> Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado, cit.*, pp. 29 - 36

<sup>70</sup> Por razones de espacio no podemos hacer una mayor argumentación sobre este punto; sin embargo, nuestra opinión se decanta por hacer una ponderación entre la opción antes señalada, o, como sucede en el caso colombiano, en aceptar la afectación del derecho a la verdad en circunstancias y procesos concretos.

<sup>71</sup> A favor de requerir el consenso total, fundamentalmente para evitar fallos contradictorios: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos

sentido, el legislador de la Ley 28122, se decantó por aceptar la posibilidad de que una parte de los procesados aceptase la conformidad, prosiguiéndose el juicio con el resto de no conformados siempre y cuando la misma no afectase el curso normal del proceso, dejándose esta decisión al arbitrio del Tribunal<sup>72</sup>. De una opción más radical es la adoptada en el Código procesal penal de 2004, pues en el mismo se obvia incluso del Tribunal, aceptándose abiertamente en todos los supuestos el procesamiento de no conformados.

Independientemente de lo acertada o no de la opción del legislador, hay dos argumentos adicionales que nos llevarían a ver problemas de sistematicidad en la decisión adoptada. El primero es un problema de coherencia interna, el cual se halla en la comparación del art. 372, numeral 4 con el art. 469, que regula una fórmula de justicia penal negociada que es funcionalmente similar: la terminación anticipada del proceso penal. En la última norma citada se prohíbe expresamente la terminación anticipada del proceso cuando no exista el consenso. Ello resulta muy difícil de entender, toda vez que el problema de la pluralidad de imputados es el mismo en ambas instituciones, con lo que lo correcto es que la decisión normativa debió de ser la misma para la aceptación de acuerdos y la conformidad parcial.

El segundo problema de sistematicidad se encuentra más relacionado con el objeto de estudio del presente trabajo de investigación. A nuestro entender, la opción legislativa en el presente problema no sólo ha de tener en cuenta el razonamiento procesal, sino que deben tenerse en cuenta las instituciones sustantivas que se encuentran detrás de la solución. Somos de la opinión de que la emisión de una sentencia anticipada debe tomar como referencia necesaria al tipo de delito por el cual se hace la imputación contra el procesado, pues de no hacerlo existiría un problema de parcialidad, dado que el juicio del Tribunal se vería contaminado por la conformidad de uno de los procesados, variando el nivel de contaminación en razón del tipo de delito plural frente a cual se realiza la decisión.

La doctrina ha llegado a un consenso sobre la clasificación de los delitos plurales, agrupándolos en dos clases<sup>73</sup>. Pueden ser delitos de *convergencia*, cuando las conductas imputadas a los procesados son conductas que van dirigidas hacia un mismo fin; ese es el caso del delito de asociación ilícita para delinquir, o, el de la conspiración, siendo que en estos tipos penales el título de imputación de los intervinientes es siempre el mismo, por lo general la coautoría. El otro caso es el de los delitos de *encuentro*, en los cuales los intervinientes realizan un aporte desde distintas posiciones y en distintas medidas para la realización del delito; entre este tipo de delitos plurales tenemos como máxima expresión al delito de colusión, también está el delito de robo, en estos delitos el común denominador es que los intervinientes tienen distintos títulos de imputación, como la autoría o la participación.

Si un acusado por un delito de convergencia se conforma, tácitamente afecta al resto de procesados, toda vez que el Tribunal forzosamente tiene ya una decisión sobre los hechos y para ser coherente con la sentencia emitida, deberá de sentenciar a al menos uno de los

---

Aires, 1962, pp. 84 – 86. En oposición a esta postura se encuentra DE DIEGO DIEZ (*La conformidad del acusado*, cit., pp. 343 – 360), quien ha optado por considerar la posibilidad de aceptar la conformidad parcial, con ciertos matices.

<sup>72</sup> Al respecto, esta opción legislativa fue aceptada por considerarse que básicamente que, la emisión de una sentencia anticipada no obstaba la posterior emisión de una sentencia en contra del fallo inicial, pudiendo cuestionarla en todos sus extremos. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, cit., p. 218.

<sup>73</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”. En *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, N° 34, Toledo, 2003, pp. 11 – 44.

conformados. La razón de esta afirmación radica en que al ser un título de imputación compartido, la condena de uno de los procesados, implica necesariamente que al menos una persona ha cometido el suceso imputado, exigiéndose – a efectos de coherencia con la naturaleza plural del delito – que por lo menos uno del resto de no conformados también sea culpable del delito.

Ahora bien, tratándose de un caso de un delito de encuentro subsiste el presente problema de la imparcialidad, pero el mismo está en función del tipo de delito de encuentro frente al que nos encontremos, dado que no será lo mismo que estemos frente a un robo o a una colusión. En el último caso, la condena de una de las dos partes necesarias dentro de la colusión, sea el funcionario público o el interesado, traerá necesariamente consecuencias en la otra parte si es juzgada por el mismo Tribunal, dado que al haberse encontrado el Tribunal vinculado a los hechos conformados, entonces ha aceptado la existencia de un acuerdo colusorio que generó un perjuicio al erario público. Por tanto, se encontrará parcializado a creer que existe este acuerdo colusorio, siendo que lo que le quedará por hacer será tan sólo determinar si el interesado procesado formó parte o no del mismo.

Como vemos, es necesario que el Magistrado tenga en cuenta, en caso de presentarse un delito con pluralidad de imputados, el título de imputación fijado en la acusación, para determinar si es que el mismo podría o no admitir la posibilidad de aceptarse un acuerdo parcial sin que este perjudique a los no conformados.

Desde nuestra óptica, luego de realizado un análisis ponderativo, consideramos que si es posible realizar una conformidad parcial en caso de pluralidad de imputados; sin embargo, para no afectar el derecho a la defensa de los no conformados, el juicio debe seguirse ante un Tribunal distinto, pues el Tribunal que emitió la sentencia conformada se encontraría prejuzgado al emitir este acto procesal.

En el Código procesal penal de 2004 no cabe la posibilidad de interponer algún recurso directo de oposición contra la sentencia conformada, como si lo establecía la Ley N° 28122. No obstante, es posible subsanar este problema de imparcialidad del Magistrado a través de las soluciones que el mismo Código nos otorga. Para ello, nos valemos de la recusación como forma de tutelar el derecho a un juez imparcial. Si bien no existe una causal expresa que permita la recusación de un Magistrado por este supuesto, consideramos como propuesta de *lege lata* que la defensa del procesado podría interponer una recusación en contra del Juzgado colegiado o el Juez unipersonal (según sea el caso). El amparo normativo de esta interpretación viene dado por el art. 54, numeral 2 del Código procesal penal de 2004, que posibilita la separación del Magistrado, una vez iniciado el juicio oral, cuando existirá un motivo que fuera causal de inhibición, el cual sería la causal abierta establecida en el art. 53, numeral 1, literal e. La aceptación de dicha opción va a asegurar la no afectación de una garantía procesal del imputado, lo cual permitirá la aceptación válida de conformidades parciales.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El sistema normativo penal es un sistema autoreferencial, pero que a su vez debe su existencia a un sistema anterior a él: el sistema jurídico constitucional. Para poder desempeñar su función (el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad), requiere de que los tres subsistemas que abarca trabajen coordinadamente entre sí. Las

relaciones entre la dogmática y el proceso penal se insertan precisamente en este contexto, ambas dependen una de la otra (integración horizontal), pero a su vez deben su existencia a las directivas del sistema penal de forma inmediata y al sistema constitucional de forma mediata, debiendo de ser sus instituciones fundamentadas con los criterios establecidos por estos dos sistemas (integración vertical). Estos niveles de integración tienen que ser debatidos en sede legislativa, y ser tenidos en cuenta, para el adecuado funcionamiento del sistema.

2. La conclusión anticipada del debate oral o conformidad del procesado con la acusación, es una institución que no pretende otra cosa que fomentar la celeridad de la terminación del proceso, para lo cual da incentivos al procesado a renunciar a ciertas garantías procesales casi siempre a cambio de una pena menor a la que se le impondría normalmente. La figura goza de aceptación en el derecho comparado, habiéndose demostrado que su inserción en nuestro sistema jurídico es absolutamente legítima (validada por el test de proporcionalidad). La institución presenta problemas de sistematicidad, cuando trata de delitos plurales, toda vez que no prevé los efectos perjudiciales que puede generar la conformidad parcial, cuando estemos frente a delitos de convergencia y en menor medida a delitos de encuentro, siendo el principal efecto negativo la pérdida de imparcialidad del Magistrado que puede ser solucionado a través de la recusación del mismo.
3. Volviendo al caso planteado en la parte preliminar al presente estudio. Somos de la opinión de que el Tribunal no debió de aceptar la conformidad del acusado Montesinos Torres, pues al aceptarla perdió la inicial imparcialidad que ha de caracterizar al magistrado. Dicha pérdida de imparcialidad fue evidente en el caso concreto, si es que se toma en consideración el tipo de delito plural por el que se procesaba a los acusados, que no es otro que el delito de conspiración para rebelión (un tipo de convergencia). La vinculación entre la imparcialidad y el tipo de delito plural se halla en que al condenar a una persona por un delito de convergencia, se forma un prejuicio que implica que al menos uno más de los no conformados también cometió el hecho sentenciado dado que todos los acusados comparten el mismo nivel de intervención delictiva (la coautoría). Como reiteramos, la toma de una decisión, siempre debe tener en cuenta no sólo las instituciones de un sistema determinado, sino a las instituciones de los sistemas que la rodean.